

A RESPONSABILIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:

uma avaliação pela perspectiva da análise
econômica do direito.

Ricardo Abdalla Lage

Luciana Yeung Luk Tai

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Análise Econômica do Direito (AED)

Volume 1



DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE ALTOS ESTUDOS
E COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clemens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADORA ACADÊMICA

Renata Miranda Passos Camargo

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Pedro Paulo de Moraes

Flávio Sposto Pompêo

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

A RESPONSABILIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: uma avaliação pela perspectiva da Análise Econômica do Direito

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Análise Econômica do Direito.

Orientadora:

Prof. Luciana Yeung Luk Tai

Banca examinadora:

Eugênio Battesini

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LAGE, Ricardo Abdalla. **A RESPONSABILIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**: uma avaliação pela perspectiva da análise econômica do direito. 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

RICARDO ABDALLA LAGE: Autor
A RESPONSABILIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: uma avaliação pela perspectiva da análise econômica do direito: Título
GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Ricardo Abdalla Lage
ricardo.abdalla@tcu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a Lage, Ricardo Abdalla

A RESPONSABILIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: uma avaliação pela perspectiva da análise econômica do direito / Ricardo Abdalla Lage. – Brasília: ISC/TCU, 2023.
(Monografia de Especialização)

1. Responsabilização. 2. Análise Econômica da Responsabilidade. 3. Teoria do Crime. I. A RESPONSABILIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: uma avaliação pela perspectiva da Análise Econômica do Direito.

CDU 02
CDD 020

A RESPONSABILIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: uma avaliação pela perspectiva da análise econômica do direito.

Ricardo Abdalla Lage

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Análise Econômica do Direito realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Análise Econômica do Direito.

Brasília, 20 de junho de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Luciana Yeung Luk Tai (INSPER)

Dr. Eugênio Battesini
Avaliador

Dedico esse trabalho ...

Agradecimentos

Aos meu pais que desde sempre fizeram tudo o que estava ao alcance para dar a mim e aos meus irmãos as melhores oportunidades de estudo e que, sem dúvida, se eu não as tivesse recebido, não trabalharia no TCU e nem teria cursado esta especialização.

A minha orientadora, a Prof. Dra. Luciana Yeung Luk Tai, por ter sido sempre tão assertiva em suas orientações e conselhos, precisa e feliz nas bibliografias que indicou e tempestiva para atender as demandas dessa pesquisa. Por, tendo ministrado curso didático, interessante e rico nesta pós-graduação, ter me aproximado dessa instigante área do saber que é a análise econômica da responsabilidade civil.

Ao membro da banca e avaliador, Dr. Eugênio Battesini, por ter me inspirado a propor um sistema de responsabilização para o TCU, tal qual o fez para os processos judiciais em seu didático e rico livro: “Direito e Economia. Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil”. Por ter aceitado participar da banca e por ter feito valorosos apontamentos e provocações durante a defesa deste trabalho.

Ao amigo, Neemias Albert de Souza, pelos valorosos conselhos e orientações ao longo da fase de planejamento deste trabalho. Ao amigo, Tiago Tolentino de Oliveira, pelas inspiradoras conversas sobre a responsabilização de agentes públicos.

Ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) pela especialização de excelência e, pessoalmente, aos seguintes colaboradores do ISC, por toda dedicação e suporte dado aos alunos: Cláudia Maria Oliveira da Anunciação; Clêmens Soares dos Santos; Cleuves Oliveira de Almeida Santos; Elizabete Ferreira Lopes, Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira; Maria das Gracas da Silva Duarte de Abreu; e Pedro Paulo de Moraes.

Resumo

Este trabalho busca responder: a) se o Tribunal de Contas da União (TCU) diferencia as condutas dolosas das culposas em suas responsabilizações; b) se, nas infrações culposas, este Tribunal diferencia as condições de gestores públicos e de terceiros contratados, na gradação das multas; e c) se as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram sobre as decisões e a jurisprudência do TCU relativas à responsabilização.

Quanto ao questionamento “a”, o Plenário do TCU, de 2019 a 2022, na prática, não diferenciou as condutas dolosas e culposas dos seus responsáveis, uma vez que a diferença do percentual da multa (do art. 57 da Lei 8.443/1992 - Lei Orgânica do TCU), entre os casos de dolo e de culpa, no caso dos agentes públicos, foi de apenas 1,38%.

No caso do questionamento “b”, mostrou-se que o Plenário do TCU, de 2019 a 2022, não só não diferenciou as condições de gestor público e contratado, pelo dano culposo, na execução de ajuste público, em 81,48% dos casos, como também aplicou multas proporcionalmente mais pesada aos agentes públicos, em 37,04%, das decisões.

Quanto ao questionamento “c”, mostrou-se que, nas decisões do Plenário, de 2019 a 2022, que aplicaram multa do art. 57 da LOTCU, à agente público, não foi feita referência a dolo ou a erro grosseiro, em 62,74% dos casos, conforme o art. 28 da LINDB.

Na seção final, apresentou-se um sistema de responsabilização que, não só diferencia dolo e culpa, como também agentes públicos e empresas contratadas, que alinha as disposições da LOTCU, com as da LINDB e com o código civil vigente, e que se propõe a incentivar comportamentos virtuosos, especialmente, dos gestores públicos.

Palavras-chave:

Responsabilidade, responsabilização, multa, dolo, culpa, condutas dolosas, condutas culposas, dissuasão, risco, dano, indenização, incentivos, agentes públicos, gestores públicos, empresa, contratado.

Abstract

This work seeks to answer: a) if the Federal Court of Accounts (TCU) differentiates between intentional and culpable conducts in its accountability; b) if, in culpable infractions, this Court differentiates the conditions of public managers and contracted third parties, in the grading of fines; and c) whether the changes implemented by Law 13.655/2018 in the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) had repercussions on TCU's decisions and jurisprudence related to accountability.

As for question “a”, the TCU Plenary, from 2019 to 2022, did not differentiate the intentional and culpable conduct of those responsible, since the difference in the percentage of the fine (from article 57 of Law 8.443/1992 - Organic Law of the TCU), among the cases of intent and guilt, in the case of public agents, was only 1.38%.

In the case of question “b”, it was shown that the Plenary of the TCU, from 2019 to 2022, not only did not differentiate the conditions of public manager and contractor, for culpable damage, in the execution of public adjustment, in 81.48% of the cases, but also applied proportionally heavier fines to public agents, in 37.04% of the decisions.

As for question “c”, it was shown that, in the decisions of the Plenary, from 2019 to 2022, which applied a fine under art. 57 of LOTCU, to the public agent, no reference was made to intent or gross error, in 62.74% of cases, pursuant to art. 28 of LINDB.

In the final section, a system of accountability was presented that not only differentiates intent and guilt, but also public agents and contracted companies, which aligns the provisions of LOTCU, with those of LINDB and with the current civil code, and which proposes to encourage virtuous behavior, especially by public managers.

Keywords:

Responsibility, accountability, fine, deceit, guilt, willful conduct, culpable conduct, deterrence, risk, damage, indemnity, incentives, public agents, public managers, company, contractor.

Lista de figuras

Figura 1: Padrão legal de precaução.....	24
Figura 2: curvas de indiferença e a recomposição do dano.....	25
Figura 3: Custos do dano.....	28
Figura 4: Escala de culpabilidade.....	38
Figura 5: Ilusão de <i>Muller-Ler</i>	42
Figura 6: Culpas grave, leve e levíssima.....	106

Lista de tabelas

Tabela 1: Sistemas 1 e 2	43
Tabela 2: Casos de dolo x Casos de culpa.....	59
Tabela 3: Proporção dos diferentes casos de responsabilização.....	59
Tabela 4: Gestores Públicos – média das multas e do desvio padrão.....	60
Tabela 5: Terceiros Externos à Administração – média das multas e do desvio padrão.....	60
Tabela 6: Comparação das multas do Acórdão 3232/2020-Plenário.....	70
Tabela 7: Comparação das multas do Acórdão 3056/2020-Plenário.....	70
Tabela 8: Heurística da ancoragem na dosimetria de multa do Plenário do TCU.....	72
Tabela 9: Percentuais dos casos que atendem ou não ao art. 28 da LINDB:	76
Tabela 10: Percentuais dos casos que atenderam ao art. 28 da LINDB.....	77
Tabela 11: Quantidade de acórdãos que reduziram multas.....	96
Tabela 12: Ministros-Relatores que propõem reduções de multa.....	97
Tabela 13: Causas que o Plenário do TCU utilizou para reduzir multas de 2010 a 2022.....	97
Tabela 14: Causas que a 1ª Câmara do TCU utilizou para reduzir multas de 2010 a 2022.....	97
Tabela 15: Causas que a 2ª Câmara do TCU utilizou para reduzir multas de 2010 a 2022.....	98
Tabela 16: Aplicação no tempo dos elementos do art. 22 da LINDB para reduzir multas.....	98
Tabela 17: % do piso das multas em razão do efeito temporal e da probabilidade.....	134
Tabela 18: Variação do % da multa em função da culpabilidade.....	135
Tabela 19: Circunstâncias agravantes e atenuantes.....	136
Tabela 20: culpa levíssima do gestor públicos – causas de redução da indenização.....	136
Tabela 21: Intervalos das multas antes das causas agravantes e atenuantes – agentes públicos.....	137
Tabela 22: Intervalos das multas antes das causas agravantes e atenuantes – contratados...	137

Sumário

1. Introdução.....	14
2. Problema e justificativa.....	14
3. Objetivos.....	15
4. Metodologia.....	16
5. Da responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas da União.....	18
5.1. Da diferenciação entre condutas dolosas e culposas.....	18
5.1.1. Da Análise Econômica do Direito.....	19
5.1.2. Da Análise Economia do Direito Comportamental.....	38
5.1.3. Da análise dos achados.....	48
5.2. Da diferenciação entre gestores públicos e terceiros contratados.....	63
5.2.1 Da análise dos achados.....	66
5.3 Do imacto da Lei 13.655/2018 sobre as decisões e a jurisprudência do TCU.....	73
5.3.1 Da análise dos achados.....	75
5.4 Das propostas de melhoria na responsabilização do TCU.....	110
5.4.1 Do sistema de responsabilização.....	112
6. Conclusão.....	138
7. Referências bibliográficas.....	161

1. Introdução

O Tribunal de Contas da União (TCU) responsabiliza agentes públicos e privados por condutas dolosas e culposas. Em que pese tais condutas terem causas opostas do comportamento humano, ações intencionais e não intencionais, os seus mecanismos de resposta a tais eventos são os mesmos, como a aplicação de multas e outras sanções.

Nesse contexto, é esperado que o sistema de responsabilização posto leve em conta tal diferenciação para ser justo e que incentive comportamentos eficientes e virtuosos dos agentes público e privado, destacando-se, no caso dos gestores públicos, que estes sejam incentivados a adotar padrões mais elevados de cuidado e diligência e que não sejam desincentivados a assumirem responsabilidades pelo risco de punição.

Além disso, as Cortes de Contas responsabilizam tanto agentes públicos como terceiros contratados pela Administração (empresas) pelos mesmos fatos quando se apura danos decorrentes da execução de um contrato público. Como esses agentes possuem naturezas completamente distintas, é esperado que a resposta que o sistema de responsabilidade deva dar a cada um desses agentes, ao menos, considere as suas diferenças ou peculiaridades, de modo a ser justo e a induzir bons comportamentos.

2. Problema e justificativa

Segundo Guido (CALABRESI, 1970), autor paradigma da análise integrativa direito-economia, todo sistema de responsabilização possui dois objetivos principais; a) ser justo ou equitativo; e b) reduzir os custos sociais dos prejuízos que podem ocorrer.

Um sistema de responsabilização que não é justo ou equitativo não induzirá comportamentos virtuosos e poderá até induzir condutas adversas, oportunistas ou desalinhadas com o interesse público. Nesse contexto, a punição de agentes públicos, de boa-fé, pode, não só levá-los a se absterem de promover ideias transformadoras, como induzi-los a buscar o mero cumprimento das disposições normativas.

Dessa forma, a ausência de diferenciação na resposta que o sistema de responsabilização dará as infrações dolosas e culposas poderá induzir que os gestores públicos deixem de assumir responsabilidades ou de promover importantes medidas

administrativas, em vista do risco de responsabilização pessoal, ulterior por parte dos órgãos de controle, fenômeno vulgarmente conhecido como 'apagão das canetas'.

Nesse contexto, o sistema de responsabilização, no afã de combater a corrupção, pode desincentivar políticas públicas inovadoras, aspecto relevante, sobretudo no contexto brasileiro, marcado, não apenas pela falta de serviços públicos básicos, como pela necessidade de mudanças de paradigmas, em vista da escassez de recursos.

Quanto à redução dos **custos sociais** (dos prejuízos ou danos), este prejuízo é dado pela soma do próprio dano com o custo das medidas de os evitar. Dessa forma, o sistema de responsabilização não pode impor um custo de precaução maior do que o dano que se busca evitar, sob pena de ser ineficiente e gerar burocracia desnecessária.

Similarmente, o conceito de dano, além de estar em constante evolução, assume o protagonismo em qualquer sistema de responsabilização, tanto pela abordagem civilista (HIRONAKA, 2005; Tartuce, 2019) como pela abordagem econômica (SHAVELL, 2004), em vista do princípio da simetria entre dano e indenização, que, quando devidamente aplicado, induz os agentes a adotarem padrões eficientes de cuidado e diligência.

Desse modo, se o sistema de responsabilização aplica indenizações, sem que exista correspondência entre ela e o dano acarretado e sem que leve em consideração as diferenças (econômicas), entre agentes públicos e empresas contratadas, além de não ser justo e equitativo, poderá, não só reduzir, como aumentar os custos sociais.

3. Objetivos

Este trabalho busca explorar: a) como o TCU diferencia as condutas dolosas das culposas em suas responsabilizações; b) se, nas infrações culposas, este Tribunal diferencia as condições de gestores públicos e de terceiros contratados, na gradação das multas; e c) se as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram sobre as decisões e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União relativas à responsabilização.

Nesse contexto, busca-se responder aos seguintes questionamentos:

1) Em seus processos de responsabilização, o Tribunal de Contas da União diferencia os ilícitos administrativos, oriundos de condutas dolosas e culposas?;

2) Nas infrações culposas oriundas da execução de contratos públicos, o Tribunal de Contas da União diferencia as condições de gestor público e de terceiro contratado, na gradação das multas aplicadas com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992?

3) As alterações implementadas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram sobre as decisões e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União relativas à responsabilização?

4. Metodologia

Para responder ao questionamento “a” – “em seus processos de responsabilização, o Tribunal de Contas da União diferencia os ilícitos administrativos, oriundos de condutas dolosas e culposas” – realizou-se dois procedimentos no Sistema Pesquisa Integrada do TCU, que é uma ferramenta disponível no seu sítio eletrônico¹ e com acesso livre para que qualquer pessoa pesquise acórdãos, súmulas e jurisprudências selecionadas dentre outros aspectos da competência desta Corte de Contas.

Em primeiro, visando entender como a jurisprudência do TCU trata a sua responsabilização e diferencia as condutas dolosas e culposas, explorou-se a base de dados ‘Jurisprudência Selecionada’, que é constituída por enunciados da Diretoria de Jurisprudências da Secretaria de Sessões deste Tribunal e tem acórdãos selecionados a partir de diferentes critérios de relevância. A partir dos argumentos de pesquisa textual empregada, analisou-se todos os enunciados sobre o tema.

Em segundo, visando extrair medidas objetivas do quanto o TCU diferencia infrações dolosas e culposas, ao aplicar as suas sanções, por meio de pesquisa na base de acórdãos deste Tribunal, analisou todo o universo de decisões do Plenário, de 2019 a 2022, que tiveram como objeto a aplicação da multa prevista, no art. 57 da Lei 8.443/1992, também conhecida como Lei Orgânica do TCU (LOTUCU).

Para cada acórdão que aplicou a multa do art. 57, foi categorizado se a conduta dos responsáveis foi culposa ou dolosa e calculou-se o percentual do dano que o Plenário aplicou como multa, a cada tipo de responsável (agente público ou terceiro).

¹ <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia>

Aferiu-se a média e o desvio padrão do percentual sobre o dano (aplicado como multa), nas infrações dolosas e culposas, e, ao final, analisou-se os resultados.

Para responder “b” – “nas infrações culposas oriundas da execução de contratos públicos, o Tribunal de Contas da União diferencia os gestores públicos de terceiros contratados na graduação das multas aplicadas” –, por meio de pesquisa na base de acórdãos, analisou todo o universo de decisões do Plenário, de 2019 a 2022, que tiveram como objeto a aplicação, de multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, de maneira concomitante a agente público e a terceiro contratado pela Administração. Dessa forma, calculou-se o percentual do dano aplicado como multa, às empresas e aos gestores públicos e, ao final, comparou-se e analisou-se os resultados.

Para responder ao questionamento “c” – “as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram sobre as decisões e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União relativas à responsabilização” – realizou-se os seguintes procedimentos.

Em primeiro, visando compreender como a jurisprudência do TCU mudou após as alterações da LINDB em 2018, explorou-se a base de dados ‘Jurisprudência Seleccionada’, e analisou-se todos os enunciados que trataram deste assunto.

Em segundo, por meio de pesquisa na base de acórdãos do TCU, extraiu-se todas as decisões, do Plenário, de 2019 a 2022, que tiveram como objeto a aplicação de multa dos art. 57 à gestor público, e verificou-se se os votos fizeram referência a “dolo” ou “culpa grave” dos agentes públicos. Ao final, calculou-se a proporção das decisões, que explicitaram tais elementos, nos termos do art. 28 da LINDB.

Em terceiro, verificou-se o impacto do art. 22 da LINDB na quantidade de decisões reformadas pelo TCU para reduzir multas aplicadas, com base nos art. 57 e 58 da LOTCU. Para tanto, da base acórdãos, extraiu-se todas as decisões do Plenário, da 1ª e da 2ª Câmaras, que atenuaram penalização, analisou-se os fundamentos utilizados pelo Tribunal e, ao final, apresentou-se os resultados encontrados.

5. Da responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas da União

Este capítulo está dividido em quatro seções, em que, nas três primeiras, será respondida cada uma das seguintes perguntas: a) “Em seus processos de responsabilização, o Tribunal de Contas da União diferencia os ilícitos administrativos, oriundos de condutas dolosas e culposas?” (sessão 5.1); b) “Nas infrações culposas oriundas da execução de contratos públicos, o Tribunal de Contas da União diferencia os gestores públicos das empresas na gradação das multas aplicadas com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992?” (sessão 5.2); c) “As alterações implementadas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram sobre as decisões e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União relativas à responsabilização?” (sessão 5.3). Por último, na seção 5.4, serão trazidas possíveis soluções para os achados e apontamentos deste trabalho, destacando-se um sistema de responsabilização, aplicável aos processos de controle externo, que atenda simultaneamente à teoria econômica, ao código civil de 2002, à LINDB e à LOTCU.

5.1. Da diferenciação entre condutas dolosas e culposas

Antes de adentrar nos procedimentos de pesquisa para responder se o TCU diferencia ou não os ilícitos administrativos, oriundos de condutas dolosas e culposas, cabe trazer, primeiramente, porque esta pergunta é tão importante de ser respondida.

Para tanto, será apresentado a explicação teórica dessa diferenciação a partir de dois ramos juseconômicos diferentes: a) Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics*; e a Análise Econômica do Direito Comportamental aplicadas ao Direito (AED Comportamental), conhecida como *Behavioural Law and Economics*.

Nesse contexto, a sessão 5.1.1 analisará esse aspecto pela ótica da AED, por meio dos modelos de Análise Econômica da Responsabilidade Civil e da Teoria do Crime de Gary Becker que, ao abordar a racionalidade para a tomada de decisão do cometimento de um crime, ganhou o prêmio Nobel de Economia em 1992, pelo trabalho intitulado “*Crime and punishment: an economic approach*”. Por sua vez, a sessão 5.1.2 analisará o aspecto pela ótica da AED Comportamental, por meio de recentes achados e conclusões da economia e da psicologia comportamental.

5.1.1. Da Análise Econômica do Direito

A análise econômica do direito (*law and economics*) prescreve um tratamento analítico e econômico para a responsabilidade civil que visa reduzir os custos sociais dos acidentes/danos, a partir da internalização dos riscos das vítimas e dos ofensores.

Antes de explicar como a análise econômica da responsabilidade implementa esse objetivo, cabe diferenciar a natureza econômica da legislação dos contratos e a legislação da responsabilidade civil (COOTER e ULEN, 2016, p. 189):

A legislação dos contratos se preocupa com as relações entre pessoas cujo custos de acordo privado são relativamente baixos enquanto a da responsabilidade civil se preocupa com a relação de pessoas cujos custos de transação dos acordos são relativamente altos.

Dessa forma, os custos para as partes barganharem um acordo para executar cláusulas contratuais incontroversas é relativamente mais baixo do que o de barganhar um acordo relativo à responsabilidade por um dano acarretado pela execução de um contrato ou a aplicação de uma lei. Na primeira situação, as partes logram êxito na cooperação; na segunda, os custos de transação as impedem de alcançar um acordo, exigindo que a disputa seja resolvida por terceiro independente (como o Poder Judiciário, júris arbitrais e até o TCU em matéria de licitação pública²).

Na Administração Pública, a lógica é a mesma. Enquanto os contratos públicos estão sendo executados sem maiores controvérsias, as partes (Administração e particular) barganham eventuais disputas consensualmente (sem grandes custos). Esta situação muda quando existe controvérsia relevante em dispositivo contratual (hipótese que as partes buscam o Judiciário ou as cortes arbitrais) ou quando ocorre dano ao erário, apontado por órgãos de controle ou pela própria Administração. Nessa última hipótese, os custos de transação (que decorrem também da legislação) impedem um acordo, cabendo, no âmbito administrativo, aos Tribunais de Contas dirimir a questão, definindo quem deve e o quanto deve ser indenizado ao Estado.

Nesse contexto, Cooter e Ulen (2016, p. 189-190) explicam que:

Os economistas descrevem os danos que estão fora dos acordos privados como externalidades. O objetivo econômico da responsabilidade extracontratual é **induzir os ofensores e as vítimas a internalizar** os custos de danos que podem ocorrer pela falta de cuidado [tanto no **ofensor** como da **vítima**].

[destaques e grifos acrescidos]

² Como é o caso da representação de empresas em certames públicos: art. 1, inciso XXVI, do Regimento Interno do TCU (RITCU) – (TCU, 2022a)

No caso do setor público, sempre a vítima direta de um dano ao erário será a Administração e a indireta a sociedade. Por sua vez, o ofensor será qualquer particular (inclusive pessoa jurídica) ou gestor público enquadrado no art. 5º da Lei 8.443/1992 (ou Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU) – (BRASIL, 1992).

Nesse contexto, Cooter e Ulen (2016, p. 190) explicam que:

A responsabilidade civil é apenas um dos vários instrumentos de política disponíveis para internalizar externalidades criadas por **altos custos de transação**. Instrumentos de política alternativos incluem leis criminais, regulamentos de segurança e incentivos fiscais. Cada alternativa tem suas vantagens e desvantagens.

[destaques e grifos acrescidos]

Antes de entrar na análise econômica da responsabilidade civil, cabe introduzir as principais noções econômicas da teoria da responsabilidade tradicional. Nela, três elementos devem estar presentes para a recomposição patrimonial da vítima (COOTER e ULEN, 2016, p. 190): a) a vítima deve necessariamente ter sofrido um dano; b) ato omissivo ou comissivo do ofensor (réu) deve ser a causa do dano; e c) o ato omissivo ou comissivo do réu deve constituir uma violação a um dever de cuidado previsto em lei ou em contrato. Nesse contexto, cabe destacar que estes três elementos estão presentes na responsabilidade civil brasileira.

Quanto ao dano (item “a”), Tartuce (2019, p. 469) ensina que a ideia de lesão de direitos está expressa no art. 186 do CC/2002, pelo qual o ato ilícito indenizante está configurado toda vez que a lesão estiver presente, cumulada com um dano material, moral, estético ou de outra categoria. Nesse contexto, o art. 186 do CC/02 dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

No que se refere ao ato omissivo ou comissivo do ofensor como a causa do dano (item “b”) e a violação de dever de cuidado (item “c”), a doutrina e a legislação civilista brasileira os consolidam na figura do ato ilícito e do nexo de causalidade:

Ato ilícito (TARTUCE, 2019, p. 470):

O ato ilícito que interessa para os fins de responsabilidade civil, denominado por Pontes de Miranda como *ilícito indenizante*, é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional.

(...)

Dessa forma, pode-se afirmar que o **ato ilícito** é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém.

Nexo de causalidade (TARTUCE, 2019, p. 537-538):

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. (...) O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

(...)

A responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar.

[grifos e destaques acrescidos]

Para Diniz (2005, p. 32) são três os elementos da responsabilidade: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação. Segundo Gonçalves (2005, p. 32), são quatro: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo; c) relação de causalidade; e d) dano. Em essência, os autores trazem os mesmos elementos constitutivos da responsabilidade civil. A única diferença é que Gonçalves (2005, p. 32) desdobra a conduta humana, qualificada juridicamente, por Diniz (2005, p. 32), em dois elementos distintos: ação ou omissão e dolo ou culpa. Por isso, Tartuce (2019, p. 516) explica que, para alguns juristas, a conduta humana e a culpa podem ser fundidas em um só elemento subjetivo da responsabilidade civil.

No caso do dano ao erário, todos estes elementos também estão presentes. O ato ilícito decorre de uma conduta humana, omissiva ou comissiva, de gestor público, particular ou qualquer pessoa enquadrada no art. 5º da LOTCU, que, em desacordo com a ordem jurídica (Constituição, leis, jurisprudências, contrato público ou qualquer normativo infralegal) gera dano à Administração e/ou viola direitos. Basta lembrar que quando uma escola ou posto de saúde contratado pelo poder público não é entregue, além do prejuízo patrimonial, viola-se também direitos sociais (como saúde e educação) e individuais (como igualdade) das pessoas que fruiriam as referidas obras.

Nem sempre o requisito “ato do ofensor constituir a violação de um dever ou norma” constituirá uma exigência para responsabilizar civilmente o ofensor. Nesses casos, diz-se que a responsabilidade é objetiva³ e ela resulta quando leis ou jurisprudências

³ Mais à frente será abordado como o direito positivo brasileiro trata a responsabilidade objetiva no contexto de dano ao erário.

preveem que, para a vítima ser indenizada, precisa comprovar apenas o dano e o ato do ofensor que deu causa ao prejuízo (COOTER e ULEN, 2016, p. 196):

Em algumas circunstâncias, os dois primeiros elementos [dano e causa imediata] são suficientes para estabelecer a responsabilidade civil do ofensor. Uma regra de responsabilidade baseada em dano e nexos de causalidade é chamada de “responsabilidade objetiva”. Por exemplo, uma empresa de construção que usa dinamite para limpar rochas do caminho de uma estrada é responsável em direito comum por qualquer dano causado pela explosão. No geral, a lei comum aplica uma regra de responsabilidade objetiva a “atividades anormalmente perigosas” como explodir com dinamite.

[grifos acrescidos]

Similarmente, a doutrina e a legislação civilista brasileira diferenciam as responsabilidades subjetiva, por culpa, e objetiva, sem culpa (TARTUCE, 2019, p. 527):

Como diferença fulcral entre as categorias, na culpa presumida, hipótese de responsabilidade subjetiva, se o réu provar que não teve culpa, não responderá. Por seu turno, na responsabilidade objetiva essa comprovação não basta para excluir o dever de reparar do agente, que somente é afastado se comprovada uma das excludentes de nexos de causalidade, a seguir estudadas (culpa ou fato exclusivo da vítima, culpa ou fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior).

[grifos acrescidos]

A responsabilidade objetiva decorre da teoria do risco e a responsabilidade subjetiva da teoria da culpa (DI PIETRO, 2020, p. 1492-1493). Segundo Tartuce (2019, p. 717 e 718), a regra geral adotada pelo CC/02 é a responsabilidade por culpa, havendo, situações específicas, de responsabilidade objetiva, ou seja, independente da culpa. Nesse sentido, os arts. 186 e 927 do CC/02 (BRASIL, 2002) dispõem que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[grifos acrescidos]

Dessa forma, o art. 186 do CC/02 estabelece a regra geral da responsabilidade civil brasileira, baseada no dolo (ação ou omissão voluntária) e na culpa (negligência e imprudência) e o parágrafo único, do art. 927, estabelece exceções à regra geral, qual seja a responsabilidade objetiva, para os casos previstos em lei ou quando o dano decorre da natureza da atividade, que envolve riscos a terceiros (BRASIL, 2002).

Quanto aos danos ocasionados, pela Administração Pública, a terceiros o art. 37, §6º, da CF/88, repetindo o teor do art. 105, da CF/67 e do art. 194, da CF/46, estabeleceu

a responsabilidade objetiva da Estado e o seu direito de regresso contra o agente público no caso de dolo ou culpa (DI PIETRO, 2020, p. 1498).

No que se refere aos danos acarretados por particulares, Battesine (2012, p. 29) sintetiza os casos de responsabilidade objetiva: a) transporte ferroviário (Decreto 2.681/1912); b) atividades nucleares (Lei 8.453/1977); c) atividades que causem dano ao meio ambiente (Lei 6.938/1981); d) atividades de mineração (Decreto-Lei 227/1967); e) transporte aeroviário (Lei. 7.565/1986); f) produtos levados ao mercado (Lei 8.078/1990); g) danos causados por animais (art. 936 do CC/02); e h) danos causados por prédios em ruínas (arts. 937 e 938 do CC/02).

Para os economistas, uma regra de responsabilização que exige que a vítima demonstre, não só o dano e o nexo de causalidade do ato, como também a culpa do ofensor é denominada regra de negligência (COOTER e ULEN, 2016, p. 196).

Assim, ao contrário de uma regra de responsabilidade objetiva, uma regra de negligência permite afastar a responsabilidade do ofensor, caso a vítima não consiga demonstrar que o ofensor violou um dever de cuidado previsto em lei ou contrato⁴.

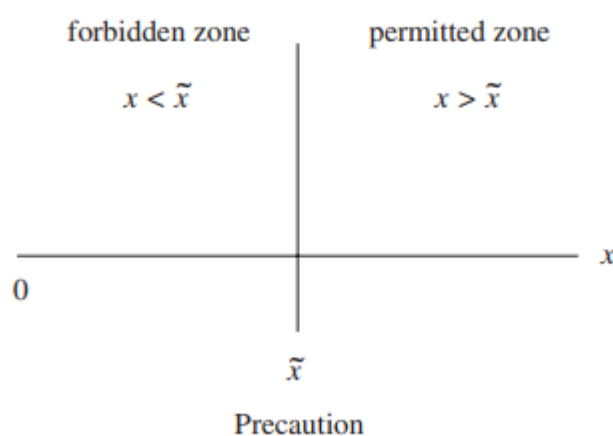
Ainda com relação às principais características econômicas da teoria tradicional da responsabilidade civil, cabe apresentar os mecanismos utilizados para identificar se houve violação a dever de cuidado e para quantificar o valor da indenização.

Para identificar se houve ou não violação a um dever de cuidado, define-se a precaução pela variável contínua “x”, em que maiores valores de “x” correspondem a maiores níveis de precaução. Nesse contexto, um dever de cuidado é dado por um critério normativo, \tilde{x} , que prescreve o nível mínimo aceitável de precaução.

Conforme apresentado na figura a seguir, a precaução, \tilde{x} , em um nível abaixo do critério jurídico, viola o dever de cuidado e se localiza à esquerda da linha vertical; por sua vez, a precaução maior ou igual ao mencionado critério satisfaz o dever de cuidado e se localiza à direita da linha vertical (COOTER e ULEN, 2016, p. 196-197):

⁴ Contrato, aqui, deve ser entendido em sentido amplo, como qualquer ato bilateral, como, no caso do setor público, dos convênios ou dos termos de cooperação.

Figura 1: Padrão legal de precaução



Fonte: (COOTER e ULEN, 2016, p. 197)

Assim, a precaução \tilde{x} denota um padrão de cuidado legal, que divide o gráfico em duas zonas. À esquerda do eixo vertical, em $x < \tilde{x}$, o ofensor não cumpriu o dever de cuidado mínimo e deve ser responsabilizado pelo dano. À direita do eixo vertical, em $x > \tilde{x}$, o ofensor cumpriu o dever legal de cuidado e não deve ser responsabilizado.

E como as leis definem a culpa? As nações impõem normas de segurança sobre certas atividades, como limites de velocidade em rodovias, enquanto outros deveres são deixados vagos, como a definição de condução imprudente. Para atividades como condução imprudente, a lei pode recorrer a normas sociais não escritas e a convenções, como as “regras da estrada” (COOTER e ULEN, 2016, p. 197).

No caso de dano ao erário, a lógica é a mesma. Constituição, leis, normativos infralegais e jurisprudências dos Tribunais de Contas (TCs) prescrevem comportamentos (medidas de cuidado) como limite percentual para aditar um contrato (art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993); o dever de utilizar sistema referencial de preços oficial para quantificar o custo de obra pública (art. 4º e 5º do Decreto 7.983/2013); pesquisa de preços prévia a uma contratação (art. 15, §1º, Lei 8.666/1993); a manifestação obrigatória do setor jurídico responsável em matéria de licitações e contratos (art. 38, parágrafo único, Lei 8.666/1993); dentre diversas outras que, caso violadas e comprovado que tais violações deram causa ao dano da Administração, ensejam a responsabilidade pelo dano por quem as violou (BRASIL, 1993 e 2013). Similarmente, por vezes, os TCs empregam termos jurídicos indeterminados como imperícia, negligência e imprudência para confirmar ou afastar a culpa no caso concreto (Acórdãos 4.949/2022-1ª Câmara,

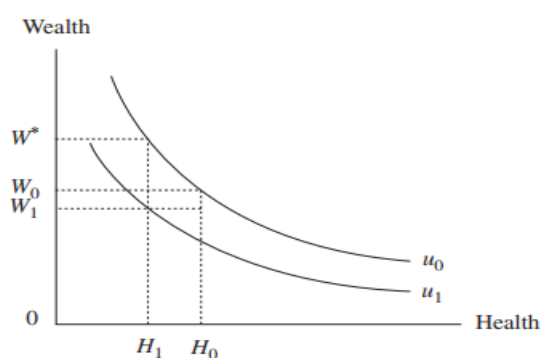
1958/2022-Plenário e 1954/2022-Plenário, dentre diversos outros) - (TCU, 2022b, 2022c e 2022d).

Quanto à indenização, o objetivo da responsabilidade civil é ressarcir a vítima do dano injusto que sofreu. Nesse sentido, o art. 927 do CC/02 dispõe que (BRASIL, 2002): “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Dessa forma, o prejuízo sofrido por uma pessoa em um acidente tem a seguinte interpretação econômica: é um **deslocamento para baixo da função utilidade da vítima** (COOTER e ULEN, 2016, p. 190). Como exemplo, a figura a seguir, traz a função utilidade de João⁵, que é composta pelos seguintes bens: saúde (*health*), ao longo do eixo horizontal, e riqueza (*wealth*), ao longo do eixo vertical.

A Figura 2 apresenta duas curvas de indiferença ou funções utilidade de João: u_0 e u_1 . Cada uma delas contém combinações de saúde e riqueza que dão a ele o mesmo nível de satisfação. As curvas mais altas indicam mais satisfação ou utilidade. Desse modo, qualquer combinação de saúde e riqueza que esteja acima de u_0 é mais desejável para João do que qualquer combinação que esteja abaixo de u_0 .

Nesse contexto, o formato da curva indica que João está disposto a trocar um bem para obter mais do outro e, dessa forma, manter o mesmo bem-estar geral. Como exemplo, quando João desce ao longo da curva u_0 , sua saúde aumenta a uma taxa que compensa exatamente a diminuição da sua riqueza. Da mesma forma, à medida que João sobe a curva u_1 , a sua riqueza aumenta a uma taxa que compensa exatamente a diminuição da sua saúde (COOTER e ULEN, 2016, p. 191).

Figura 2: curvas de indiferença e a recomposição do dano



Fonte: (COOTER e ULEN, 2016, p. 191)

⁵ Na bibliografia faz-se referência a curva de utilidade de *Charlie*.

Com base na figura acima, suponha que João tenha saúde no valor H_0 e riqueza na quantidade W_0 , o que resulta na utilidade $u_0 = u(H_0, W_0)$. Suponha ainda que, em um acidente, Maria⁶ acarrete um ferimento a João, causando um decréscimo da sua saúde para o nível H_1 e da sua riqueza para o nível W_1 . Assim, após o acidente, João foi deslocado da curva de indiferença u_0 para a curva de indiferença u_1 . A indenização perfeita exige que Maria devolva a João o nível de satisfação anterior ao acidente, u_0 . A indenização em dinheiro é o mecanismo tradicional para viabilizar isso. Nesse contexto, considerando que um tratamento médico dispendioso devolva a saúde de João, o dano constituirá a soma de $(W_0 - W_1)$, para compensar a perda de riqueza do acidente (como a destruição de veículo), e dos custos médicos para devolver a saúde de João $(H_0 - H_1)$. Dessa forma, tal indenização devolverá a João a sua satisfação de antes do acidente (COOTER e ULEN, 2016, p. 191).

Suponha ainda que o acidente tenha causado danos irreparáveis a João, de modo que ele fique no nível de saúde H_1 para sempre. Nessa hipótese, para restaurar o nível de satisfação de João de antes do acidente, Maria deverá aumentar a sua riqueza, não para o seu nível anterior ao acidente, W_0 , mas para um nível além, W^* , de modo a compensar a sua perda permanente de sua saúde, com mais riqueza em relação ao nível anterior ao acidente (COOTER e ULEN, 2016, p. 191).

Por isso os tribunais ao redor do mundo passaram a indenizar, não apenas os bens tangíveis, como também os intangíveis, como o sofrimento emocional e a perda de uma companhia (COOTER e ULEN, 2016, p. 191). Em uma situação, em que um motorista mata acidentalmente um filho dependente de uma família, a morte da criança não acarreta perda de renda para o resto da família. Pelo contrário, a morte a “salva” de despesas com a criação. Tal fato já foi um problema difícil para os tribunais em um contexto mundial, que, durante muito tempo, limitaram os danos indenizáveis às perdas econômicas mensuráveis (COOTER e ULEN, 2016, p. 192).

Em que pese a violação de direitos de personalidade no curso da atuação do TCU ser tratada no item 5.4 deste trabalho, cabe antecipar que a reparabilidade dos danos

⁶ Na bibliografia faz-se referência à Amanda.

imateriais se tornou pacífica no Brasil com a CF/88 (TARTUCE, 2019, p. 592-593). Isso porque o art. 5º, inciso X, da CF/88 (BRASIL, 1988) dispõe que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Dessa forma, hoje é pacífica exigência de reparar o dano imaterial sofrido, em razão da violação de direitos de personalidade no Brasil (TARTUCE, 2019, p. 592).

No que se refere ao dano ao erário, a situação é idêntica. Um ato comissivo ou omissivo de terceiro (gestor público e/ou particular) acarreta um deslocamento para baixo da função utilidade da Administração. No eixo vertical, estão os recursos financeiros da Administração (riqueza) e no eixo horizontal a quantidade de escolas, hospitais ou qualquer coisa do gênero gastos públicos. Da mesma forma, a recomposição do prejuízo ocorre de maneira financeira e, quando ela ocorre devidamente, devolve à sociedade o seu nível de satisfação anterior ao dano sofrido.

Assim, em que pese as sociedades desenvolverem normas que prescrevem padrões de comportamento para limitar riscos, as pessoas, por vezes, causam danos a outras e, inclusive, ao setor público (dano ao erário), a partir da violação de padrões normativos de comportamento. Portanto, o custo do dano deve recair sobre alguém. Os tribunais (inclusive o TCU) rastreiam a causa do dano até a violação da norma e atribuem a responsabilidade à parte culpada, ou seja, aquela que causou o dano.

Passando para a teoria econômica da responsabilidade civil, antecipou-se que, quando os custos de transação são elevados, de modo a impedir acordos privados, a responsabilidade civil pode induzir os ofensores a internalizar os custos que impõem a outras pessoas. Assim, o pressuposto deste modelo é reduzir o custo social dos acidentes, que é dado pela soma do custo dos danos e do custo para evitá-los.

Nesse contexto, a probabilidade de um dano será denotada por “p”. Ela diminui com o aumento da precaução, que já foi denotada acima por “x”. A probabilidade é uma função decrescente em “x”, uma vez que uma maior precaução reduz a probabilidade do dano e uma menor precaução aumenta esta probabilidade. Caso o acidente ocorra, ele causará danos, como a perda de renda, danos à propriedade *etc.* Denotemos por “A” o valor monetário de um dano: este multiplicado pela sua probabilidade, “p”, resulta no dano esperado (COOTER e ULEN, 2016, p. 200):

$$\text{Dano Esperado} = p(x)A$$

Como “p” é decrescente em “x”, o dano esperado, $p(x)A$, também é uma função decrescente de “x”. Na Figura 3, o eixo horizontal denota a quantidade de precaução, “x”, e o eixo vertical indica o valor financeiro (R\$), o que inclui o custo esperado do acidente: $p(x)A$. Observa-se que a curva “ $p(x)A$ ” é decrescente, indicando que o dano esperado reduz com o aumento da precaução, x (COOTER e ULEN, 2016, p. 200).

Ocorre que a precaução envolve a perda de dinheiro e tempo. Ao assumir que a precaução custa w (R\$), por unidade, e, considerando, para fins de simplificação, que o custo unitário da precaução, w , é constante e não muda com a precaução, x, o custo da precaução pode ser definido por (COOTER e ULEN, 2016, p. 200):

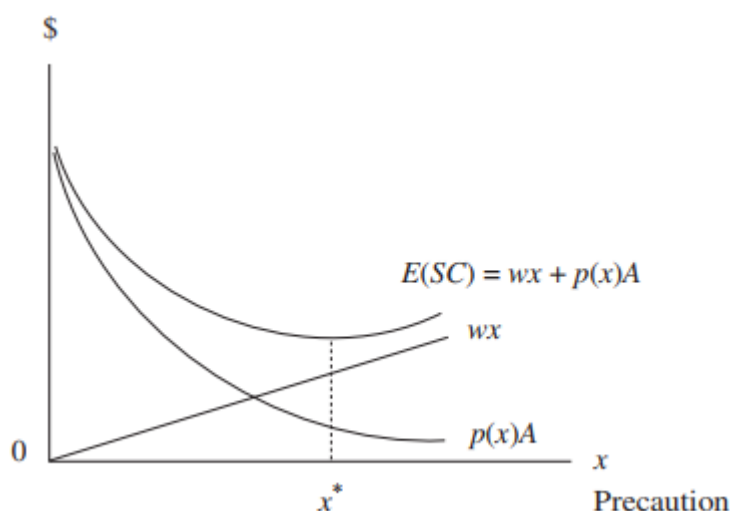
$$\text{Custo da Precaução} = wx$$

Como o custo social (CS), ou custo total, é a soma do custo dos danos com o custo de os prevenir, chega-se a seguinte fórmula (COOTER e ULEN, 2016, p. 200):

$$CS = wx + p(x)A$$

Diante de todo o exposto, afigura a seguir traz três curvas: a) custo do acidente: $p(x)A$; b) custo de precaução: wx ; e c) e o custo social dos acidentes: $wx + p(x)A$. A curva de custo social esperado ou custo total é obtida, somando-se verticalmente “ wx ” e “ $p(x)A$ ”, o que explica o seu formato em “U” (COOTER e ULEN, 2016, p. 200).

Figura 3: Custos do dano



Fonte: (COOTER e ULEN, 2016, p. 200)

Como a função custos sociais esperados têm formato de “U”, existe um valor de “x”, correspondente ao ponto inferior do “U” (valor mínimo dessa função). Este valor, que

enseja o valor mínimo dos custos sociais será denotado por: x^* . Este é o valor de precaução que minimiza os custos sociais do dano. Assim, a eficiência exige minimizar os custos sociais, de modo que x^* é o nível de eficiência socialmente ótimo ou, simplesmente, o nível eficiente de precaução (COOTER e ULEN, 2016, p. 201).

Como x^* é o valor que minimiza o custo social, ou seja, em x^* , a inclinação da curva é zero, para obter matematicamente este ponto, basta derivar a função custo social e igualar a zero, o que, após isolar a variável “w”, obtêm-se a seguinte equação:

$$w = -\dot{p}(x^*)A$$

O lado esquerdo da equação acima, “w”, representa o custo social marginal, ou seja, o custo de mais uma unidade de precaução. O lado direito representa o benefício social marginal, ou seja, o benefício de mais uma unidade de precaução: $-\dot{p}(x^*)A$.

Isso significa que, no ponto x^* , o custo social marginal da precaução se iguala ao seu benefício marginal. Dessa forma, se a precaução for menor que a quantidade eficiente, então o custo social marginal da precaução é menor que o seu benefício marginal: $(x < x^*) \rightarrow (w < (\dot{p}[x^*]A)$. Nesses casos, a eficiência exige tomar mais precaução (COOTER e ULEN, 2016, p. 201). Por outro lado, se o custo social da precaução for maior que a quantidade eficiente, então o custo marginal da precaução excede o seu benefício social marginal: $(x > x^*) \rightarrow (w > (\dot{p}[x^*]A)$. Nessa situação, ser eficiente exige tomar menos precaução (COOTER e ULEN, 2016, p. 201).

Dessa forma, a teoria (positiva) da análise econômica da responsabilidade civil visa alocar, de maneira eficiente, o dever de precaução da vítima e do ofensor, de modo a reduzir os custos sociais dos danos. Na vida prática, existem três situações distintas: a) a vítima tem mais condições (menor custo) que o ofensor de tomar mais precaução; b) o ofensor tem mais condições de tomar mais precaução que a vítima; e c) ambos podem tomar precaução de maneira pouco custosa. Assim, a Figura 3 representa a relação entre o custo social e a precaução, da vítima e do ofensor, lembrando que a precaução se refere a qualquer comportamento que reduz a probabilidade ou a magnitude do prejuízo (COOTER e ULEN, 2016, p. 201).

Todas estas considerações são aplicáveis aos danos à Administração. De início, o pressuposto do modelo econômico de responsabilidade também é reduzir o custo social

dos danos ao erário. Tal valor é dado pela soma do custo dos próprios danos (débitos) e do custo de evitá-los. Os custos para evitar o prejuízo da Administração estão relacionados a: a) burocracia; b) custo do controle; e c) investimentos.

Quanto à burocracia, a legislação e os precedentes dos TCs prescrevem, aos gestores públicos e particulares, deveres de cuidado para evitar um possível dano, que são repassados à Administração e ao setor privado, na forma de custos sociais.

Pelo lado do setor público, tomando o caso de compras públicas como exemplo, a legislação estabelece diferentes regras, que visam proteger o erário, mas que causam necessariamente morosidade (o tempo é um recurso escasso). Por exemplo, as normas exigem estudos, procedimentos, manifestações de diferentes unidades ou gestores competentes para que o objeto possa ser adjudicado. Tais custos são arcados diretamente pela Administração e, indiretamente, pelos contribuintes.

Pelo lado do setor privado, ainda no caso das aquisições públicas, as exigências para contratar com o setor público (burocracia) encarecem o preço final dos bens e serviços que serão adquiridos pela própria Administração. É o caso, por exemplo, do dever de precificar uma obra pública a partir de um sistema referencial oficial de preços, atividade que exige tempo e profissionais qualificados, que não estão presentes em qualquer empresa. Destaca-se ainda o maior prazo e a incerteza (risco) relacionada à remuneração dos bens ou serviços prestados, uma vez que a Lei 4.320/1964 (BRASIL, 1964) estabelece diferentes ritos que devem ser respeitados para que uma despesa pública entre na sua última fase, que é o pagamento. Além dos prazos de pagamento de uma aquisição do setor público ser necessariamente maior que o de uma do setor privado, as empresas internalizam o risco de eventual questionamento posterior da Administração ou de órgão de controle, o que pode ensejar mais demora e incerteza para receber. Destaca-se também custos com representação judicial ou administrativa, que também decorrem da burocracia estatal. Todos estes custos e quaisquer outros serão, necessariamente, repassados à sociedade: ou a partir de maiores gastos da Administração em suas aquisições ou, no caso de orçamento limitado, que normalmente é o caso, na fruição de bens ou utilidades, em quantidades inferiores ao eficiente ou ao socialmente desejado.

Assim, se de um lado a burocracia protege o erário, a partir de ritos e exigências que aumentam o dever de cuidado, x , e reduzem a probabilidade do dano, p ; por outro, geram custos para a Administração e o setor privado, que aumentam a escassez de

recursos (financeiros e tempo) e que podem colocar em desvantagem produtos nacionais em relação àqueles que são produzidos em outros países (custo do país).

Quanto ao custo do controle, ele se relaciona aos gastos com órgãos de controle federais (como TCU e Ministério Público Federal), estaduais (Tribunais de Contas Estaduais e Ministério Público Estadual) e municipais (Tribunal de Contas do município). Para quantificar isso, é necessário apropriar o percentual do orçamento dessas entidades, utilizado na instrução de processos de controle. Similarmente, no caso de o órgão de controle ser o Ministério Público, deve ser apropriado o percentual do orçamento dos tribunais⁷ para julgar as ações judiciais relacionadas ao controle⁸.

Quanto aos investimentos em segurança, estes se constituem, por exemplo, de gastos relacionados ao desenvolvimento de soluções de informática (“compras.gov” por exemplo), a criação de sistemas oficiais de preços⁹, a formação de capital humano (treinamento de gestores), o desenvolvimento de soluções inovadoras, dentre outras medidas relacionadas a reduzir a probabilidade e a magnitude de um dano ao erário.

Assim, a teoria econômica da responsabilidade busca alocar incentivos para que tanto a Administração (vítima do dano) como o ofensor (particular ou gestor público) tomem a precaução ótima, a fim de reduzir os custos sociais dos danos. As maneiras com que estes incentivos deverão ser alocados será abordado na seção 5.4. Até aqui, cabe destacar que o tratamento matemático apresentado e a Figura 3 são plenamente aplicáveis aos danos acarretados ao erário em razão da violação de dever de cuidado, ou seja, em razão de culpa do gestor público ou do particular (art. 5º da LOTCU¹⁰).

Portanto, assim como no setor privado, no setor público também existe um ponto ótimo, em que o custo marginal de precaução se iguala ao seu benefício marginal de evitar o dano. À esquerda desse ponto, ser mais eficiente exige tomar mais precaução, uma vez que o aumento do custo com a precaução, w_x , é compensado com uma redução, em uma proporção maior, dos custos totais dos danos: $w_x + p(x)A$. Por outro lado, à direita desse ponto, ser mais eficiente exige tomar menos precaução, uma vez que os custos com precaução aumentam, em uma proporção maior, que os custos totais

⁷ Ou seja, 27 Tribunais de Justiça (TJs), 5 Tribunais Regionais Federais (TRFs), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

⁸ Ações como ação civil pública, ação popular e improbidade administrativa.

⁹ Como Sicro e o Sinapi.

¹⁰ Conforme Brasil (1992).

diminuem. Na última situação, a burocracia (precaução) é tão grande que se torna disfuncional, acarretando mais custos do que benefícios para a sociedade.

Por todo o exposto, a teoria econômica da responsabilidade civil busca fazer com que vítima e infrator internalizem os custos da precaução dos danos, minimizando o custo social. Como os custos são internalizados, os atores estão livres para fazer o que quiserem, desde que paguem o preço. Todavia, a internalização de custos não é aplicável quando o dano é intencional. Nesses casos, o objetivo da lei é incapacitar ou dissuadir. Nessa situação, os atores não estão livres para pagar o preço e fazerem o que quiserem: pelo contrário, as punições são calibradas para dissuadir aqueles que preferem fazer ou agir apesar do seu preço (COOTER e ULEN, 2016, p. 462).

Quanto às infrações intencionais (dolosas), aplica-se a teoria do Crime de Becker, que pressupõe os agentes são racionais e que a decisão de se engajar em uma atividade criminosa não seria diferente da decisão de escolher um emprego, uma vez que o indivíduo participa de uma atividade ilícita porque esta lhe oferece um benefício líquido superior a usos legítimos de seu tempo (VELJANOVSKI, 2006, p.85).

A ideia de que os infratores respondem aos custos e benefícios do crime data do século XVIII, quando Beccaria (1770) e Bentham (1789) discutiram o conceito de dissuasão. Becker (1968) forneceu o primeiro tratamento moderno e matemático do assunto e, desde o seu influente artigo, desenvolveu-se uma vasta e ativa literatura sobre a teoria da dissuasão. Para Becker, um infrator intencional maximiza racionalmente sua utilidade esperada, por meio da seguinte fórmula:

$$U_i = [1 - p(r)].R_i - C_i - O_i - [p(r).J_i] - W_i$$

Em que:

U_i = utilidade esperada;

$[1 - p(r)]$ = probabilidade de não ser preso;

R_i = realização da atividade ilícita;

C_i = custo de planejamento e execução do crime;

O_i = custo de oportunidade;

$[p(r) . J_i]$ = valor esperado da punição caso esse indivíduo seja descoberto.

Segundo Levitt e Miles (2007, p.458), a decisão de se envolver em uma atividade ilícita intencional depende da magnitude do ganho esperado com a prática do ato em relação à punição esperada. Portanto, se a utilidade esperada ultrapassar a sanção esperada, o indivíduo cometerá o ato. Segundo os autores, as seguintes implicações do modelo de dissuasão são dignas de nota (LEVITT e MILES, 2007, p. 459):

a) ilícitos intencionais equivalentes, punidos com mais severidade, deveriam ocorrer com menos frequência do que aqueles mais levemente sancionados; e

b) como a sanção esperada consiste em dois componentes, a probabilidade de apreensão e a magnitude da punição imposta aos criminosos, um planejador social dispõe de dois instrumentos para traçar políticas de combate a ilícitos.

Nesse contexto, Polinsky e Shavell (2007, p.406) apresentaram uma análise da teoria econômica do “*enforcement*” público da lei, cujo problema geral é maximizar o bem-estar social. Por bem-estar social, entende-se os benefícios que os indivíduos obterão do seu comportamento, menos os custos que incorrerão para evitar danos, que são: os próprios danos, o custo de fiscalizar e identificar os infratores e os custos de impor sanções (incluindo quaisquer custos associados à aversão ao risco).

Em que pese a AE da responsabilidade civil e a Teoria do Crime abordarem condutas opostas (intencionais e não intencionais) e, conseqüentemente, as maneiras diferentes com que os seus agentes respondem aos incentivos estatais em cada caso um dos dois casos, cabe destacar que, embora a AE Responsabilidade Civil estabeleça, em regra, mecanismos para garantir, apenas, a indenização dos danos àqueles em melhores condições para preveni-los (de modo a reduzir os custos sociais do dano), esta teoria também prevê multas ou punições, em casos especiais.

Tais situações especiais, que atualmente estão previstas nos principais ordenamentos jurídicos, decorrem de limitações inerentes às compensações perfeita de prejuízos não patrimoniais (extra corpóreos) ou de danos sofridos pela coletividade.

Nesse contexto, a compensação é perfeita quando a vítima é indiferente ao dano e ela faz com que todos os prejuízos acarretados pelo infrator sejam internalizados. Ocorre que a compensação perfeita é possível teoricamente, mas, muitas vezes, impossível na prática. Algumas vezes, ela pode depender de impressões subjetivas que não podem ser perfeitamente precificadas. Como precificar a frustração de uma pessoa que não recebe uma escola ou posto de saúde contratado pela Administração? Como precificar

este prejuízo que é imposto, não a uma pessoa específica, mas a uma população ou grupo de pessoas? Quando não há mercado para induzir as pessoas a revelar suas avaliações subjetivas, os economistas dizem que há um “problema de revelação de preferência”. Desse modo, mesmo quando a compensação perfeita é possível em teoria; na prática, ela pode ser inalcançável, em razão do problema de revelação de preferência (COOTER e ULEN, 2016, p. 461).

Para Cooter e Ulen (2016, p. 461), outra razão para os ordenamentos preverem punições para complementar a responsabilidade civil ocorre quando a norma busca privilegiar direitos em detrimento de interesses. Nos casos de competência do TCU, quando o art. 58 da LOTCU (BRASIL, 1992) prevê a aplicação de multa (punição) quando não ocorre um dano, é porque o legislador buscou colocar os interesses (patrimoniais) do ofensor hierarquicamente à baixo dos direitos sociais (como saúde, educação, transporte e segurança) ou individuais (como vida, liberdade e igualdade), que podem ser lesionados ou simplesmente ameaçados diante de uma violação de norma de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Nesse contexto, cabe frisar que a proteção de direitos e interesses públicos em detrimento do interesse particular é a essência do regime jurídico do direito público, que estabelece uma relação vertical entre Estado e o indivíduo e coloca os interesses da coletividade hierarquicamente à frente dos interesses individuais. Dessa forma, segundo Di Pietro (2020, p. 130), o interesse público é a finalidade do Estado, que deve defender os interesses da coletividade, atuar no sentido de favorecer o bem-estar social, de modo que negar isso é negar o próprio papel do Estado.

Voltando para o porquê diferenciar as condutas dolosas e as culposas, cabe trazer um argumento matemático. Na situação, em que um particular ou gestor público viole, deliberadamente, uma norma (de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial) porque busca receber uma vantagem financeira. Este é o caso, por exemplo, de uma empresa que realiza jogo de planilha (que é vedado pela jurisprudência do TCU¹¹) para ganhar uma licitação e receber uma vantagem de 1000 unidades financeiras (UF), em razão da majoração indevida do valor do objeto licitado.

¹¹ Como é o caso dos Acórdão 2.973/2021, 2930/2021 e 2.882/2021, todos do Plenário (TCU, 2021a, 2021b e 2021c).

Assumindo que a probabilidade de a empresa ser descoberta é 50%, o custo esperado da violação normativa é igual a expectativa de responsabilização, dada pela probabilidade de fracasso (50%) vezes o dano (1000 UF), o que resulta 500 UF (0,5x1000). O benefício esperado será sempre 1000 UF, independentemente de a infração ser ou não descoberta. Assim, o benefício líquido (benefício – custo) é 500 UF (1000-500), ou seja, a responsabilidade civil, sem punição, torna esta infração lucrativa.

Isso ocorre porque, a cada vez que a empresa é descoberta, ela tem que devolver apenas o ganho auferido com a violação da norma. Ocorre que, após “n” rodadas, o infrator poderá ou não ser descoberto. Quando ele não for descoberto, auferirá um ganho econômico que tornará vantajoso continuar violando a norma ao longo do tempo, uma vez que, quando é descoberto, apenas devolverá o que embolsou de maneira indevida.

Dessa forma, no caso de infrações intencionais (dolosas), a falta de punição (que deve ser entendida como a ausência de instrumentos para recuperar uma quantia do infrator além do dano acarretado), torna a violação normativa vantajosa para o infrator.

Assim, os infratores intencionais não são dissuadidos apenas com a exigência de recompensar o dano gerado. Para detê-los, a lei deve impor punição suficiente para que o benefício líquido esperado com a violação normativa para o infrator seja negativo, tornando a violação da norma desvantajosa, ou seja, a punição muitas vezes é a única alternativa quando o objetivo é dissuadir (COOTER e ULEN, 2016, p. 462).

Por isso a legislação penal, que trata essencialmente¹² de condutas dolosas em qualquer país busca dissuadir (deter) o dano intencional, e não o compensar, conforme a responsabilidade civil em qualquer ordenamento (COOTER e ULEN, 2016, p. 461). Dessa forma, enquanto a indenização civil busca restaurar o bem-estar da vítima às expensas do ofensor, a punição criminal (ou não) busca apenas a dissuasão, ou seja, piorar a situação do ofensor que viola norma intencionalmente, sem necessariamente beneficiar a vítima (COOTER e ULEN, 2016, p. 460).

Nesse contexto, segundo Zamir (2018, p. 434), do ponto de vista econômico, os objetivos da punição são: incapacitação, dissuasão específica; e dissuasão geral.

¹² O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940) prevê crimes na modalidade culposa, como homicídio: art. 121 §3º (BRASIL, 1940). Todavia, esse tipo de tratamento é raro no código e só ocorre quando, diante da gravidade de uma conduta culposa, o legislador entende ser adequado dar a ela um tratamento criminal, de modo a repreender potenciais infratores, bem como preservar a paz pública.

Enquanto a incapacitação pretende tirar de circulação o indivíduo que violou normas jurídicas, por meio da pena privativa de liberdade, a dissuasão específica destina-se a ensinar o indivíduo uma lição e a dissuasão geral objetiva dissuadir os demais membros da sociedade de cometer delitos semelhantes. No âmbito da atuação do TCU, a incapacitação ocorre quando o Tribunal “retira de circulação” empresa ou gestor público, declarando a primeira inidônea para contratar com a Administração (art. 46 da LOTCU) e, no caso do segundo; inabilitando-o para exercer cargo ou função pública (art. 60 da LOTCU) – (BRASIL, 1992). Similarmente, também existe, no âmbito das punições do Tribunal, a funções de dissuasão específica, quando este repreende com uma multa o infrator da norma administrativa, e também de dissuasão geral, quando a penalidade imposta alerta outros gestores públicos ou empresas do risco de punição.

Similarmente à teoria econômica, tanto o CC/2002 como os civilistas diferenciam as condutas intencionais das não intencionais. O art. 186 do código civil vigente diferencia a ação ou omissão voluntária (dolosa) daquela decorrente de negligência ou imprudência (BRASIL, 2002). Quanto à doutrina, são fartos os exemplos em que os civilistas diferenciam o dolo da culpa, citando-se a seguir apenas alguns exemplos.

Para Cavaliere Filho (2005, p. 59) são três os elementos da culpa: a) a conduta voluntária com resultado involuntário; b) a previsão ou previsibilidade; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. Segundo o autor, enquanto, no dolo, o agente quer a conduta e o resultado; na culpa, o agente quer a conduta, mas não o resultado, sendo retirado da culpa o elemento intencional, que está presente no dolo.

Similarmente, ao caracterizar a culpa, Tartuce (2019) e Chironi (1925), não só retiram o elemento intencional, como o relacionam à violação de dever de cuidado, conforme apresentado anteriormente. Tartuce (2019, p. 521) ensina que a culpa pode ser conceituada como o desrespeito a um dever preexistente, quando não há uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta. Ao retirar o elemento intencional da culpa, Chironi (1925, p. 5) a relaciona a um desrespeito a um dever preexistente ou a uma violação de um dever jurídico.

Além disso, Tartuce (2019, p. 520) explica que a indenização deve ser fixada de acordo com o grau de comprometimento do ofensor com o dano. Havendo dolo, por regra, o agente deverá pagar indenização integral, sem qualquer redução. Havendo culpa, a indenização pode ser reduzida, em vista do parágrafo único do art. 944 do CC/02, que estabelece a redução da indenização quando houver “desproporção entre a

gravidade da culpa e o dano” (BRASIL, 2002). Por último, o autor defende que a culpa grave¹³ deve ter o mesmo tratamento do dolo, vez que estes conceitos se confundem nos termos do brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur* (TARTUCE, 2019, p. 520). Tais aspectos serão aprofundados nas seções 5.3 e 5.4.

Diante de todo o exposto, o CC/02, a doutrina civil clássica e a teoria econômica estabelecem tratamentos diferentes para os danos intencionais e os não intencionais. Para todos, os autores de condutas culposas devem indenizar as vítimas pelo dano acarretado. Todavia, no caso de condutas dolosas, a teoria econômica demonstra que apenas obrigar o ofensor a indenizar a vítima torna o ilícito vantajoso e, por isso, uma punição ou a imposição de um custo adicional deve ser aplicado ao ofensor, para tornar o benefício econômico com a conduta negativo, ou seja, torná-la desvantajosa.

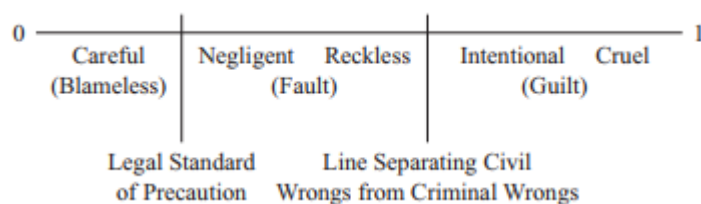
Em que pese, nos danos culposos, a regra seja imputar ao ofensor, apenas, a indenização do dano, a teoria econômica prevê a imposição de penalidades quando a compensação perfeita do dano for impossível em teoria ou em prática. Nessas situações, a ideia é complementar o dano material, arbitrando um custo adicional relativo ao dano imaterial (não quantificável). Dessa forma, ainda que seja impossível determinar o dano imaterial precisamente, impor um custo adicional, na forma de multa, por exemplo, induz o ofensor a internalizar uma parte maior do dano acarretado.

Portanto, os autores de danos dolosos precisam necessariamente ser punidos e os autores de danos culposos podem ser punidos em circunstâncias específicas. Dessa forma, a psicologia do ofensor define o tamanho da sanção e o tratamento que a lei ou a jurisprudência deve dar ao dano: internalização ou dissuasão. Quanto maior o comprometimento psicológico com o ato, mais o aplicador do direito deve buscar a dissuasão e conseqüentemente maior deve ser a punição. A dissuasão requer que um ato deliberado receba punição mais severa do que o mesmo ato feito sem intenção de causar o dano. Da mesma forma, a dissuasão exige uma punição mais severa para um ato intencional repetido diversas vezes (COOTER e ULEN, 2016, p. 462).

Nesse contexto, o termo *mens rea* vem do latim e significa mente culpada. Para desenvolver a ideia de *mens rea*, deve-se traçar a fronteira entre dano acidental e intencional. A Figura 4 traz uma representação contínua da psicologia do ofensor:

¹³ O conceito de culpa grave ou gravíssima será tratado no tópico 5.4.

Figura 4: Escala de culpabilidade



Fonte: Cooter e Ulen (2016, p. 457)

Iniciando pelo lado esquerdo, o ofensor é cuidadoso e inocente. Movendo-se para a direita, o comportamento do ofensor torna-se negligente, depois imprudente e depois intencional. O comportamento cuidadoso é menos culposo que o negligente que é menos culposo que o dano intencional. Nesse *continuum*, a linha que separa a culpa da *mens rea* está entre a imprudência e o dano intencional. Em matéria criminal, outras gradações são necessárias para prever a crueldade e o motivo torpe.

Assim, tanto a teoria econômica como a doutrina clássica civilista e o código civil diferenciam a natureza do dano culposo do dano doloso. Como estes têm causas diferentes, por uma razão lógica, precisam ser enfrentados de maneira diferente.

Compreendendo a importância da diferenciação entre infrações dolosas e culposas, pela ótica da AED, pela análise econômica da responsabilidade civil e da Teoria do Crime de Becker, a seção seguinte abordará este fato, pela ótica da AED Comportamental, através das recentes conclusões das ciências comportamentais.

5.1.2. Da Análise Econômica do Direito Comportamental

A economia comportamental incorpora desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas na área da psicologia à economia a partir do método experimental. Este ramo do saber evidencia a lacuna existente entre a nossa intenção e a nossa ação; estuda a tomada de decisão de seres humanos e organizações; identifica desvios sistemáticos no processo decisório; e incentiva um olhar mais pragmático e realista sobre as escolhas individuais. Além disso, ela indica que as decisões são relativas, somos propensos à inércia e à opção padrão; o contexto importa; sofremos de aversão à perda; usamos heurísticas e atalhos mentais; temos conflitos entre o imediato e o futuro; somos influenciados por normas e provas sociais, dentre outras coisas.

Segundo Richard Thaler, precursor desta área do saber, o comportamento desviante (*misbehave*) leva a ações inconsistentes dos seres humanos frente ao preconizado no modelo idealizado de comportamento da teoria econômica tradicional, o que fez surgir toda a teoria da economia comportamental (THALER, 2019, p. 15).

A economia comportamental iniciou ao identificar diferenças entre a forma de agir do ser humano real e do agente econômico imaginado pela economia tradicional. Richard Thaler denominou os seres humanos com características reais de *homo sapiens* e os agentes racionais, conforme imaginados pela economia clássica, de *homo economicus* ou simplesmente *econs* (THALER, 2019, p. 15-16).

A premissa central da economia tradicional é a de que as pessoas escolhem por otimização, com a presunção de que as escolhas dos *econs* são racionais (THALER, 2019, p. 16-17). Os *econs* escolhem com base no que os economistas denominaram de “expectativas racionais”. A economia comportamental surge com a percepção de que as premissas sobre o ser humano na teoria econômica clássica são falhas, tanto porque os problemas de otimização são difíceis demais para que as pessoas os resolvam, como porque as crenças a partir das quais as pessoas fazem suas escolhas são enviesadas e há muitos fatores que o modelo de otimização não absorve. Dessa forma, existe uma longa lista de casos considerados como “fatores supostamente irrelevantes” para os economistas tradicionais, em que a economia comportamental nasceu, questionando se eles seriam, de fato, irrelevantes (THALER, 2019, p. 17).

Em que pese o ponto de partida da economia comportamental esteja atrelado ao questionamento das premissas da economia tradicional, ela não se presta a demonstrar a irracionalidade dos seres humanos ou a inutilidade dos modelos econômicos tradicionais, mas sim a aperfeiçoar a capacidade preditiva e explicativa dos modelos formulados pela economia tradicional (ALMEIDA, 2017). Dessa forma, a grande mensagem que a economia comportamental traz é a de que os economistas devem usar experimentos para avaliar premissas de seus modelos, uma vez que os fatores supostamente irrelevantes são fundamentais para analisar a vida real.

Nesse contexto, desde o princípio da ciência econômica, o comportamento humano sempre foi alvo de preocupação. De Adam Smith, em Teoria dos sentimentos morais de 1759, passando por William Stanley Jevons (1871), Arthur Pigou (1920) e Irving Fisher (1930), o comportamento e a escolha intertemporal dos seres humanos foi, ao menos, considerada pelos economistas clássicos (THALER, 2019, p. 111-112).

Contudo, apenas mais recentemente, com Daniel Kahneman, Amos Tversky e Richard Thaler, foi reconhecido o surgimento da economia comportamental. Também pode-se apontar como um dos precursores da área o economista Hebert Simon, que, em 1959, apresentou a teoria da racionalidade limitada, apontando que as pessoas possuem carência de capacidade cognitiva para resolver problemas complexos (THALER, 2019, p. 37-38). Por essa importante contribuição, Simon foi homenageado com o prêmio Nobel de economia em 1978 (BALESTRIN, 2002, p. 2-4).

O primeiro texto lido por Thaler sobre heurísticas e vieses foi o dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky denominado “*Judgement under uncertainty: heuristics and bases*”, de 1974. Para ele, a tese era simples e elegante: seres humanos têm tempo e capacidade cerebral limitados e, como resultado, baseiam-se naquilo que é praxe (heurísticas) para ajudá-los a fazer julgamentos e usar tais heurísticas faz com que as pessoas cometam erros que não são aleatórios, mas sim sistemáticos e previsíveis (THALER, 2019, p. 36-37). Após este trabalho, Thaler compreendeu que os fatores supostamente irrelevantes para a economia tradicional eram casos de vieses sistemáticos para os psicólogos (THALER, 2019, p. 65). Nos anos seguintes, este ramo do saber dedicou-se a demonstrar que os “fatores supostamente irrelevantes” são, de fato, muito relevantes para o comportamento humano, destacando-se os seguintes marcos temporais desta área do saber.

Em 2002, Daniel Kahneman recebeu o prêmio Nobel de Economia por ter integrado ideias de pesquisa em psicologia à ciência econômica, especialmente no que se refere ao julgamento humano e a tomada de decisão sob incerteza (CORNEJO, 2015, p. 7). Em 2008, Cass Sunstein e Richard Thaler passaram a participar da formulação de políticas públicas nos Estados Unidos durante a campanha presidencial de Obama e, em 2013, o governo norte-americano implantou uma equipe dedicada ao estudo da área e à adoção de *nudges* em políticas públicas (SAMSOM, 2015, p. 26). Em 2010, houve a implantação do *Behavioural Insights Team* (BIT) pelo governo do Reino Unido, que montou uma equipe dedicada à aplicação das ciências comportamentais às políticas públicas (SAMSOM, 2015, p. 26). Em 2013, o prêmio Nobel de economia foi concedido a três pessoas, sendo um deles destinado a Robert Shiller por seus estudos na área de finanças comportamentais (VARELLA, 2014, p. 9). Em 2017, o próprio Richard Thaler foi agraciado com o prêmio Nobel de economia pelo conjunto dos seus trabalhos na área comportamental (ALMEIDA, 2017, p. 2). Em 2019, Abhijit Banerjee, Esther Duflo, Michael

Kremer ganharam o Prêmio Nobel por trabalho voltado para a redução da pobreza global, fazendo um intercâmbio entre economia do desenvolvimento e economia comportamental (DIPRES, 2019, p. 4).

Antes de entrar nos principais conceitos das ciências comportamentais e explicar como eles pressupõem uma diferenciação entre condutas intencionais (conscientes) e não intencionais (inconscientes), cabe apresentar algumas limitações da economia tradicional e como a economia comportamental as enfrenta. No livro de Gary Becker de 1976, "*The Economic Approach to Human Behavior*", o economista apresenta os pilares da teoria da escolha racional. Pela teoria, os seres humanos têm preferências estáveis e um comportamento racional, baseado no objetivo de maximizar a utilidade/satisfação para alcançar o maior bem-estar possível. Esse comportamento é entendido como egoísta e maximizador de auto interesse (SAMSOM, 2015, p. 28).

As ciências comportamentais demonstram os limites da natureza humana: racionalidade limitada, força de vontade limitada e interesse próprio limitado. Pela racionalidade limitada, as habilidades cognitivas do ser humano são finitas e conseqüentemente é preciso recorrer a heurísticas para tomar uma decisão, o que leva o indivíduo a cometer erros sistemáticos e previsíveis (vieses) (SUNSTEIN, 1998, p. 1477). Por autocontrole ou força de vontade limitada, os seres humanos frequentemente praticam ações que são conflituosas com os seus interesses de longo prazo, mas, mesmo assim, optam por tomar estas decisões (SUNSTEIN, 1998, p. 1479). Por interesse próprio limitado refere-se à função de utilidade da maioria das pessoas, que, na prática, se importam ou agem como se se importassem com outras pessoas, até mesmo com estranhos em certas ocasiões (SUNSTEIN, 1998, p. 1479).

Em 1969, os psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky descobriram que as pessoas costumam ignorar as estatísticas e decidir com base na regra do polegar, isto é, a partir da semelhança entre a situação presente e a do passado que o cérebro recorda. Até então, tinha-se a crença de que as pessoas eram racionais, consistentes e que a emoção explicava a irracionalidade (KAHNEMAN, 2012, p. 7-8). Para eles, nem sempre o pensamento é consciente e muitas vezes não se sabe como se chegou a ele. Portanto, as decisões podem ser silenciosas e nos levar a erros sistemáticos, repetitivos e previsíveis, denominados de vieses (KAHNEMAN, 2012, p. 6).

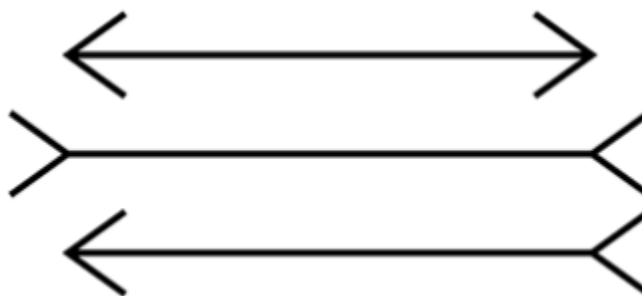
Dessa forma, os autores contestaram a capacidade do ser humano, inclusive de especialistas, de tomar decisões racionais. Citando Hebert Simon, Kahneman afirma

que, tal qual as crianças reconhecem que um cão é um cão logo no início de suas vidas, os especialistas também fazem reconhecimentos. Portanto, ambos defendem que os especialistas também não possuem um pensamento intuitivo acurado, mas sim uma habilidade tanto quanto maior é o seu repertório (KAHNEMAN, 2012, p. 9).

Kahneman e Tversky usaram a metáfora de que a mente funcionaria com base em dois sistemas, os quais denominaram Sistema 1 e Sistema 2. O primeiro opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário, enquanto o segundo é mais lento e presta atenção em atividades mais trabalhosas, como cálculos complexos, atividades de escolha e concentração (KAHNEMAN, 2012, p. 30). Tendo a última palavra, o Sistema 2 é acionado sempre que o modelo esperado pelo Sistema 1 é violado (KAHNEMAN, 2012, p. 36).

A divisão do trabalho entre eles é eficiente, pois minimiza o esforço e otimiza o desempenho. Em regra, o Sistema 1 é muito bom no que faz, mas tem vieses. Ele responde a perguntas mais fáceis; tem pouco entendimento de lógica e estatísticas e não pode ser desligado (KAHNEMAN, 2012, p. 37). Um exemplo pela qual se consegue apresentar a limitação humana de percepção é a Ilusão de *Muller-Ler*, em que percebemos que as linhas com setas nas pontas parecem ter tamanhos distintos, em que pese, na verdade, todas terem o mesmo tamanho (KAHNEMAN, 2012, p. 40):

Figura 5: Ilusão de *Muller-Ler*



Fonte: wikipédia (2013)

Em que pese sabermos que as setas têm o mesmo tamanho, continuamos vendo as linhas com tamanhos diferentes, uma vez que o Sistema 1 continua executando o seu truque. Diante desta ilusão, só nos resta desconfiar da extensão das linhas quando há setas anexadas às suas extremidades (KAHNEMAN, 2012, p. 41).

Similarmente, o foco intenso em uma tarefa pode tornar as pessoas cegas a estímulos. Em um experimento com a observação de um vídeo de jogo de basquete, as

pessoas são instruídas a contar o número de passes do time branco e a metade delas não percebe a entrada de uma mulher vestida de gorila na quadra. Este estudo ilustra dois fatos importantes a respeito das nossas mentes: podemos ficar cegos para o óbvio e também cegos para a nossa cegueira (KAHNEMAN, 2012, p. 35).

Algumas ilusões não são visuais, mas cognitivas e, por vezes, difíceis de serem notadas, como o acolhimento imediato de um psicopata que aparece em um consultório de psicologia. O Sistema 1 acolhe com simpatia o paciente que contaria sobre o seu histórico repetido de tratamentos fracassados, porém, o psicólogo não deveria aprender a desconfiar desse tipo de paciente (KAHNEMAN, 2012, p. 40-41)?

A pergunta que surge é: o que fazer diante de uma ilusão cognitiva? Elas podem ser dominadas? Erros do pensamento intuitivo muitas vezes são difíceis de prevenir e manter-se vigilante o tempo todo também não é possível. Segundo os autores, o melhor que se pode fazer é aprender a reconhecer situações em que os enganos são mais prováveis e se esforçar para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo e decisões importantes a serem tomadas (KAHNEMAN, 2012, p. 43).

Quando pensamos nos sistemas, normalmente nos identificamos com o Sistema 2, em razão de sua capacidade de análise, contudo, é o Sistema 1, que simplifica e possibilita que tomemos a grande quantidade de decisões que o ser humano toma diariamente (KAHNEMAN, 2012, p. 30). Em resumo, pode-se dizer:

Tabela 1: Sistemas 1 e 2

Sistema 1	Sistema 2
automático e rápido	lógico e lento
pouco ou nenhum esforço	atividades mentais complexas e trabalhosas, que demandam bastante atenção
inconsciente	consciente
intuitivo	concentração
Não pode ser desligado	Sob demanda

Fonte: elaborado com base em (KAHNEMAN, 2012)

Considerando as duas formas de pensar dos Sistemas 1 e 2, o ser humano utiliza um dos seguintes caminhos: quando a situação é simples e rotineira, o Sistema 1

automaticamente é acionado e; diante de uma situação complexa, o ele acaba sendo compelido a parar e refletir sobre a solução do problema, acionando o Sistema 2.

O Sistema 1 está sujeito a heurísticas e vieses. As heurísticas correspondem a atalhos mentais¹⁴, isto é, rotas simplificadas do pensamento intuitivo (KAHNEMAN, 2012, p. 12-13 e 644). Por sua vez, as heurísticas podem levar a vieses, que são erros sistemáticos que se repetem previsivelmente em circunstâncias particulares (KAHNEMAN, 2012, p. 6). Deve-se ressaltar ainda que a divisão dos trabalhos entre os sistemas é eficiente, uma vez que minimiza o esforço e otimiza o desempenho (KAHNEMAN, 2012, p. 37). Segundo Sollissch (2016), uma pessoa toma, em média, 35 mil decisões diárias, de modo que seria impossível a espécie humana chegar aos dias atuais, se o Sistema 2 operasse em todo processo de tomada de decisão.

Dessa forma, segundo a visão dominante da economia comportamental, as heurísticas são sempre a segunda opção (*second best*) e devem ser usadas somente por causa de nossas limitações cognitivas, já que mais tempo, mais informação e mais computação são sempre mais desejadas (DE CASTRO, 2014, p. 85). De acordo com Gerd Gigerenzer, sob a perspectiva da racionalidade ecológica, as heurísticas rápidas e frugais são resultado de uma evolução da espécie humana, que se adaptou para usá-las em ambientes específicos, e não de forma generalizada (DE CASTRO, p. 89).

Assim, é importante destacar algumas heurísticas e vieses que o Sistema 1 costuma utilizar. Este Sistema tem a tendência de confiar ao em vez de duvidar e é altamente proficiente em uma forma de pensamento automático e sem esforço. Por isso, ele identifica ligações causais entre eventos, que muitas vezes é ilegítima porque o cérebro humano é ávido por padrões e tem fé em um mundo coerente, em que regularidades não acontecem por acidente, mas como resultado de uma relação de causalidade. Dessa forma, o Sistema 1 suprime qualquer ambiguidade verificada, construindo histórias coerentes e sem conseguir distinguir os graus de crença, conforme o princípio WYSIATI¹⁵, criado por Daniel Kahneman (acrônimo em língua inglesa) para a frase “o que você vê é tudo que há” (KAHNEMAN, 2012, p. 132-135).

¹⁴ Enquadramentos dos fatos ou circunstâncias do presente com uma ideia pré-concebida, no inconsciente, advindas de informações anteriormente identificadas pelo cérebro humano, ao longo das experiências da vida.

¹⁵ Do inglês: *what you see is all there is*.

Acrescenta-se que os seres humanos, inclusive pesquisadores e especialistas em estatística, possuem um forte viés de acreditar que amostras pequenas se aplicam à população em geral, o que foi denominado por Kahneman e Tversky como “crença na lei dos pequenos números” (KAHNEMAN, 2012, p. 172 e 655). Dessa forma, é recomendado que os pesquisadores encarem as suas intuições estatísticas com desconfiança e as substituam por uma formação de impressões baseada em cálculos.

Assim, se uma pessoa seguir sua intuição, verificará que errará, com frequência, em classificar um evento aleatório como sistemático, bem como a fé exagerada em amostras pequenas é apenas um exemplo dessa ilusão. Isso porque as pessoas prestam mais atenção ao conteúdo da mensagem do que à informação sobre a sua confiabilidade e, como resultado, terminam com uma visão de mundo em torno de si próprias mais simples e mais coerente do que os dados realmente justificam.

Portanto, o Sistema 1 trabalha com associações, extrai conclusões precipitadas e acredita na lei dos pequenos números, criando histórias coerentes ou relações de causalidades inexistentes. Ao utilizar heurísticas para simplificar à realidade, por vezes, ocorrem erros significativos e sistemáticos que precisam ser considerados.

É caso, por exemplo, do experimento sobre o perfil de Linda, que consistia em os participantes apontarem a afirmativa **mais provável** sobre ela (KAHNEMAN, 2012, p. 240): Ela tem 31 anos, é solteira, muito inteligente e formada em filosofia. Quando era estudante, preocupava-se com questões de discriminação e justiça social e participava de manifestações antinucleares. Qual a alternativa mais provável? As alternativas são: a) Linda é uma caixa de banco; b) Linda é uma caixa de banco ou astronauta; c) Linda é uma caixa de banco e é ativa no movimento feminista.

Podemos perceber que a maioria de nós tende a escolher uma imagem de Linda coerente com a descrição do seu perfil, ignorando dados estatísticos e o diagrama de *Venn*. Embora o conjunto de caixas de banco feministas esteja inteiramente incluso no conjunto de caixas de banco, as pessoas tendem a escolher a terceira alternativa citada para ser coerentes com perfil indicado para Linda. No entanto, a probabilidade de que ela seja caixa de banco e feminista (ambas as características juntas) é bem menor do que a probabilidade de que ela seja apenas uma caixa de banco.

Dessa forma, existem três heurísticas que são empregadas na elaboração de julgamentos realizados sob incerteza: a) representatividade, que, em regra, é empregada

quando a pessoa é requerida a julgar a probabilidade de ocorrência de um evento; b) disponibilidade de ocorrências ou situações, utilizada quando se solicita que a pessoa estime a frequência de uma classe ou a probabilidade de um acontecimento; e c) ajuste e ancoragem, usada em previsões numéricas quando o valor encontra-se disponível (TVERSKY e KAHNEMAN, 1974, p. 1124-1130).

Quanto à heurística da representatividade, com facilidade, as pessoas veem padrões que não existem. Durante o intenso bombardeio de Londres na 2ª Guerra, havia uma crença geral de que o bombardeio não podia ser aleatório porque um mapa dos locais atingidos revelaria lacunas óbvias. Nesse contexto, alguns ingleses suspeitaram que espiões alemães estivessem escondidos nas áreas atingidas. Todavia, após uma análise estatística cuidadosa revelou que a distribuição de locais atingidos era típica de um processo aleatório (KAHNEMAN, 2012, p. 176-177).

Quanto à heurística da disponibilidade, ela ajuda a explicar porque algumas questões são muito proeminentes na mente do público, ao passo que outras são negligenciadas. As pessoas tendem a estimar a importância relativa das questões pela facilidade com que são puxadas da memória e isso é amplamente determinado pela extensão da cobertura da mídia. Assim, tópicos mencionados frequentemente ocupam a mente enquanto outros não mencionados fogem à consciência humana. Dessa forma, o que a mídia cobre corresponde à opinião na cabeça do público, de modo que não é por acaso que os regimes totalitários exercem significativa pressão sobre a mídia independente em qualquer lugar (KAHNEMAN, 2012, p. 14-15).

No que se refere à heurística do ajuste ou ancoragem, as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade. É uma das ocorrências mais bem demonstradas pela psicologia experimental: a estimativa de um valor fica próximo do valor considerado inicialmente. Imagine que se lhe perguntarem se Gandhi tinha mais do que 114 anos quando morreu, você faria uma estimativa muito mais elevada da idade da morte dele do que teria feito se a pergunta se referisse a sua morte com mais de 35 anos. Da mesma forma, se você considera saber quanto deveria pagar por uma casa, vai ser muito influenciado pela primeira resposta da pergunta. A mesma casa parecerá mais valiosa se o preço fornecido pelo corretor for elevado (KAHNEMAN, 2012, p. 182-183).

Por todo o exposto, neste tópico buscou-se evidenciar a importância do inconsciente sobre o processo de escolhas humano, que é, inapropriadamente, tratado,

pela economia tradicional, como um processo consciente, tendente a maximizar a utilidade ou satisfação do indivíduo para que ele alcance o maior bem-estar possível. A economia comportamental não veio para desconstruir essa premissa, mas para alertar ao tomador de decisão que o ser humano também é governado por outros fatores que distorcem a ideia de escolhas perfeitas tendentes a maximizar o seu bem-estar. Isso porque, muitas vezes, os problemas de otimização são difíceis demais para que as pessoas os resolvam, como também porque as crenças, a partir das quais as pessoas fazem suas escolhas, são enviesadas e há muitos fatores que o modelo de otimização não absorve, deixando-os de fora.

Dessa forma, os fatores supostamente irrelevantes para a economia tradicional são, de fato, muito relevantes e não podem ser negligenciados pelos tomadores de decisão e aplicadores do direito. As pessoas, não só cometem erros não voluntários, como os cometem tentando fazer o que deve ser feito. Tais erros decorrem do próprio processo evolutivo do ser humano que não poderia empregar boa parte do seu tempo, avaliando, minuciosamente, milhares de decisões simples que tomamos diariamente. Assim, o ser humano logrou sucesso na escala evolutiva porque aprendeu a dar, a devida importância, a poucas coisas, as relevantes, e empregar o “modo inconsciente” para dar respostas rápidas (porém, sujeitas à vieses) às questões simples.

Todavia, também usamos o modo inconsciente (rápido e sem esforço) para resolver questões, em que o erro pode ocasionar impacto significativo. As heurísticas (enquadramentos do cérebro), que simplificam a realidade, levam a vieses, que são erros sistemáticos que se repetem previsivelmente e em circunstâncias particulares.

Com a consciência disso, torna-se necessário, não apenas diferenciar as condutas humanas deliberadas (conscientes) das involuntárias (não intencionais ou inconscientes), como também criar arranjos institucionais que estimulem o gestor público e as pessoas jurídicas a tomarem as decisões mais racionais e desejadas.

5.1.3. Da análise dos achados

Buscou-se responder ao questionamento se o TCU diferencia as condutas dolosas e culposas a partir de dois procedimentos, realizados a partir do Sistema Pesquisa Integrada do TCU, ferramenta disponível no seu sítio eletrônico, com acesso livre para qualquer pessoa pesquisar suas decisões, súmulas e jurisprudências.

No primeiro procedimento, por meio da base de dados ‘Jurisprudência Seleccionada’ buscou-se compreender como a jurisprudência do TCU aborda a sua responsabilização e como ela trata as condutas dolosas e culposas. No segundo procedimento, visando extrair uma mensuração objetiva do quanto este Tribunal diferencia os dois tipos de infrações, a partir da base ‘Acórdãos’, quantificou-se a média dos percentuais das multas aplicadas (com base no art.57 da LOTCU) sobre o dano ao erário, não apenas para os casos de dolo e culpa, como também diferenciando as condições de gestor público e de terceiro externo à Administração.

Iniciando a explanação pelos achados extraídos da base ‘Jurisprudência Seleccionada’, cabe antecipar que esta é constituída por enunciados elaborados pela Diretoria de Jurisprudências da Secretaria de Sessões deste Tribunal e tem acórdãos selecionados por critérios de relevância, em que são considerados aspectos como densidade jurisprudencial, complexidade temática, ineditismo do entendimento, natureza do processo bem como outros aspectos da responsabilização (TCU, 2020b).

A partir dos argumentos¹⁶ de pesquisa, aplicados sobre a base Jurisprudência Seleccionada, foram encontrados 15 resultados, que foram todos analisados. Optou-se por utilizar esta base de dados para extrair o entendimento do TCU sobre a responsabilização por atos dolosos e culposos porque, na percepção inicial deste autor (auditor e ex-instrutor de recursos de decisões desse Tribunal), esta matéria seria relativamente pacífica e recorrente. Nesse contexto, aplicar os argumentos de pesquisa sobre a base de acórdãos do TCU seria pouco contraproducente, na medida que seriam obtidos uma infinidade de resultados com pouquíssima diferenciação.

A desconfiança com relação à uniformidade do entendimento do TCU sobre a matéria se mostrou acertada pois todos os enunciados extraídos apontaram, salvo variações na redação, para o mesmo entendimento. A título ilustrativo, a seguir serão transcritos cinco dos quinze enunciados disponíveis na base de dados estudada.

Acórdão 2781/2016-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

No âmbito dos processos do TCU, a *responsabilidade* dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza *subjetiva*, seguindo a regra geral da *responsabilidade* civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) conduta *dolosa* ou *culposa*; iii) nexo de

¹⁶ Os argumentos de pesquisa foram: responsabilidade E culp\$ e dol\$ E subjetiva

causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de *culpabilidade*, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude.

Acórdão 1316/2016-Plenário | Relator: ANA ARRAES

A *responsabilidade* dos gestores perante o TCU, por ser de natureza *subjetiva*, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, *dolosa* ou *culposa*, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União.

Acórdão 6660/2015-Segunda Câmara | Relator: AUGUSTO NARDES

A *responsabilidade* dos gestores perante o TCU é de natureza *subjetiva*, podendo se originar de conduta comissiva ou omissiva, *dolosa* ou *culposa*, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União ou, ainda, aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos.

Acórdão 11441/2011-Segunda Câmara | Relator: AROLDO CEDRAZ

O TCU quando julga as contas dos administradores públicos baseia-se na *responsabilidade subjetiva*, que é a obrigação de reparar o dano causado à Administração, seja por *culpa* ou por *dolo* no desempenho de suas funções.

Acórdão 249/2010-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

A *responsabilidade* do agente público não se presume, necessita da existência de dano e do nexo causal entre este e a conduta *dolosa* ou *culposa* do agente para a imputação de débito.

Portanto, a totalidade dos enunciados, se não igualam as responsabilidades por conduta dolosa e culposa, ao menos as trata, de maneira conjunta, sem que possa extrair, de maneira imediata, eventual diferenciação de tratamento entre elas.

Dessa forma, a responsabilidade dos agentes públicos perante o TCU segue a regra geral da responsabilidade civil, dependendo da existência concomitante dos seguintes elementos (apresentados nas p. 24-26): a) ato ilícito, praticado em desacordo com a ordem jurídica, que viola direitos ou causa prejuízo ao outrem; b) nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano gerado; e c) conduta culposa em sentido amplo, o que envolve a culpa em sentido estrito e o dolo.

Cabe apresentar mais seis enunciados, que não fazem referência a responsabilidade dos gestores públicos, mas a qualquer jurisdicionado do TCU:

Acórdão 2037/2022-Primeira Câmara | Relator: VITAL DO RÊGO

A *responsabilidade* dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza *subjetiva*, caracterizada mediante a presença de *culpa* em sentido estrito, sendo desnecessária a caracterização de conduta *dolosa* ou má-fé do gestor para que ele seja obrigado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário.

[grifos acrescidos]

Acórdão 4485/2020-Primeira Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER

A *responsabilidade* dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza *subjéitiva*, caracterizada mediante a presença de simples *culpa stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta *dolosa* ou má-fé do gestor para que ele seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário.

[grifos acrescentados]

Acórdão 827/2019-Segunda Câmara | Relator: ANA ARRAES

A *responsabilidade* dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza *subjéitiva*, caracterizada mediante a presença de simples *culpa stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta *dolosa* ou má-fé do gestor para que ele seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário.

[grifos acrescentados]

Acórdão 635/2017-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ

A *responsabilidade* dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza *subjéitiva*, caracterizada mediante a presença de simples *culpa stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta *dolosa* ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua *culpa*, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta *culposa (stricto sensu)* e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário.

[grifos acrescentados]

Acórdão 1465/2016-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

A *responsabilidade pelo dano no âmbito do TCU* é *subjéitiva*, de modo que para a imputação de débito devem ser avaliadas a conduta do agente, a *culpa* em sentido amplo (*culpa* em sentido estrito ou *dolo*), o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

[grifos acrescentados]

Acórdão 6943/2015-Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS

A *responsabilidade* dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza *subjéitiva*, caracterizada mediante a presença de simples *culpa stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta *dolosa* ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado.

[grifos acrescentados]

Conforme o art. 5º, inciso I, da LOTCU, a jurisdição do TCU abrange, não só as pessoas físicas, mas também “órgão e entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda...”. Nesse rol, encontram-se as pessoas jurídicas, como as empresas, que, quando contratadas pela Administração, podem cometer dano ao erário.

Nos termos art. 186 do CC/02, a responsabilidade civil das entidades de direito privado é, em regra, *subjéitiva*. Assim, caso alguém sofra um dano acarretado por uma

pessoa jurídica, que não atue em setor empresarial regido pelo parágrafo único do art. 927 do CC/02, deverá demonstrar, além do dano e do nexa causal, a culpa da empresa. Ocorre que, conforme será aprofundado no tópico 5.2, no âmbito da apuração de dano ao erário pelo TCU, decorrente da execução de um contrato público por uma empresa, a sua responsabilidade, salvo raríssimas exceções¹⁷, será objetiva.

Isso porque quando ocorre um dano ao erário, decorrente de uma execução contratual, a empresa contratada, ainda que não tenha culpa ou dolo, se beneficia dos pagamentos feitos a maior pela Administração, de modo que cabe ao TCU condená-la em débito, de modo que ela seja obrigada a devolver o que recebeu indevidamente.

Nesse contexto, suponha que o TCU apure um superfaturamento de uma obra pública e que, após analisar as alegações de defesa da empresa contratada e dos gestores envolvidos, ficar evidenciado que o dano foi ocasionado por culpa exclusiva de agente público e que não era exigível a pessoa jurídica perceber o erro, em vista, por exemplo, da baixa representatividade dos valores recebidos a maior. Nessa hipótese, ainda que a empresa não tenha nenhuma culpa, caberá ao TCU condená-la solidariamente em débito (sem aplicar multa) para que devolva o que recebeu sem ter dado causa, de modo a recompor o patrimônio público lesado injustamente.

Portanto, ainda que o TCU defina em seus precedentes que a responsabilidade dos seus jurisdicionados é subjetiva, ou seja, que ela depende de culpa, é necessário frisar que quando envolve dano, oriundo de execução de contrato público, essa responsabilidade guarda feições de responsabilidade objetiva, vale dizer, o contratado (que normalmente é uma empresa) deve responder pelo dano independente de culpa, sob pena de se enriquecer ilicitamente em desfavor da Administração. Assim, o mais apropriado é considerar que a responsabilidade perante o TCU é subjetiva para os gestores públicos, sem fazer generalizações para os demais jurisdicionados.

O fato de as empresas se beneficiarem (ainda que involuntariamente) dos danos ao erário, cometidos em razão da execução de contratos públicos, ao contrário dos

¹⁷ Uma situação em que a responsabilidade pelo dano ao erário de uma empresa poderia ser afastada, em vista da ausência de culpa (responsabilidade subjetiva) seria quando uma obra pública é executada de acordo com o projeto disponibilizado pela Administração e o TCU, posteriormente, aponta que a solução de engenharia é antieconômica e gerou um dano quantificável. Nessa situação, o gestor que aprovou o projeto responderia sozinho pelo dano, visto que, além de a pessoa jurídica não ter concorrido para o prejuízo, não se beneficiou dele, vale dizer, não se enriqueceu ilicitamente com o projeto mal dimensionado. Todavia, situações como essa são extremamente raras entre os casos enfrentados por este Tribunal.

gestores públicos (que não se enriquecem em vista de condutas culposas) não tem repercussão meramente terminológica sobre o nome da responsabilidade que lhes deve ser conferida (objetiva ou subjetiva). A sua principal implicação está ligada a uma necessária diferenciação entre as multas aplicadas a gestores públicos e empresas contratadas, quando houver dano ao erário não intencional (culposo), decorrente da execução contratual. Tal aspecto será aprofundado ao se analisar os dados de como o TCU diferencia agentes públicos e a pessoas jurídicas contratadas ao aplicar a multa do art. 57 da LOTCU, em situação de danos culposos (sessão 5.2).

Portanto, a totalidade dos enunciados da base ‘Jurisprudência Seleccionada’, se não igualam as responsabilidades por conduta dolosa e culposa, ao menos as trata conjuntamente sem que possa extrair eventual diferenciação de tratamento entre elas.

Passando para o segundo procedimento de pesquisa, visando extrair uma mensuração do quanto o TCU diferencia as infrações culposas das dolosas, quantificou-se a média dos percentuais das multas aplicadas (com base no art.57 da LOTCU) sobre o dano ao erário, para os casos de dolo e culpa, diferenciando as condições de gestor público e de terceiro externo à Administração Pública.

Nesse contexto, aplicou-se o argumento de pesquisa, transcrito abaixo no rodapé¹⁸, sobre a base ‘acórdãos’, filtrando-se as decisões do Plenário e dos anos de 2019, 2020, 2021 e 2022. Por esta busca, extraiu-se todas as decisões, desse Colegiado e nesses exercícios, que “citaram” a multa do art. 57 da LOTCU.

A aplicação do mencionado argumento de pesquisa possibilitou extrair a seguinte quantidade de acórdãos: 95 em 2022 (dos quais 33 foram excluídos); 66 em 2021 (dos quais 23 foram excluídos); 104 em 2020 (dos quais 36 foram excluídos); e 100 em 2019 (dos quais 25 foram excluídos). A exclusão¹⁹ desses acórdãos se deu porque, embora eles tenham feito referência à multa do art. 57 da LOTCU no seu texto, não foi aplicada, de fato, a referida multa nesses casos. Na maioria das vezes, tais decisões excluídas se

¹⁸ (Acompanhamento OU Desestatização OU "Indisponibilidade de bens" OU Monitoramento OU "Prestação de contas" OU "Relatório de auditoria" OU "Relatório de inspeção" OU "Relatório de levantamento" OU Representação OU "Tomada de contas").TIPOPROCESSO E ((aplica\$ OU condena \$) E multa E ("art. 57")).ACORDAO

¹⁹ A lista de todos os acórdãos excluídos e as respectivas causas encontram-se discriminadas nas planilhas: “acórdãos de 2022 rejeitados”; “acórdãos de 2021 rejeitados”; “acórdãos de 2020 rejeitados”; e “acórdãos de 2019 rejeitados”, todas do arquivo experimentos_2_3.XML.

referiram ao julgamento de recursos de decisões do TCU ou a ciência de que uma determinada conduta enseja a aplicação da referida multa.

Desse modo, no total, foram analisados 248 acórdãos, que representam o universo de decisões do Plenário do TCU, de 2019 a 2022, que aplicaram, pelo menos, a multa do art. 57 da LOTCU aos responsáveis. Assim, parte das mencionadas decisões também aplicaram outras penalidades como a multa do art. 58 da LOTCU, a declaração de inidoneidade de pessoa jurídica para licitar com a Administração (art. 46 da LOTCU) ou a inabilitação de pessoa física para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração (art. 60 da LOTCU).

A partir desse universo de acórdãos, calculou-se o percentual da multa do art. 57 da LOTCU para cada um dos responsáveis em cada caso concreto. Para tanto, foi necessário trazer o dano ao erário apurado para a mesma base temporal das multas aplicadas. Isso porque os débitos são apresentados nas decisões do TCU em valores históricos e as multas em valor presente. Nesse contexto, atualizou-se²⁰ cada um dos danos ao erário pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) até a data dos respectivos acórdãos, momento em que a multa do art. 57 foi aplicada.

Antes de calcular o percentual da multa do art. 57 da LOTCU, categorizou-se²¹, cada responsável, como gestor público ou terceiro externo à Administração. Todos aqueles que tiveram algum vínculo funcional com a Administração (agentes públicos ou políticos²²) foram considerados gestores públicos. Todos aqueles, abrangidos pela jurisdição do TCU, conforme o art. 5º da LOTCU, que não tiveram vínculo funcional com a Administração, foram considerados terceiro “externo à Administração”. Nesse grupo, aparecem pessoas jurídicas e pessoas físicas que contrataram com o poder público; que receberam, aplicaram ou geriram recursos da União diretamente ou que foram repassados a ente federado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres; que deveriam prestar contas nos termos da lei; ou que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resultou em dano ao erário.

²⁰ Os danos ao erário foram atualizados nas planilhas “rascunho_2022”; “rascunho_2021”; “rascunho_2020”; e “rascunho_2019”, todas do arquivo experimentos_2_3.XML.

²¹ A categorização de cada um dos responsáveis foi feita nas colunas “I” e “J” das planilhas “Acórdãos de 2022 selecionados”; “Acórdãos de 2021 selecionados”; “Acórdãos de 2020 selecionados”; e “Acórdãos de 2019 selecionados”, todas do arquivo experimentos_2_3.XML.

²² Prefeitos e secretários municipais em sua grande maioria.

A partir dos danos ao erário atualizados pelo IPCA até a data de cada acórdão e dos valores das multas do art. 57 da LOTCU aplicadas a cada responsável, calculou-se²³, para cada um deles, o percentual da respectiva multa aplicada sobre o débito apurado. Até aqui, cabe trazer algumas importantes considerações.

Em primeiro, foi considerada apenas a multa mais alta, em termos percentuais, para cada grupo de responsável. Assim, se houve mais de um gestor público ou terceiro externo à Administração multados em determinado caso, contabilizou-se, para cada grupo, apenas, a multa mais alta aplicada em termos percentuais.

Em segundo, nos casos em que a multa do art. 57 da LOTCU foi aplicada, não só a pessoa jurídica, mas também a seu sócio ou administrador²⁴, somou-se as multas, uma única vez, independentemente da quantidade de sócios ou administradores multados. Desse modo, caso uma decisão tenha aplicado a referida multa a determinada empresa e a três dos seus sócios ou administradores, somou-se a multa da empresa com a multa mais alta, que foi aplicada a apenas um deles.

Tal critério foi estabelecido pelas seguintes razões. Em primeiro, observou-se muitos casos em que o TCU aplicou, não só a multa a pessoa jurídica, mas também a seus sócios ou administradores. Caso fosse contabilizado apenas a multa mais alta (regra geral), estar-se-ia desconsiderando valores, que além de representativos, se referem a importantes casos em que, justamente, pela gravidade e reprovabilidade das infrações, esta Corte de Contas optou por ir além e também multar os sócios ou administradores. Em segundo, considerando que existiram situações em que foi multado, não apenas um sócio ou administrador, mas alguns deles, entendeu-se que somar todas as multas poderia distorcer o resultado final. Desse modo, adotou-se um posicionamento intermediário, de modo a somar à multa aplicada a pessoa jurídica a multa mais alta que foi aplicada a apenas um dos seus sócios ou administradores.

²³ Os cálculos dos percentuais das multas sobre os danos imputados, para cada responsável, estão nas planilhas “memórias de cálculo_2022”; “memórias de cálculo_2021”; “memórias de cálculo_2020”; “memórias de cálculo_2019”, todas do arquivo experimentos_2_3.XML.

²⁴ Nas colunas “K”, das planilhas “Acórdãos de 2022 selecionados”; “Acórdãos de 2021 selecionados”; “Acórdãos de 2020 selecionados”; e “Acórdãos de 2019 selecionados”, todas do arquivo “experimentos_2_3.XML”, é feita avaliação se houve ou não aplicação da multa do art. 57 da LOTCU a sócio ou administrador da pessoa jurídica responsabilizada.

Após o cálculo do percentual das multas sobre o dano ao erário, procedeu-se a categorização das condutas dos responsáveis como casos de culpa ou dolo. Nesse contexto, cabem trazer as seguintes considerações que foram feitas no estudo.

Se o voto foi expresso pela existência de culpa (em qualquer grau) ou de dolo, a conduta do responsável foi considerada, como caso de culpa ou dolo (expresso), nos exatos termos do voto. Ainda que o conteúdo do relatório do acórdão (que normalmente é um excerto das instruções das unidades técnicas), seja significativamente relevante para a categorização das condutas como culposas ou dolosas, optou-se por contabilizar como tal apenas o conteúdo do voto do Ministro-Relator, sem embargo do seu registro, que serviu para a convicção pessoal deste autor sobre, se cada caso concreto, se tratou de caso de dolo ou culpa.

Por outro lado, se o voto não foi expresso pela culpa ou dolo, a conduta dos responsáveis foi considerada culposa, exceto, nos casos em que foi identificado, pelo menos um, dos critérios estabelecidos de dolo presumido (que serão apresentados a seguir). Cabe destacar que, nos casos em que o voto não foi expresso pelo dolo, a classificação das condutas como culposas está de acordo com a uníssona jurisprudência do TCU que se funda na responsabilização por dolo ou culpa, que pressupõe uma graduação da reprovabilidade entre esses dois tipos de conduta e que possibilita a responsabilização mesmo quando não comprovados o dolo ou a má-fé.

Quanto aos casos de dolo presumido, esta classificação foi criada pelo autor em vista da percepção da significativa quantidade de decisões, que, embora marcadas pela patente gravidade, o TCU não concluiu pelo dolo e nem se manifestou pela culpa. São situações de reprovabilidade extrema que, em que pese a falta de elementos probatórios que levassem a conclusão do dolo (por meio de provas que normalmente são obtidas após medidas autorizadas pela Poder Judiciário), este Tribunal não pôde concluir pela intencionalidade da conduta dos responsáveis, mas também optou por não mencionar a culpa, provavelmente, no afã de não reduzir a severidade da irregularidade apurada a outras situações tradicionais de culpa simples.

Nesse contexto, os critérios estabelecidos para considerar uma decisão, cujo voto não mencionou o dolo ou a culpa, como caso de dolo presumido são: a) aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade de pessoa jurídica para participar de licitação da Administração Pública Federal (art. 46 da LOTCU); b) aplicação da penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da

Administração Pública (art. 60 da LOTCU); c) ocorrência de desfalque; d) ocorrência de fraude na concessão de benefícios previdenciários; e) ocorrência de fraude na concessão de empréstimos bancários; f) casos em que o dano ao erário foi maior ou igual a 80% dos recursos públicos geridos.

Quanto aos critérios “a” e “b”, eles podem ser extraídos de alguns precedentes do TCU que, ainda que de maneira esparsa, trouxeram os seguintes apontamentos quanto a essas penalidades. Em primeiro, o Acórdão 3.156/2016-Plenário (Ministro Augusto Nardes) mencionou que a comprovação da conduta dolosa é indispensável para a sanção de inidoneidade prevista no art. 46 da LOTCU. Em segundo, o Acórdão 2.746/2012-Plenário (Ministro Raimundo Carreiro) apontou a necessidade de comprovar algum componente volitivo dos responsáveis que aponte para a presença de dolo ou má-fé subjetiva para a aplicação da penalidade inabilitação. Em que pese as mencionadas decisões serem pontuais e ter sido observado, na presente pesquisa, situações em que o Plenário do TCU aplicou algumas dessas penalidades, mesmo fazendo referência expressa a culpa²⁵ (grave) dos responsáveis, entendeu-se que, para fins acadêmicos, tais parâmetros seriam razoáveis para inferir a ocorrência de dolo presumido, em vista da patente gravidade e reprovabilidade das infrações.

Quanto aos critérios “c”, “d” e “e”, considerou-se que o elemento volitivo estaria implícito nesses atos, visto que, nessas situações, o dano ao erário decorre de uma atuação concatenada de diferentes atos, muitas vezes com a participação conjunta de responsáveis (conluio), o que permite inferir, com certo grau de confiança, que tais condutas decorreram de atos intencionais dos responsáveis envolvidos.

Quanto ao critério “f” (dano ao erário apurado maior ou igual a 80%), observou-se um número significativo de decisões em que o TCU apurou débitos, proporcionalmente significantes, frente aos recursos públicos geridos, sem que tenha sido feita qualquer consideração sobre a intencionalidade ou culpa dos responsáveis. Por conservacionismo, optou-se por classificar como dolo presumido as situações em que o dano ao erário foi maior ou igual a 80% de todos os recursos públicos geridos.

Nesse contexto, uma decisão do TCU em um processo de TCE (tomada de constas especial), por exemplo, em que foi apurado um dano ao erário de 79,9% do valor

²⁵ Por exemplo, o Acórdão 3.232/2020 (Ministro Augusto Sherman) e o Acórdão 3056/2020 (Ministro Walton Alencar Rodrigues), ambos do Plenário, aplicaram a penalidade de inabilitação (art. 60 da LOTCU), fazendo expressa referência a culpa grave dos responsáveis.

gerido, sem que o voto tenha concluído pela culpa ou dolo dos envolvidos, foi contabilizada como caso de culpa. Nos casos em que não tenha sido possível extrair do voto ou do relatório o montante total dos recursos públicos geridos (ou seja, quando não foi possível calcular o dano ao erário relativo), a falta dessa informação, juntamente, com ausência de referência do voto ao dolo e a ausência dos demais critérios de dolo presumido, implicou na sua contabilização como caso de culpa.

Em outras palavras, caso uma decisão não mencione expressamente o dolo, caso não seja possível extrair dela informações para calcular o dano ao erário relativo e caso também não estejam presentes nela, ao menos um, dos critérios de dolo presumido, a conduta dos responsáveis foi contabilizada como caso de culpa.

Por fim, foram feitas mais duas considerações na categorização das condutas.

Em primeiro, caso a conduta de um responsável de um determinado grupo (de gestores públicos ou de terceiros externos à Administração) foi considerada dolosa ou de doloso presumido e a do outro responsável, de outro grupo, foi considerada culposa, eliminou-se a multa do caso culposos da amostra. Por exemplo, suponha que o voto apontou a intencionalidade de uma empresa (dolo) e a culpa dos gestores públicos. Nessa situação, contabilizou-se a multa da contratada como caso de dolo e excluiu-se da amostra a penalidade sobre a conduta culposa dos gestores públicos.

Tal critério foi inserido para evitar distorções no cálculo das multas dos casos culposos. Isso porque, havendo no grupo dos arrolados um ou alguns responsáveis que cometeram infrações mais graves (dolosas ou de dolo presumido) que os demais envolvidos (que cometeram infrações mais leves – culposas), é esperado que determinado tribunal puna com maior severidade o responsável pela conduta leve do que puniria, caso ele fosse julgado individualmente. Portanto, a multa aplicada isoladamente por uma infração leve tende a ser menor que a aplicada, a mesma infração, se ela for julgada juntamente com outros casos mais graves e reprováveis.

Tal diferença de tratamento decorre da heurística do ajuste ou ancoragem (vide p. 45-46), que conduz a vieses ou erros sistemáticos, e ocorre quando estimamos um valor numérico após nos ser apresentado um outro valor numérico (âncora). No caso em apreço, é esperado que o julgador estabeleça a penalidade das infrações mais graves e este valor influencie (“puxando” para cima) a penalidade das infrações mais leves. Por

essa razão, optou-se em excluir do espaço amostral as multas culposas quando julgadas juntamente com outros casos mais graves (dolo ou dolo presumido).

Em segundo, caso a conduta de um responsável de um determinado grupo (de gestores públicos ou de terceiros externos à Administração) foi considerada dolosa e a de outro responsável, de outro grupo, foi considerada dolo presumido, contabilizou-se as duas multas como caso de dolo. Por exemplo, suponha que o voto apontou a intencionalidade de uma empresa (dolo) e que a conduta dos gestores públicos incidiu em algum dos critérios de dolo presumido. Nessa situação, tanto a multa da contratada (terceiro externo à Administração) como a do gestor público foram contabilizadas como casos de dolo. Tal procedimento foi feito para dar uma maior uniformidade de tratamento quando o TCU reconheceu expressamente a intencionalidade de conduta de responsável de um dos grupos, mas não o fez expressamente para responsável do outro grupo e este caso também se tratou de patente gravidade e reprovabilidade.

Por último, caso o voto tenha feito referência à “má-fé” de responsável, contabilizou-se esta conduta como caso de dolo. Da mesma forma, caso o voto tenha feito referência a “conluio”, contabilizou-se como caso doloso, cabendo ressaltar que, nas situações em que foi mencionado conluio de ‘licitantes’, considerou-se, como intencional, a conduta da empresa contratada, mas não a dos gestores públicos.

De início, cabe antecipar que os dados que serão apresentados não se tratam de grandezas médias, obtidas através de inferências estatísticas sujeitas a certo nível de confiança, a partir de avaliação amostral, mas sim de grandezas que foram aferidas a partir de senso, ou seja, pela análise de todos os elementos do universo amostral.

Antes de adentrar nos resultados dos percentuais médios das multas do art. 57 da LOTCU e seus correspondentes desvio padrão médio, cabe apresentar alguns achados relativos à frequência dos diferentes casos de culpabilidade (culpa, dolo e dolo presumido). Nesse contexto, um aspecto que chamou a atenção na presente pesquisa foi a preponderância dos casos mais graves (dolo e dolo presumido):

Tabela 2: Casos de dolo x Casos de culpa

	gestores públicos	terceiros externos à Administração
Frequência dos casos de dolo ou dolo presumido (%)	80,20%	67,81%

Frequência dos casos culposos (%)	19,80%	32,19%
-----------------------------------	--------	--------

Conforme a Tabela 2, os casos de condutas graves (dolo e dolo presumido) foram sensivelmente mais representativos que os casos culposos, tanto para o grupo de gestores públicos como para o de terceiros externos à Administração. No caso do primeiro grupo, os casos mais graves (dolo ou dolo presumido) representaram mais de quatro quintos (80,20%) das multas do art. 57 aplicadas pelo Plenário de 2019 a 2022. No caso do segundo grupo, este percentual foi ligeiramente menor (67,81%), mas ainda assim mais que o dobro da frequência dos casos culposos (32,19%).

Cabe destacar que a proporção dos casos mais graves poderia ser ainda maior caso fosse considerado, como dolo presumido, o dano ao erário relativo, em proporção menor que 80% dos recursos públicos geridos. Como dito, optou-se por adotar um parâmetro conservador, de modo a só classificar como dolo presumido os casos patentemente mais graves e reprováveis. Todavia, foram observados inúmeros casos de danos ao erário, menores que 80%, mas ainda assim, consideravelmente grandes em termos relativos (maiores que 75%, 70% e 65% por exemplo).

Desse modo, a representatividade dos casos mais graves sobre os menos graves, não só precisa ser explorada para julgamentos do Plenário anteriores a 2018 como também para os demais colegiados (1ª e da 2ª Câmaras). Caso confirmado esta significativa preponderância dos casos mais graves, tal situação enseja medidas, não apenas para melhor as diferenciar dos casos menos graves (culposos), como também para aprimorar e, efetivamente, dissuadir os danos ao erário intencionais.

O segundo aspecto relevante, quanto à frequência os diferentes casos de culpabilidade, foi a grande representatividade dos casos de dolo presumido:

Tabela 3: Proporção dos diferentes casos de responsabilização

	gestores públicos	terceiros externos à Administração
Frequência dos casos de dolo presumido (%)	50,50%	40,41%
Frequência dos casos de dolo (%)	29,70%	27,40%
Frequência dos casos culposos (%)	19,80%	32,19%

Conforme a Tabela 3, os casos de dolo presumido tiveram maior frequência que os de dolo e de culpa, tanto no grupo dos gestores públicos como no grupo de terceiros externo à Administração. No caso do primeiro grupo, os casos de dolo presumido representaram mais da metade dos casos (50,50%). No caso do segundo grupo, o percentual foi um pouco menor ,40,41%, mas ainda assim consideravelmente superior aos 27,40 % de dolo e 32,19% de culpa. Destes dados, extrai-se que o rol de casos, patentemente graves e reprováveis, em que o TCU não concluiu pelo dolo e também não fez nenhuma referência à culpa, são, de fato, muito representativos e precisam ser levados em consideração em estudos da responsabilização do TCU.

Passando para os achados, relativos aos percentuais médios das multas do art. 57 da LOTCU e a seus correspondentes desvio padrão médio, as tabelas a seguir trazem os resultados dessas medidas obtidos, respectivamente, para o grupo de gestores públicos e para o grupo de terceiros externos à Administração:

Tabela 4: Gestores Públicos – média das multas e do desvio padrão

Grupo de Gestores Públicos	casos de culpa	casos de dolo	casos de dolo presumido
média dos percentuais de multas do art. 57 da LOTCU aplicadas	17,27%	18,65%	30,99%
Desvio padrão	0,154562387	0,175250333	0,256430117

Fonte: planilha “Resultado” do arquivo experimentos 2_3.XML

Tabela 5: Terceiros Externos à Administração – média das multas e do desvio padrão

Grupo de Terceiros Externos à Administração	casos de culpa	casos de dolo	casos de dolo presumido
média dos percentuais de multas do art. 57 da LOTCU aplicadas	17,74%	26,08%	26,22%
Desvio padrão	0,155612219	0,210814824	0,302907218

Fonte: planilha “Resultado” do arquivo experimentos 2_3.XML

De início, cabe antecipar que era esperado que as multas aplicadas para dissuadir condutas dolosas fosse significativamente superior às aplicadas para induzir os

responsáveis a internalizar²⁶ os riscos dos danos ao erário culposos. No entanto, os dados apresentados acima apontam a proximidade das médias destes dois casos.

No caso dos gestores públicos, essa diferença foi de apenas 1,38% (18,65% - 17,27%). No caso de terceiros externos à Administração, essa diferença foi de 8,34% (26,08% - 17,74%), maior em relação ao caso anterior, mas ainda assim muito próximas as duas medidas, frente à significativa diferença de reprovabilidade entre as condutas dolosas e culposas e aos objetivos da punição em cada um desses casos: dissuasão (casos dolosos); e internalização de custos e riscos (casos culposos).

Além disso, era esperado que as multas aplicadas para dissuadir infratores intencionais beirassem os 100%, uma vez que, nesses casos, os infratores também levam em conta a probabilidade de detecção do dano ou do ilícito. Isso porque, como o TCU e outros órgãos de controle não detectam o dano ao erário sempre que ele ocorre, quando o Poder Público não detecta a irregularidade, o agente que, sobretudo nos casos intencionais, faz escolhas racionais (buscando maximizar os próprios ganhos), incorpora ao seu patrimônio os benefícios do ilícito que cometeu.

Portanto, a sanção a ser aplicada, quando delitos intencionais são descobertos, deve ser elevada o bastante para compensar os ganhos apropriados, quando a irregularidade não é descoberta, de modo a dissuadir o infrator e tornar a conduta desvantajosa no balanço geral, ou seja, após várias repetições (“n” rodadas).

Todavia as multas aplicadas para dissuadir os casos expressamente dolosos, além de muito próximas aos casos culposos, se mostraram muito distantes do limite superior (100%). Isso mesmo somando, nos casos mais graves, as multas da pessoa jurídica com a aplicada a um dos sócios ou administradores. Desse modo, conforme a Tabelas 4 e 5, nos casos dolosos, a média das multas do art. 57 da LOTCU foi 18,65% para gestores públicos e 26,08% para terceiros externos à Administração.

Um achado intrigante é que as multas categorizadas como casos de dolo presumido foram as que tiveram as maiores médias. De fato, era esperado que os casos, patentemente graves e reprováveis, de dolo presumido tivessem a média das multas mais elevadas que a dos casos culposos. Todavia, não era esperado que seus valores

²⁶ E, conseqüentemente, tomarem medidas de precaução (que tem um custo) para evitar que novos danos ao erário involuntários não aconteçam novamente.

fossem maiores²⁷ que o dos casos dolosos. Isso porque, nos casos de dolo, ao contrário dos casos de dolo presumido, o Colegiado Julgador teve elementos de convicção para concluir, expressamente, pela intencionalidade da conduta.

No caso do grupo de gestores públicos, a média das multas do art. 57 da LOTCU aplicadas em casos de dolo presumido (30,99%) foi 66,16% maior que as aplicadas nos casos de dolo (18,65%). Para o grupo de terceiros externos à Administração, a média das multas por dolo presumido foi 26,22% para os casos de dolo presumido e 26,08% para os casos de dolo, ou seja, foram muito próximas.

Nesse contexto, o que pode explicar parte da significativa diferença das multas nos casos de gestores públicos foi a grande quantidade de casos de desfalque, de fraude na concessão de benefícios previdenciários e de fraude na concessão de empréstimos bancários, que foram julgados pelo Plenário do TCU entre 2019 e 2022.

Nesses casos, a punição do terceiro externo à Administração depende da comprovação da sua intencionalidade. Como é raro obter evidências do dolo de terceiros nesses casos, a multa é aplicada, normalmente, apenas aos gestores públicos²⁸. Como, nessas situações, as multas são normalmente elevadas (condutas graves), tal fato pode explicar parte da significativa diferença entre a média das multas dos casos de dolo e de dolo presumido, no grupo dos agentes públicos multados.

Portanto, as situações patentemente graves e reprováveis, em que o voto não concluiu pela intencionalidade da conduta, mas também não mencionou a culpa dos responsáveis (dolo presumido), além de representarem os casos mais frequentes julgados, foram também as situações em que foram aplicadas as maiores multas.

Tal fato reforça a necessidade de buscar um tratamento das responsabilizações do TCU que leve em conta essa situação identificada. Na seção 5.4, será apresentada proposta de tratar os casos de dolo presumido como erro grosseiro ou culpa grave.

Passando para as medidas de dispersão dos casos de responsabilização, as Tabelas 4 e 5 mostram que o desvio padrão médio dos casos de dolo presumido é maior que nos casos de dolo, que é maior que nos casos de culpa, tanto para o grupo de

²⁷ No caso do grupo de gestores públicos, essa diferença foi significativa: 30,99% para os casos de dolo presumido e 18,65% para os casos de dolo.

²⁸ Foram observados muitos casos de empregados dos Correios, da Caixa Econômica Federal e de outras instituições bancárias, bem como servidores do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

gestores públicos como para o grupo de terceiros externos à Administração. No caso do primeiro grupo, o desvio padrão dos casos de dolo presumido foi 0,256 contra 0,175 dos casos de dolo e 0,149 dos casos de culpa. No caso do segundo grupo, a diferença entre os diferentes grupos aumentou e foi de 0,302 para os casos de dolo presumido, 0,210 para os casos de dolo e 0,155 para os casos de culpa.

Considerando que as multas por dolo presumido foram, em média, maiores que a dos casos de dolo e estas foram, em média, maiores que a dos casos de culpa, para os dois grupos (gestores públicos e terceiros externos à Administração), e que os desvios padrão médio seguiram esta mesma lógica nos dois grupos estudados, os dados apontam que existe uma correlação positiva entre a intensidade média das multas e a variabilidade dos valores em torno da média. Desse modo, as multas aplicadas por dolo presumido variaram mais em torno das médias que as multas aplicadas nos casos de dolo, que variam mais que as aplicadas nos casos culposos.

5.2. Da diferenciação entre gestores públicos e terceiros contratados

Nesta seção, será respondido o questionamento se nas infrações culposas, o TCU diferencia as condições de gestores públicos e de terceiros contratados, na gradação das multas aplicadas com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992.

Antes de adentrar no procedimento de pesquisa, cabe explicar porque tal questionamento é tão relevante para a responsabilização dos Tribunais de Contas.

Ao contrário dos casos tradicionais de responsabilidade civil, em que alguém que comete um dano não intencional (culposo) a outrem, não se enriquece ou não se beneficia do prejuízo que acarretou, nos casos de dano ao erário, decorrente da execução de um contrato público ou instrumento congênere, o contratado, em regra, se beneficia do prejuízo, independentemente, de ter dado ou não causa a ele.

Antes de adentrar no dano ao erário, proveniente da execução de ajuste público (caso específico), cabe apresentar os casos tradicionais de responsabilidade civil, em que alguém viola culposamente um dever de cuidado e causa prejuízos a terceiros, sem que se extraia qualquer benefício ou vantagem do dano que deu causa.

Imagine que um motorista colida, culposamente, seu veículo no trânsito. Nessa situação, a negligência, imperícia ou a imprudência do responsável acarreta prejuízos a

terceiros, como gastos médicos ou com o reparo de outro (s) veículo (s). Em regra, este infrator não se enriquece ou não se beneficia dos prejuízos que acarretou, vale dizer, supondo um dano a terceiros de 100 unidades financeiras, tal valor, não só não é incorporado ao patrimônio do ofensor, como, muitas vezes, este também sofre prejuízos com o acidente que ocasionou (como estragos do próprio veículo).

Similarmente, quando alguém joga uma bituca de cigarro no chão e causa um incêndio; quando um operário esquece um procedimento de segurança e causa um acidente; ou quando um médico comete um erro em paciente, em todos esses casos, o responsável, que atuou com culpa (sem intenção) acarreta prejuízos a terceiros, todavia, sem extrair qualquer vantagem ou benefício do dano que deu causa.

Por essa razão, a regra geral do CC/02 e da teoria econômica é, nos danos culposos, imputar ao ofensor, apenas, a indenização do dano. Todavia, como, em certos casos, a compensação perfeita do dano é impossível de ser obtida na prática (que é o caso quando ocorre danos morais por exemplo), a teoria econômica prevê a imposição de um custo adicional, como uma multa, para induzir o ofensor a internalizar uma parte maior do dano que acarretou, de modo a induzi-lo a tomar maiores precauções para evitar “acidentes” similares. Nesse mesmo sentido, no caso das condutas dolosas, a teoria econômica demonstra que apenas obrigar o ofensor a indenizar a vítima torna o ilícito vantajoso, uma vez que, quando o responsável não é descoberto pelo Poder Público, ele se apropria dos benefícios do ilícito cometido. Por isso, nesses casos, uma punição ou a imposição de um custo adicional deve ser aplicado ao ofensor, de modo a tornar o seu benefício econômico com a conduta negativo, ou seja, torná-la desvantajosa após várias rodadas no tempo. Portanto, os autores de danos dolosos devem ser punidos e os autores de danos culposos podem ser punidos em circunstâncias específicas (COOTER e ULEN, 2016, p. 461-462).

Ocorre que, ao contrário dos casos tradicionais de responsabilidade civil, o terceiro contratado pela Administração, em regra, se beneficia dos valores que são pagos indevidamente em razão do seu contrato, ou seja, nessas situações, ele se enriquece com o dano ao erário, independe, de ter dado ou não causa a ele.

Suponha um caso corriqueiro, em que o TCU apure um superfaturamento de obra pública e que, após analisar as alegações de defesa da empresa contratada e dos gestores, ficar evidenciado que o dano foi ocasionado por culpa exclusiva de agente público e que não era exigível da pessoa jurídica perceber o erro, em vista, por exemplo,

da baixa representatividade dos valores recebidos a maior. Nessa situação, ainda que a empresa não tenha nenhuma culpa, caberá ao TCU condená-la solidariamente ao débito (sem aplicar multa) para que ela devolva o que recebeu, sem ter dado causa, e assim recompor o patrimônio público lesado injustamente.

Por outro lado, uma situação, em que a responsabilidade pelo dano ao erário de uma contratada poderia ser afastada, em vista da ausência de culpa, seria quando uma obra pública é executada de acordo com o projeto disponibilizado pela Administração e o TCU, posteriormente, aponta que a solução de engenharia é antieconômica e que gerou um dano quantificável. Nessa situação, o gestor que aprovou o projeto responderia sozinho pelo débito, visto que, além de a pessoa jurídica não ter concorrido para o prejuízo, não se beneficiou dele, vale dizer, não se enriqueceu ilicitamente com o projeto mal dimensionado. Todavia, situações como a do Acórdão 1617/2009-Plenário²⁹ são extremamente raras entre os casos enfrentados por este Tribunal. No caso em apreço, inclusive, sem aplicar qualquer penalidade, a decisão apenas apontou a antieconomicidade de projeto, mas não um dano ao erário.

Dessa forma, os casos julgados pelo TCU de dano ao erário culposos, em regra, implicam no enriquecimento sem causa do contratado, em vista dos valores indevidos que recebe pela execução do seu ajuste, de modo que eles são diretamente beneficiados pelos prejuízos apurados, ainda que não tenha dado causa a eles.

Levando em consideração a possibilidade do parcelamento da dívida em 36 meses (assunto que será tratado na seção 5.4), os valores recebidos indevidamente representam um “empréstimo” da Administração a contratada. Como ela recebe um pagamento indevido no marco temporal zero (quando recebe o pagamento pela execução contratual) esta terá, no caso de a irregularidade ser descoberta pelo TCU, não só o tempo necessário para este Tribunal apurar e julgar o ilícito, como também mais 36 meses para devolver o recurso recebido irregularmente. Assim, a empresa pode literalmente reinvestir o dano ao erário, e assim aumentar os lucros do negócio.

Conforme exposto, em situações em que não é possível quantificar e imputar o verdadeiro dano ao responsável e dessa forma induzi-lo a tomar maiores cuidados para evitar novos prejuízos culposos a terceiros, a teoria econômica estabelece a imposição

²⁹ O caso tratou de levantamento do Fiscobras 2009, em que a auditoria avaliou as obras de construção do Edifício-Sede do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1ª Região-DF).

de um custo adicional, que normalmente é feito a partir das multas, de modo a tornar o benefício econômico do infrator com a conduta negativo, ou seja, torná-la desvantajosa ao longo do tempo (COOTER e ULEN, 2016, p. 461).

De maneira diversa, nas infrações culposas, os gestores públicos responsáveis não recebem qualquer benefício pelo dano ao erário, vale dizer, ao contrário dos casos intencionais, em que pode haver o recebimento de vantagens indevidas (propina), nos casos culposos, o agente público envolvido não auferir ganhos com o prejuízo.

Levando em consideração que a regra geral do CC/02 e da teoria econômica é imputar, apenas, o dano nas infrações culposas, as penalidades aplicadas a gestor público, nos casos de culpa (simples), não só são questionáveis do ponto de vista econômico e legal (assunto que será tratado na seção 5.4), como, principalmente, ensejam um tratamento completamente diferente, em termos de dosimetria, das multas aplicadas aos contratados, uma vez que aqueles, ao contrário destes, não se beneficiam com o dano ao erário acarretado em decorrência da execução contratual.

Desse modo, em termos econômicos, é esperado que as multas aplicadas a terceiros contratados, em razão de danos culposos na execução de contratos públicos, sejam maiores que as aplicadas a gestores públicos envolvidos.

Nesse contexto, a seção seguinte explorará se o TCU, ao aplicar a multa do art. 57 da LOTCU, diferencia ou não as condições de gestor público e contratado, nos casos de dano ao erário culposos, decorrentes da execução de contratos públicos.

5.2.1. Da análise dos achados

Visando extrair uma mensuração do quanto o TCU diferencia as condições de gestores públicos e de terceiros contratados, quando aplica a penalidade do art. 57 da LOTCU, em razão de danos culposos decorrentes da execução de contratos públicos ou instrumentos congêneres, quantificou-se o percentual da multa aplicada sobre o dano ao erário para cada um desses dois grupos, em cada caso concreto.

Nesse contexto, aplicou-se o argumento de pesquisa, transcrito abaixo no rodapé³⁰, sobre a base 'acórdãos', filtrando-se as decisões do Plenário e os anos de

³⁰ (Acompanhamento OU Desestatização OU "Indisponibilidade de bens" OU Monitoramento OU "Prestação de contas" OU "Relatório de auditoria" OU "Relatório de inspeção" OU "Relatório de

2019, 2020, 2021 e 2022. Por esta busca, extraiu-se todas as decisões, desse Colegiado nos mencionados exercícios, que “citaram” a multa do art. 57 da LOTCU.

Dessa forma, extraiu-se a seguinte quantidade de acórdãos: 95 em 2022 (dos quais 89 foram excluídos); 66 em 2021 (dos quais 60 foram excluídos); 104 em 2020 (dos quais 92 foram excluídos); e 100 em 2019 (dos quais 94 foram excluídos). Portanto, do universo de 365 acórdãos, em que foi feita alguma referência textual a multa do art. 57, excluiu-se um total de 305 decisões, de modo que, ao final, foram analisados e calculados o percentual da multa sobre o dano de 60 deliberações.

Quanto à exclusão³¹ dos 305 acórdãos, que representam 82,19% do universo de decisões extraídas (365), antes de apresentar as referidas causas e as premissas utilizadas para as exclusões, cabe lembrar que a condição de contorno do presente experimento é que, além de a multa do art. 57 da LOTCU ter sido aplicada, em casos de danos culposos, decorrentes da execução de um ajuste público, ela deve ter sido aplicada, tanto a gestor público como a empresa contratada, de modo a ser possível comparar, em cada caso concreto, as multas aplicadas a um e a o outro.

Nesse contexto, em primeiro, eliminou-se os 117 acórdãos, que foram excluídos do segundo procedimento de pesquisa da seção anterior, uma vez que eles, embora fizessem referência a multa do art. 57 da LOTCU, eles não aplicaram, de fato, a referida penalidade, sendo, em maioria, casos do julgamento de recursos de decisões ou de ciência de que determinada conduta enseja a aplicação da referida punição.

Em segundo, excluiu-se todos os casos “não culposos”, vale dizer, todos os casos dolosos³² (em que o voto foi expresso pelo dolo de ao menos um dos responsáveis) e todos os casos de dolo presumido de ao menos um dos responsáveis.

Quanto aos casos de dolo presumido, cabe remorar que são os casos de reprovabilidade extrema que, em que pese a falta de evidências que levassem a

levantamento" OU Representação OU "Tomada de contas").TIPOPROCESSO E ((aplica\$ OU condena \$) E multa E ("art. 57")).ACORDAO

³¹ A lista de todos os acórdãos excluídos e as respectivas causas encontram-se discriminadas nas planilhas: “acórdãos de 2022 rejeitados”; “acórdãos de 2021 rejeitados”; “acórdãos de 2020 rejeitados”; e “acórdãos de 2019 rejeitados”, todas do arquivo experimento_1.XML

³² Da mesma forma que no experimento anterior, a referência do voto à “má-fé” ou ao “conluio” implicou na consideração da conduta como caso de dolo, o que, no caso deste procedimento de pesquisa, implicou na exclusão da decisão dentre aquelas que foram analisadas e comparadas as multas aplicadas a gestores públicos e terceiros contratados.

conclusão do dolo, o TCU não pôde concluir pela intencionalidade da conduta dos responsáveis, mas também optou por não mencionar³³ a culpa dos responsáveis.

Similarmente ao segundo procedimento de pesquisa da seção anterior, os critérios para considerar uma decisão, cujo voto não mencionou o dolo ou a culpa, como caso de dolo presumido foram: a) aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade de pessoa jurídica para participar de licitação da Administração Pública Federal; b) aplicação da penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; c) ocorrência de desfalque; d) ocorrência de fraude na concessão de benefícios previdenciários; e) ocorrência de fraude na concessão de empréstimos bancários; f) casos em que o dano ao erário foi maior ou igual a 80% dos recursos públicos geridos.

Da mesma forma que no experimento anterior, se uma decisão não mencionou expressamente o dolo; se não forneceu informações para calcular o dano ao erário relativo; se não foram encontrados, ao menos um, dos critérios de dolo presumido, a conduta dos responsáveis foi considerada culposa, de modo a, no caso do presente procedimento de pesquisa, mantê-la entre as demais decisões, que foram analisadas e comparadas as multas aplicadas a gestores públicos e a empresas contratadas.

Em terceiro, excluiu-se todas as decisões que aplicaram a multa do art. 57 da LOTCU a responsáveis de apenas um dos grupos (de gestores públicos e de terceiros contratados). Isso porque o objetivo central do presente experimento é justamente comparar como o TCU diferenciou, em cada caso concreto, a multa que aplicou a agente público e a contratado. Assim, se um acórdão aplicou a referida penalidade a apenas gestor público ou a apenas a terceiro contratado, tal decisão foi excluída. Antes de calcular o percentual da multa do art. 57 da LOTCU, categorizou-se³⁴, cada responsável, como gestor público ou terceiro externo à Administração. Todos aqueles que tiveram

³³ Da mesma forma que no experimento anterior, se o voto foi expresso pela existência de culpa (em qualquer grau) ou de dolo, a conduta do responsável foi considerada, como caso de culpa ou dolo (expresso), nos exatos termos do voto. Desse modo, ainda que se tenha identificado algum dos critérios para considerar a decisão como caso de dolo presumido, se o voto apontou, de maneira expressa, a culpa, este foi o tratamento dado a decisão, de modo a mantê-la na amostra dos acórdãos que foram analisados e comparadas as multas.

³⁴ A categorização de cada um dos responsáveis foi feita nas colunas “H” e “I” das planilhas “Acórdãos de 2022 selecionados”; “Acórdãos de 2021 selecionados”; “Acórdãos de 2020 selecionados”; e “Acórdãos de 2019 selecionados”, todas do arquivo experimento_1.XML.

algum vínculo funcional com a Administração (agentes públicos ou políticos³⁵) foram considerados gestores públicos. Todos aqueles que participaram da execução de contrato público ou instrumento congênere (acordo bilateral) com a Administração foram considerados terceiros contratados (pessoas física ou jurídica³⁶).

A partir do universo de decisões obtido após as mencionadas exclusões, calculou-se³⁷ o percentual da multa do art. 57 da LOTCU para cada um dos responsáveis, em cada caso concreto. Como, ao contrário do experimento dois da seção anterior, o objetivo deste procedimento de pesquisa era comparar as multas aplicadas a gestores e terceiros contratados, em cada caso concreto, e não calcular o percentual exato da multa do art. 57 da LOTCU aplicada, não foi necessário trazer o dano ao erário para a mesma base temporal da penalidade (data do acórdão).

Antes de apresentar os resultados, cabe apresentar as duas análises feitas.

Em primeiro, comparou-se³⁸ a proporção da penalidade do art. 57 da LOTCU aplicada a gestores públicos e a terceiro contratado. Se após o truncamento e a desconsideração das casas decimais, a multa aplicada ao contratado teve o mesmo percentual que a que foi aplicada a um dos agentes públicos, o percentual da multa aplicada a gestores públicos e a contratada foi considerado equivalente. Se, ao contrário, os valores forem diferentes, as penalidades foram consideradas distintas. Nesse contexto, cabe trazer o exemplo do Acórdão 3232/2020-Plenário:

Tabela 6: Comparação das multas do Acórdão 3232/2020-Plenário

Acórdão 3232/2020-Plenário (Ministro Augusto Sherman)			
Responsável	dano histórico	multa	% dano
Orlando Santos Diniz - presidente do Sesi Senac RJ	7.731.784,69	4.000.000,00	14,42%
empresas Metro Quadrado Montagens e Promoções Ltda	198.908,59	30.000,00	15,08%
empresa Tryx Eventos Ltda.	198.908,59	30.000,00	15,08%

³⁵ Prefeitos e secretários municipais em sua grande maioria.

³⁶ Na grande maioria dos casos, os contratados eram empresas nas diferentes possibilidades societárias.

³⁷ Os cálculos dos percentuais das multas sobre os danos imputados, para cada responsável, estão nas planilhas “memórias de cálculo_2022”; “memórias de cálculo_2021”; “memórias de cálculo_2020”; “memórias de cálculo_2019”, todas do arquivo experimento_1.XML

³⁸ Tal procedimento foi realizado nas colunas “G” das planilhas “Acórdãos de 2022 selecionados”; “Acórdãos de 2021 selecionados”; “Acórdãos de 2020 selecionados”; e “Acórdãos de 2019 selecionados”, todas do arquivo experimento_1.XML. Caso, após o truncamento, o percentual da multa aplicada ao contratado e ao menos um dos gestores foi igual, registrou-se um “sim” na correspondente célula do acórdão. Caso o percentual foi diferente, registrou-se um “não” no mesmo lugar.

Fonte: planilha “memória de cálculo_2020” do arquivo experimento_1.XML

No caso acima, a proporção das multas aplicadas às empresas (em amarelo) e ao gestor público (em branco) são muito próximas (a diferença entre elas é menor que 1%). Em que pese a proximidade entre elas, como, após o truncamento, o percentual da multa aplicada ao agente público foi 14% e às contratadas foi 15%, considerou-se, nesse caso, que as penalidades não foram equivalentes, ou seja, a decisão acertadamente diferenciou as condições de gestor público e empresa.

Em segundo, verificou-se³⁹ se a multa aplicada a gestor público foi, proporcionalmente, maior que a aplicada a terceiro contratado. Como, nos danos culposos, decorrentes da execução de um ajuste, os primeiros, ao contrário dos segundos, não enriquecem com o prejuízo, seria esperado que a multa aplicada a agentes públicos fosse, proporcionalmente, menor que as aplicadas a contratados.

Nesse contexto, enquanto o primeiro procedimento avaliou se houve multa proporcionalmente equivalente aplicada a gestor público e a terceiro contratado, o segundo avaliou se houve multa aplicada a agente público, proporcionalmente, maior que a aplicada à empresa contratada. Transcreve-se o caso do Acórdão 3056/2020-Plenário para exemplificar como os procedimentos apresentados foram realizados:

Tabela 7: Comparação das multas do Acórdão 3056/2020-Plenário

Acórdão 3056/2020-Plenário (Ministro Walton Alencar)			
Responsável	dano histórico	multa	% dano
Alberto Fioravante Sondermann Frega - assessor da diretoria de logística do Ministério da Pesca (MP)	1.582.826,52	2.700.000,00	170,58%
Altemir Gregolin - Ministro da Pesca	1.582.826,52	2.700.000,00	170,58%
Antônio Chrisóstomo de Sousa - coordenador-geral de gestão interna do MP	1.582.826,52	2.700.000,00	170,58%
Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr - consultor jurídico	1.582.826,52	2.700.000,00	170,58%
José Claudenor Vermohlen - secretário de infraestrutura e fomento à pesca e aquicultura	1.582.826,52	2.700.000,00	170,58%
Leandro Balestrin - diretor de logística do MP	1.582.826,52	2.700.000,00	170,58%
Dirceu Silva Lopes - secretário executivo do MP	1.033.860,05	1.800.000,00	174,10%

³⁹ Tal procedimento foi realizado nas colunas “G” das planilhas das planilhas “Acórdãos de 2022 selecionados”; “Acórdãos de 2021 selecionados”; “Acórdãos de 2020 selecionados”; e “Acórdãos de 2019 selecionados”, todas do arquivo experimento_1.XML. Se foi observado que a multa a aplicada a um dos gestores públicos foi maior, proporcionalmente, que a aplicada a contratado, pintou-se a correspondente célula do acórdão com a cor laranja. No caso contrário, se foi observado que as multas aplicadas aos gestores foram menores que a aplicada a empresa contratada, manteve-se a correspondente célula pintada na cor branca.

Wilson José da Silva - pregoeiro	1.033.860,05	1.800.000,00	174,10%
Manoel Viana de Sousa - subsecretário de planejamento, orçamento e administração do MP	548.966,47	900.000,00	163,94%
Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda	1.582.826,52	2.700.000,00	170,58%

Fonte: planilha “memória de cálculo_2020” do arquivo experimento_1.XML

Conforme a tabela acima, as células em amarelo indicam que as multas aplicadas aos correspondentes gestores públicos foram equivalentes a aplicada a contratada. Por sua vez, as células em vermelho indicam que as multas aplicadas aos agentes públicos especificados foram proporcionalmente maiores que a aplicada a empresa (174,10% é maior que 170,58%). Quanto aos percentuais das multas (aparentemente) maiores que 100%, tal fato ocorreu porque, além de as multas, desse caso concreto, terem sido próximas ao limite do art. 57 da LOTCU, conforme dito anteriormente, nesse experimento, não levou-se o dano ao erário para a mesma base temporal da multa, pois, ao contrário do experimento dois da seção anterior, o objetivo deste experimento não é calcular a proporção exata da multa sobre o dano, mas, tão somente, comparar as multas aplicadas a gestores públicos e contratados.

Por fim, cabe frisar que os resultados que serão apresentados não se tratam de grandezas médias, obtidas através de inferências estatísticas sujeitas a certo nível de confiança, a partir de avaliação amostral, mas sim de grandezas que foram aferidas a partir de senso, ou seja, pela análise de todos os elementos do universo amostral.

Passando para os resultados⁴⁰, a proporção dos casos em que o TCU não diferenciou a condição de gestor público e de empresa contratada na dosimetria da multa do art. 57 da LOTCU, quando houve dano ao erário culposo decorrente da execução de um contrato público ou ajuste congênere, chegou a 81,48%.

O valor calculado teria sido ainda maior caso o critério para considerar duas multas como equivalentes fosse uma diferença pequena, como 1%, ao invés do adotado, com base no truncamento e na desconsideração das casas decimais.

Tal falta de diferenciação entre as condições de gestor público e terceiro contratado na aplicação da multa fica evidente nas situações, em que o dano ao erário

⁴⁰ Os resultados dos anos de 2022, 2021, 2020 e 2019 estão nas seguintes planilhas respectivamente: “Resultado_2022”; “Resultado_2021”; “Resultado_2020”; e “Resultado_2019”, todas do arquivo experimento_1.XML. O resultado, após a consolidação de todos exercícios, está na planilha “Resultado_acumulado”, do mesmo arquivo.

imputado aos responsáveis é o mesmo. Em 85,71% das vezes⁴¹, em que o débito imposto aos dois foi idêntico, o Plenário do TCU aplicou a mesma multa a ambos, o que sugere que é um procedimento padrão replicar ou repetir a multa de um a outro.

Por sua vez, a proporção dos casos em que o TCU aplicou a gestor público uma multa proporcionalmente maior que a que aplicou a contratado foi 37,04%. Em que pese tal valor não ser tão significativo como o anterior, é elevado, pois, nessas situações, ao contrário do esperado, que seria aplicar uma penalidade maior para o contratado, o Plenário, penalizou com mais incisividade o agente público.

Tal achado pode, ao menos em parte, ser explicado pela heurística da ancoragem, que conduz a vieses ou erros sistemáticos, e ocorre quando estimamos um valor numérico após nos ser apresentado um outro valor numérico (âncora):

Tabela 8: Heurística da ancoragem na dosimetria de multa do Plenário do TCU

Acórdão 1889/2022-Plenário			
Responsável	dano histórico	multa	% dano
Sérgio Leandro Lemos (fiscal de contrato)	1.423.387,79	116.000,00	8,15%
João Luis do Vale Batista (fiscal de contrato)	300.335,31	56.000,00	18,65%
Antônio Coelho Neto (gerente de contrato na Petrobrás)	260.805,38	56.000,00	21,47%
Empresa L.C. Inspeções Técnicas	1.723.723,10	142.000,00	8,24%

Fonte: planilha “memória de cálculo_2022” do arquivo experimento_1.XML

Conforme a tabela, os percentuais em vermelho se referem às multas aplicadas aos responsáveis que cometeram irregularidades menos graves e que receberam multas menores, em valores nominais, que os casos pintados de amarelo. Em que pese a menor gravidade das condutas e o menor valor nominal das suas multas, tais infratores receberam penalidades, proporcionalmente, mais pesadas que os responsáveis pelas condutas mais graves. Tão padrão foi observado em outros casos.

Nessas situações, provavelmente, o Julgador definiu, primeiro, as multas mais pesadas em termos nominais e, a partir delas, estabeleceu as menores, todavia, sem quantificar a proporção delas sobre o dano. Em decorrência disso, as multas maiores (âncora) puxaram para cima indevidamente o valor das penalidades menos graves.

Assim, o Plenário do TCU, não só não diferenciou as condições de gestor público e contratado, nos danos culposos decorrentes da execução de contrato público, em grande parte dos seus acórdãos de 2019 a 2022 (81,48%), como aplicou,

⁴¹ Vide planilha “Resultado_acumulado” do arquivo experimento_1.XML.

recorrentemente, a agentes públicos multas, proporcionalmente, mais pesadas que as que imputou a empresas no mesmo caso (37,04% das decisões). Na seção 5.4, serão apresentadas medidas para enfrentar este e outros achados desse trabalho.

5.3. Do impacto da Lei 13.655/2018 sobre as decisões e a jurisprudência do TCU

Nesta seção, será respondido se “As alterações implementadas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram sobre as decisões e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União relativas à responsabilização”. Para responder isso, realizou-se dois procedimentos.

No primeiro procedimento, avaliou se o Plenário do TCU aplicou o art. 28 da LINDB nas decisões que aplicou a multa do art. 57 da LOTCU a gestores públicos. Tal dispositivo dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL, 1942).

Nesse contexto, segundo o relatório de pesquisa, “Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União” (FGV, 2021), produzido pelo grupo de pesquisa Observatório do TCU, no âmbito do Grupo Público da Escola do Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito SP), o art. 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 foi criado (p. 11):

com o objetivo de garantir um ambiente de maior segurança jurídica para gestores públicos bem-intencionados e inovadores. Partiu-se do diagnóstico de que os órgãos de controle brasileiros, como o TCU, estavam adotando parâmetros decisórios pouco claros e, com isso, tornando incertos os limites de atuação dos gestores públicos. Essa insegurança jurídica prejudicaria a tomada de decisões, aumentaria o risco de responsabilização pessoal e inibiria o surgimento de inovações na Administração Pública, num fenômeno que ficou popularmente conhecido como “apagão das canetas”.

Ainda segundo (FGV, 2011, p. 12), o art. 28 da LINDN foi criado para reverter a falta de segurança e previsibilidade jurídica na responsabilização de agentes públicos bem intencionados e, dessa forma, para incentivar a inovação da Administração.

Portanto, o mencionado dispositivo restringiu a responsabilização de agentes públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro, de modo que não é mais possível a responsabilização de gestores públicos por culpa simples (leve ou levíssima).

No segundo procedimento, foi avaliado, se após as inovações da Lei 13.655 de 2018, o TCU (Plenário, 1ª e 2ª Câmaras) deram mais provimentos recursais, no sentido

de reduzir multas, em vista dos elementos trazidos pelo art. 22, *caput*, §1º, §2º e §3º. Nesse sentido, transcreve-se a seguir os mencionados dispositivos da LINDB:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 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.

[grifos acrescentados]

Nesse contexto, o art. 22 da LINDB tem sido descrito como “um pedido de empatia com o gestor e com suas dificuldades” (JORDÃO, 2018, p. 69), “um comando de sensibilização do controlador à realidade da burocracia pública brasileira” (PALMA, 2020, p. 229) ou como “prescrição que incorpora o pragmatismo ao âmbito do Direito Administrativo sancionador” (MARQUES NETO, FREITAS, 2018).

Segundo (JORDÃO, 2018), o art. 22 da LINDB é dividido em dois blocos. O primeiro refere-se à interpretação e o controle (*caput* e § 1º) e o segundo à aplicação de sanções (§§2º e 3º). Em que pese o *caput* seja voltado à interpretação, o §1º ter o foque no controle e os §2º e §3º estarem relacionados diretamente à responsabilização de agentes públicos, estes devem ser lidos em conjuntamente, em vista do seu objetivo comum de chamar a atenção do Julgador para as circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

Apresentadas estas breves considerações, a seção a seguir tratará dos procedimentos de pesquisa realizados, bem como dos resultados encontrados.

5.3.1 Da análise dos achados

De início, a análise desta seção será segmentada em duas partes. Na primeira, serão apresentados o experimento, os resultados e considerações adicionais relativas ao art. 28 da LINDB e; na segunda, o mesmo, mas, em relação ao seu art. 22.

Iniciando pelo art. 28 da LINDB, este procedimento de pesquisa realizado avaliou se o Plenário do TCU fez referência a dolo ou a erro grosseiro em suas decisões, de 2019 a 2022, que aplicaram multa do art. 57 da LOTCU a agente público.

Nesse contexto, aplicou-se o argumento de pesquisa, transcrito abaixo no rodapé⁴², sobre a base ‘acórdãos’, filtrando-se as decisões do Plenário e os anos de 2019, 2020, 2021 e 2022. Por esta busca, extraiu-se todas as decisões, desse Colegiado nos mencionados exercícios, que “citaram” a multa do art. 57 da LOTCU.

Dessa forma, extraiu-se 365 acórdãos: 95 em 2022; 66 em 2021; 104 em 2020; e 100 em 2019. De início, eliminou-se os 117 acórdãos⁴³, que foram excluídos do segundo procedimento de pesquisa da seção 5.1, uma vez que eles, embora fizessem referência a multa do art. 57 da LOTCU, eles não aplicaram, de fato, a referida penalidade, sendo, em maioria, casos do julgamento de recursos de decisões ou de ciência de que determinada conduta enseja a aplicação da referida punição. Das 248 decisões restantes, excluiu-se mais 36, em que não foi aplicada a penalidade a agente público⁴⁴.

A partir do universo final de decisões, verificou-se, em cada uma delas, se o voto fez ou não referência a dolo ou a erro grosseiro ao penalizar o agente público⁴⁵. Antes de trazer os resultados, cabe apresentar as considerações que foram feitas.

Primeiramente, referências genéricas e isoladas a “graves irregularidades” no voto⁴⁶ não implicou na consideração de que os agentes públicos envolvidos atuaram com erro grosseiro ou dolo, ou seja, nesses casos, considerou-se que o art. 28 da LINDB não

⁴² (Acompanhamento OU Desestatização OU "Indisponibilidade de bens" OU Monitoramento OU "Prestação de contas" OU "Relatório de auditoria" OU "Relatório de inspeção" OU "Relatório de levantamento" OU Representação OU "Tomada de contas").TIPOPROCESSO E ((aplica\$ OU condena \$) E multa E ("art. 57")).ACORDAO

⁴³ A lista dos acórdãos rejeitados e seus correspondentes motivos pode ser encontrada nas planilhas “acórdãos de 2022 rejeitados”; “acórdãos de 2021 rejeitados”; “acórdãos de 2020 rejeitados”; e “acórdãos de 2019 rejeitados”, todos do arquivo experimentos_2_3.XML.

⁴⁴ A avaliação se foi ou não aplicada a multa do art. 57 a gestor público foi feita nas colunas “J” das planilhas “acórdãos de 2019 selecionados”; “acórdãos de 2020 selecionados”; “acórdãos de 2021 selecionados”; e “acórdãos de 2022 selecionados”, todas do arquivo experimentos_2_3.XML. Na planilha “Resultado” do mesmo arquivo, extraiu-se que a quantidade de acórdãos do período examinado foi 212, após as 153 exclusões (365-153).

⁴⁵ A avaliação se foi feita ou não referência a dolo ou a erro grosseiro do gestor público foi feita nas colunas “N” das planilhas “acórdãos de 2019 selecionados”; “acórdãos de 2020 selecionados”; “acórdãos de 2021 selecionados”; e “acórdãos de 2022 selecionados”, todas do arquivo experimentos_2_3.XML. Se a mencionada referência foi feita, marcou-se “sim”; se não foi apresentada, marcou-se “não”. Nas células, foram feitos comentários adicionais sobre a conduta dos responsáveis ou sobre considerações trazidas nos respectivos votos.

⁴⁶ Seguindo a mesma linha de raciocínio dos experimentos anteriores, considerou-se, para fim dos cálculos do experimento, apenas, as disposições do voto relativas à culpabilidade dos responsáveis. As considerações do relatório, embora relevantes para a interpretação das condutas, foram registradas para formar a convicção deste autor sobre cada caso concreto.

foi atendido, entendendo-se que a decisão precisa consignar, expressamente, o dolo ou o erro grosseiro para responsabilizar o gestor público, nos termos do art. 28 da LINDB.

Em segundo, observou-se referências constantes a “eventual dolo” nos votos do Ministro André de Carvalho. Nessas decisões, considerou-se que a fundamentação atendeu ao disposto no art. 28 da LINDB, uma vez que ela fez alguma referência ao dolo. Todavia, em vista da alusão a “eventual” dolo, entendeu-se que o mais apropriado seria considerar tais casos como de erro grosseiro (ou culpa grave), e não dolo.

Em terceiro, seguindo o raciocínio adotado nos experimentos anteriores, a referência do voto à má-fé ou a conluio de responsável implicou na consideração do seu dolo, assim como a alusão à culpa grave de infrator implicou em erro grosseiro.

Por fim, cabe frisar que os resultados que serão apresentados não se tratam de grandezas médias, obtidas através de inferências estatísticas sujeitas a certo nível de confiança, a partir de avaliação amostral, mas sim de grandezas que foram aferidas a partir de senso, ou seja, pela análise de todos os elementos do universo amostral.

Passando para os resultados⁴⁷, verificou-se que, em 62,74% das decisões, em que o Plenário do TCU aplicou a multa do art. 57 da LOTCU a agente público no período estudado, o voto não fez nenhuma referência a dolo ou a erro grosseiro:

Tabela 9: Percentuais dos casos que atendem ou não ao art. 28 da LINDB

Porcentagem dos casos de erro grosseiro ou culpa grave de gestor público (%)	Porcentagem dos casos de dolo de gestor público (%)	Porcentagem dos casos que NÃO mencionaram nem o dolo e nem o erro grosseiro de gestor público (%)	Total
8,96%	28,30%	62,74%	100,00%

Fonte: planilha “Resultado”, colunas H, I, J e linhas 38 e 39 do arquivo “experimentos_2_3

A falta de explicitação de dolo ou de erro grosseiro do gestor público, conforme prevê o art. 28 da LINDB, está alinhado ao achado, do experimento 2 da seção 5.1, em que se apontou que, em mais da metade das decisões em que foi aplicada a multa do art. 57 da LOTCU a gestor público, a conduta desses agentes foi classificada como dolo

⁴⁷ Os resultados dos anos de 2022, 2021, 2020 e 2019 estão, nas colunas “R”, “S” e “T” (a partir da linha 14), nas seguintes planilhas, respectivamente: “acórdãos de 2022 selecionados”; “acórdãos de 2021 selecionados”; acórdãos de 2020 selecionados”; e “acórdãos de 2019 selecionados”, todas do arquivo experimento_2_3.XML. O resultado, após a consolidação de todos exercícios, está na planilha “Resultado”, do mesmo arquivo, nas colunas “H”, “I”, “J” e “K” (a partir da linha 34).

presumido, ou seja, conforme explicado, em tais situações, patentemente graves, o Plenário do TCU não concluiu pelo dolo e também não fez referência à culpa.

Considerando apenas os casos, em que a decisão fez referência, nos termos do art. 28 da LINDB, a dolo ou a erro grosseiro (ou culpa grave), os resultados foram:

Tabela 10: Percentuais dos casos que atenderam ao art. 28 da LINDB

Porcentagem dos casos de erro grosseiro ou culpa grave de gestor público, <u>em relação aos casos que atenderam ao art. 28 da LINDB (%)</u>	Porcentagem dos casos de dolo de gestor público, <u>em relação aos casos que atenderam ao art. 28 da LINDB (%)</u>	Total
24,05%	75,95%	100,00%

Fonte: planilha “Resultado”, colunas H, I, J e linhas 44 e 45 do arquivo “experimentos_2_3

Conforme a tabela acima, considerando apenas as situações em que o voto fez alguma referência a dolo ou a erro grosseiro (ou culpa grave) de agente público, os casos de dolo representaram mais de três quartos dos casos (75,95%).

Tal resultado foi oposto ao encontrado por (FGV, 2021, p. 33), que apontou muito mais casos em que a decisão fez referência a erro grosseiro ou a culpa grave do que fez ao dolo. O que explica essa diferença foi o critério de busca utilizado em cada experimento. No estudo de FGV (2021, p. 7), buscou-se acórdãos que fizeram referência expressa à LINDB ou às variações do termo como “Lei 13.655”. No presente estudo, conforme exposto, buscou-se pela multa do art. 57 da LOTCU.

Nesse contexto, como a responsabilização de agente público por dolo existe desde “sempre”, vale dizer, esta vem sendo aplicada pelo TCU desde antes da Lei 13.655/2018 e a referência a erro grosseiro (ou à culpa grave) surgiu, por ocasião deste diploma, é esperado que existam muito mais casos de decisões que mencionem o dolo de gestor público, sem fazer referência à LINDB, do que casos expressos de erro grosseiro (ou culpa grave), em que não é feita referência à Lei 13.655/2018 ou a seu art. 28.

Portanto, existiram muitos casos de decisões, que atenderam ao art. 28 da LINDB, uma vez que fizeram referência expressa a dolo de agente público ao responsabilizá-lo, todavia, sem que tenha feito referência à LINDB ou à referida norma. Por sua vez, quando o voto faz referência ao art. 28 da LINDB, é muito mais provável encontrar referência a erro grosseiro ou a culpa grave do que a dolo, uma vez que tal dispositivo introduziu esse tipo de conduta do gestor público no ordenamento brasileiro.

Quanto às considerações adicionais sobre o art. 28 da LINDB, em FGV (2021, p. 33), buscou-se responder “os potenciais impactos do art. 28 da LINDB na aferição da culpabilidade das pessoas sob a jurisdição do TCU?”. Este trabalho apontou que (p. 33):

Quanto à hipótese de responsabilização de agentes públicos por atos culposos, a aplicação do art. 28 da LINDB vem sendo mitigada em razão do entendimento de que ele não se aplicaria aos casos envolvendo dano ao erário. A pesquisa mostra que o Tribunal vem expressamente afastando a necessidade de identificação de erro grosseiro como pressuposto de responsabilização por dano ao erário.

Esse entendimento, que vem sendo contestado pela doutrina, restringiu consideravelmente o alcance do art. 28 da LINDB sobre as atividades do TCU, eis que os processos de responsabilização civil conduzidos pelo Tribunal, geralmente sob a forma de tomadas de contas especiais, representam parcela significativa de suas atividades. Além disso, é nos processos de responsabilização civil que o TCU impõe as condenações com maior repercussão financeira. Em 2020, o Tribunal imputou a agentes públicos e privados débitos no valor total de R\$ 5,2 bilhões,⁴¹ no âmbito de processos em que, por força de sua jurisprudência, o TCU estava desobrigado de identificar erro grosseiro. Esse valor representa 60% do valor total das repercussões financeiras (os outros 40% são provenientes da aplicação de multas).

[grifos acrescentados]

No que se refere à reponsabilidade pelo dano erário, por culpa simples, o TCU, de fato, após a vigência do art. 28 da LINDB, não alterou o seu entendimento anterior. Pela aplicação do argumento de pesquisa, transcrito abaixo no rodapé⁴⁸, sobre a base “jurisprudência Seleccionada”, extraiu-se 41 resultados, que fizeram referência ao art. 28 da LINDB. Todos os resultados extraídos foram estudados. Naqueles que trataram, especificamente, sobre a responsabilidade civil sobre o dano ao erário, houve entendimento uniforme do TCU, destacando-se os seguintes enunciados:

Boletim de Jurisprudência 320/2020 – Acórdão 7.982/2020-1ª Câmara⁴⁹

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 do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas no Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lindb) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, ou mesmo a regulamentação trazida pelo Decreto 9.830/2019, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

[grifos acrescentados]

Boletim de Jurisprudência 273/2019 - Acórdão 5.547/2019-1ª Câmara⁵⁰

A regra prevista no art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O

⁴⁸ Decreto-lei 4.657/1942 E (art. 28)

⁴⁹ TCU (2020): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁵⁰ TCU (2019): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

[grifos acrescidos]

Boletim de Jjurisprudência 291/2019 – Acórdão 2.768/2019-Plenário⁵¹

O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb) , que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que 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 (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

[grifos acrescidos]

Quanto às críticas quanto a responsabilidade pelo dano ao erário por culpa simples, após a Lei 13.655/2018, tal entendimento decorre do art. 37, §6º, da CF/88, que estabelece o direito de regresso do poder público contra o responsável que acarretar dano a terceiros em caso de dolo ou culpa (BRASIL, 1988). Assim, por expressa previsão constitucional, é assegurado o direito de regresso da Administração contra o gestor público que, no exercício das suas funções, acarretar dano, por dolo ou culpa (simples).

Conforme será melhor aprofundado ao tratar do art. 22 da LINDB, segundo a doutrina civilista nacional (DINIZ, 2018, p. 44; CALIXTO, 2008, p. 107-119; e CAVALIERE FILHO, 2005, p. 37-38) e a internacional (WIDMER, 2005, p. 353-354; e PEREIRA, 1998, p. 71), existem três tipos de culpa: culpas grave, leve e levíssima.

Nesse contexto, se o poder constituinte originário, visando aumentar as possibilidades de o Estado recuperar danos ao erário, acarretados por agentes públicos, estabeleceu o direito de regresso da Administração contra os referidos agentes, nos casos de dolo, culpa grave e também nos de culpas leves e levíssimas, não pode uma lei ordinária restringir, sem autorização constitucional, o alcance do art. 34, §6º, da CF/88, limitando tal direito estatal de regresso aos casos de dolo ou culpa grave.

Tal limitação do dispositivo constitucional até seria possível, caso ele autorizasse a lei atenuar a responsabilidade dos agentes públicos, prevendo o direito de regresso da Administração nos casos de dolo e, no mínimo, de culpa grave. Todavia, a redação não só não concedeu tal discricionariedade ao legislador ordinário como repetiu o teor das disposições do parágrafo único do art. 105 da CF/67 (BRASIL, 1967); e do parágrafo único do art. 194 da CF/46 (BRASIL, 1946). No mesmo sentido, o *caput* do art. 171 da

⁵¹ TCU (2019b): endereço eletrônico nas referências bibliográficas

CF/1934 (BRASIL, 1934) estabeleceu a responsabilidade solidária dos funcionários públicos com a Administração, nos casos de negligência (culpa simples).

Nesse contexto, todos os dispositivos citados, das últimas quatro Constitucionais Federais (de 1988, de 1967, de 1946 e de 1934) foram inspirados e decorreram da responsabilidade civil, baseada na culpa (simples), prevista no art. 1.523 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), cujo teor não foi alterado pelo código civil vigente, de 2002 (BRASIL, 2002), que define, no *caput* do seu art. 186, o ato ilícito (indenizável) como aquele que, em decorrência de uma “ação ou omissão voluntária [dolosa], negligência ou imprudência [culpa simples], violar direito e causar dano a outrem”.

Portanto, a LINDB, que é uma lei ordinária, não pode restringir disposição constitucional expressa (de norma de eficácia plena, e não contida – SILVA, 2019), no sentido de que a responsabilidade pelo dano ao erário cometido, por gestor público, decorre, não só de dolo e culpa grave, como também das culpas leve e levíssima.

Similarmente, os arts. 186 e 927 do CC/02 estabelecem que a responsabilidade pelo dano (ao erário ou qualquer outro) decorre de culpa (simples). Esta é a regra geral estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto para as pessoas do direito privado como para as pessoas do direito público. Nesse contexto, o parágrafo único do art. 927 do CC/02 estabelece a exceção à regra, que é a responsabilidade independente de culpa, também conhecida como responsabilidade objetiva (BRASIL, 2002):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[grifos acrescentados]

Assim, os *caputs* dos arts. 186 e 927 do CC/02 estabelecem a regra geral da responsabilidade civil brasileira, baseada no dolo (ação ou omissão voluntária) e na culpa simples e o parágrafo único, do art. 927, estabelece exceção à regra geral, qual seja a responsabilidade objetiva, para os casos previstos em lei ou quando o dano decorre da natureza da atividade, que envolve riscos a terceiros (BRASIL, 2002), como (BATTESINI 2012, p. 29): a) transporte ferroviário (Decreto 2.681/1912); b) atividades nucleares (Lei 8.453/1977); c) atividades de mineração (Decreto-Lei 227/1967); dentre outras.

Entender que o art. 28 da LINDB restringiu os arts. 186 e 927 do CC/02, ao estabelecer que a responsabilidade dos agentes públicos pelo dano ao erário decorre, apenas de condutas dolosas ou de erro grosseiro, e não de culpa simples (como nos danos acarretados a particulares), além de contrariar o art. 37, §6º da CF/88, subverteria a lógica do regime jurídico administrativo que, calcado no princípio da indisponibilidade do interesse público, coloca o poder público hierarquicamente acima dos interesses privados. Nesse contexto, qual a lógica de exigir, nos casos de dano ao patrimônio público e aos interesses da coletividade, a compensação, apenas nos casos de conduta dolosa ou de erro grosseiro e, nos casos de dano patrimonial cometido a particular, tal compensação ocorrer, inclusive, nos casos de culpa simples (leve ou levíssima)?

Nesse sentido, é certo que a posição, hierarquicamente superior, que o regime jurídico administrativo coloca à Administração Pública, em relação ao particular não decorre de privilégio, mas sim da possibilidade de conceder ao Poder Público mecanismos mais efetivos para buscar o interesse público e o bem-estar da coletividade.

Dessa forma, não faz sentido lógico a legislação assegurar um direito maior para que o particular recupere um dano, acarretado injustamente a patrimônio ou a interesse privado, do que concede à Administração Pública para que ela recupere uma lesão injusta sofrida pelo patrimônio público ou pelos interesses da sociedade.

Ainda que o TCU adote um posicionamento contrário ao art. 37, §6º, da CF/88 e à lógica da responsabilização civil do CC/02, restringindo a indenização do dano ao erário, acarretado por agentes públicos, aos casos de dolo ou erro grosseiro, pelo art. 21 da LINDB, este Tribunal deve avaliar as consequências práticas de tal entendimento.

Em primeiro, tal entendimento dificultaria (muito) a recuperação dos danos ao erário, uma vez que, além de excluir a possibilidade de recuperar danos injustos, sofridos pela Administração e a sociedade, nos casos de culpa simples, o TCU, como Tribunal administrativo, não dispõe de competência para realizar medidas para evidenciar condutas intencionais ou conluio de agentes, como a quebra dos sigilos telefônico, fiscal e bancário. Ainda que tais medidas possam ser pleiteadas ao Poder Judiciário, além de nem sempre serem deferidas e dependerem do apoio de outros órgãos, como a Polícia e o Ministério Público, tal prática contribuiria para uma ainda maior sobrecarga da Justiça brasileira e também para a morosidade do julgamento dos processos de controle externo.

Nesse contexto, destaca-se que, conforme a seção 5.1 apresentou, mais da metade dos casos (50,50%), em que o Plenário do TCU aplicou débito e multa do art. 57 da LOTCU, a agente público, de 2019 a 2022, as condutas foram classificadas como 'dolo presumido'. Conforme exposto, em tais casos, em que pese a gravidade e reprovabilidade das condutas, o TCU não apontou ou não teve evidências suficientes para apontar e concluir pela intencionalidade (dolo) dos agentes envolvidos.

Em segundo, no afã de resguardar os gestores públicos bem-intencionados e favorecer a eficiência e inovação do setor público, tal entendimento pode até gerar o resultado oposto, no sentido de ampliar a burocracia e morosidade da Administração. Isso porque, em vista da maior dificuldade de recuperar os danos ao erário sofridos, o Poder Público e os órgãos de controle serão incentivados a adotar medidas de cuidado mais rígidas e custosas (maior burocracia) para evitar os danos, decorrentes de culpa simples (culpas leve e levíssima). De um lado, mais precaução reduz a probabilidade e o impacto do dano, por outro, gera mais custos (burocracia e morosidade), que serão suportados pela Administração Pública (e toda a sociedade) e, inevitavelmente, precificados pelos agentes de mercado (COOTER e ULEN, 2016, p. 199-201).

Dessa forma, para manter a compatibilidade com a CF/88, a coerência com o CC/02 e com o regime jurídico administrativo e para evitar o aumento, não só da irreversibilidade dos danos ao erário, como também da burocracia para evitá-los, a restrição imposta, pelo art. 28 da LINDB, à responsabilização de agentes públicos, aos casos de dolo ou erro grosseiro, deve abarcar, tão somente, a sua penalização, e não o dever de indenizar o dano ao erário, que decorre de culpa simples (leves e levíssima).

Se, por um lado, restringir a responsabilidade pelo dano ao erário dos agentes públicos, aos casos de dolo e erro grosseiro (culpa grave), contraria a CF/88 e toda a lógica da responsabilidade civil brasileira, que vigora desde 1916 (BRASIL, 1916), por outro, a mitigação da responsabilidade dos gestores públicos, que adotaram dever de cuidado, além do esperado do "agente médio" (culpa levíssima), conforme defende (PEREIRA, 2023), além de ter respaldo no CC/02, na doutrina civilista nacional e internacional e na análise econômica da responsabilidade, induz incentivos virtuosos para os diferentes tipos de agentes públicos (os acima da média, os medianos e os abaixo da média), conforme será abordado ao tratar do art. 22 da LINDB a seguir.

Ainda com relação ao art. 28 da LINDB, FGV (2021, p. 23) apontou que, após a Lei 13.655/2018, o TCU vem publicando enunciados de jurisprudência, em que descreve condutas enquadradas, por este Tribunal, como erro grosseiro (p. 23-25):

O uso da ideia de erro grosseiro com o objetivo de fixar, em abstrato, os tipos de irregularidade que podem gerar a responsabilização de gestores públicos não parece cumprir a finalidade principal do art. 28 da LINDB, que seria a de delimitar, com maior precisão, as circunstâncias que tornam escusável determinado erro cometido pelo gestor público. Ao criar uma lista de condutas objetivamente qualificáveis como erro grosseiro, o Tribunal apenas reitera o fato de que essas condutas violam o ordenamento jurídico, em vez de se concentrar na verificação dos fatores subjetivos que tornariam essa violação aceitável ou não. Em outras palavras, caberia à legislação definir quais condutas encontram-se vedadas, ao passo que a aplicação do art. 28 pelos órgãos de controle deveria girar em torno da seguinte questão: considerando as circunstâncias específicas do caso concreto e a realidade vivenciada pelo gestor público, o erro cometido pode ser perdoado? Contudo, em parte dos casos analisados, não foi esse o raciocínio empregado pelo TCU. (...)

Os enunciados de jurisprudência parecem ter sido utilizados para esse fim: a criação de uma lista de infrações administrativas à luz da jurisprudência, com base na gravidade da conduta ou do dano, enquanto presunções de erro grosseiro, o que se afasta da definição trazida pelo Decreto n. 9.830/2019,27 que traz parâmetros subjetivos de aferição de culpabilidade.

Essas presunções tornam mais gravoso, para o jurisdicionado, o ônus de provar que agiu com a diligência necessária no caso concreto, o que pode se revelar desafiador no cenário normativo brasileiro, em que muitas vezes não existe certeza sobre os exatos contornos do dever de cuidado exigido dos agentes públicos.

[grifos acrescidos]

Em resumo, FGV (2021) questiona se a publicação, pelo TCU, de enunciados de jurisprudência, apontando condutas enquadradas como erro grosseiro, estaria aderente ao espírito do art. 28 da LINDB, que seria o de delimitar as circunstâncias, específicas do caso concreto, que tornariam escusável um erro cometido pelo gestor público. Ainda segundo FGV (2021, p. 24-25), além de tais enunciados apenas reiterarem condutas que o ordenamento jurídico já enquadrara como indevidas, apenas tornariam maior o ônus de o gestor público comprovar, que agiu com diligência no caso concreto, o que seria mais desafiador ainda, em vista do cenário brasileiro de incerteza quanto aos exatos contornos do dever de cuidado exigido dos agentes públicos.

Quanto a este aspecto, cabe frisar que a definição, em abstrato, das condutas passíveis de serem enquadradas como erro grosseiro, pelo art. 28 da LINDB, visam justamente reduzir a alegada incerteza quanto aos deveres de cuidado que serão exigidos dos agentes públicos. O ser humano precisa de uma referência objetiva do que é a conduta ou dever de cuidado esperados de um administrador médio, em cada caso

concreto. A partir dessa referência, o gestor bem-intencionado, não só pode implementar o comportamento esperado, como comprovar que agiu com diligência.

Nesse contexto, o objetivo da tipificação em abstrato dos casos de erro grosseiro não é rescrever ou repetir o que a lei apontou (de maneira clara), mas definir entendimentos relacionados a omissões normativas, controvérsias entre dispositivos e como interpretá-los, no caso concreto. Dessa forma, a previsão de condutas em abstrato tem o propósito de apontar, previamente, ao gestor público como o TCU interpretará um erro grosseiro, diante de uma situação similar, de modo alertá-lo, dando previsibilidade, do que o que o Tribunal entenderá, na mesma situação, como erro inescusável, culpa grave ou padrão de comportamento abaixo do homem médio.

Isso porque o ser humano (gestor público e os demais agentes de mercado) necessitam de uma referência objetiva do que é uma conduta esperada de um agente médio; do que é um erro desculpável e do que não é; e do que é um dever de cuidado esperado de um gestor minimamente diligente e do que é uma medida meramente protocolar de cuidado. Desse modo, o agente precisa conhecer o padrão esperado para definir e precificar as medidas de precaução que serão exigidas, dele e de outros gestores, em casos futuros, para não responderem pelo dano. Nesse contexto, se o TCU calibrar adequadamente os incentivos, induzirá que os agentes de mercado⁵² tomem as medidas de cuidado, necessárias e suficientes, para evitar um dano similar.

Além disso, a previsão em abstrato dos casos de erro grosseiro, não abarcados de maneira expressa ou clara pela legislação, é uma proteção do gestor público contra o arbítrio do Julgador. Nesse contexto, segundo (CAVALLARI DE OLIVEIRA, 2020):

o fato é que referida avaliação não pode ficar ao livre arbítrio do julgador, sem que, para tanto, haja um mínimo critério ou parâmetro a ser adotado, sob pena de cada julgador aplicar a sua particular visão de mundo, o que geraria enorme insegurança jurídica.

[grifos acrescidos]

Nesse sentido, o art. 30 da LINDB dispõe que “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas” (BRASIL, 1942).

Dessa forma, a previsão em abstrato dos casos de erro grosseiro (quando a legislação é omissa ou controversa), está compatível com o espírito da LINDB de aumentar a segurança e a previsibilidade jurídica dos gestores públicos brasileiros.

⁵² O termo agente está em sentido amplo, envolvendo qualquer agente (público ou privado).

Além disso, a definição em abstrato do erro grosseiro, não só não impede o TCU, como este continua obrigado, pelo art. 22, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º, da LINDB (BRASIL, 1942), a avaliar os parâmetros subjetivos e as circunstâncias do caso concreto. A partir da avaliação de casos que (parecem) iguais, mas que são diferentes, uma vez que têm circunstâncias diferentes, os precedentes se tornam, cada vez mais, precisos e reiterados, contribuindo para a previsibilidade, segurança e justiça das decisões. Portanto, com o tempo, é factível ser necessário criar, mudar ou rever critérios (de culpa grave, de erro inescusável ou do padrão de comportamento do homem médio) para tornar as decisões mais justas, em vista de alterações dos costumes ou da legislação.

Dessa forma, o enquadramento de uma conduta como erro grosseiro pelo TCU não implica em presunção absoluta, mas sim relativa da culpabilidade do agente público. Este terá a oportunidade de trazer os elementos necessários para evidenciar que a situação experienciada era distinta da do precedente ou que, mesmo sendo igual, seria esperado um comportamento diverso, em vista das circunstâncias do caso concreto. Desse modo, cabe ao TCU avaliar tais elementos à luz do art. 22 da LINDB e, se for o caso, atenuar ou afastar a culpabilidade ou até rever ou melhor definir o precedente.

Portanto, identificada irregularidade com potencial de ser “tipificada” como erro grosseiro, cabe ao gestor público, à secretaria do Tribunal, ao MPTCU ou ao Ministros demonstrarem certas circunstâncias que contribuam para atenuar ou afastar a responsabilização, como indícios da boa-fé, a escassez de recursos do ente público, o ineditismo da iniciativa governamental⁵³, o pouco tempo no cargo⁵⁴, a multiplicidade de

⁵³ Acórdão 2.700/2019-TCU-Plenário: “Considerando os escassos recursos disponíveis, inclusive para viabilizar as reuniões da CPN; a falta de experiência com o programa, visto ser a primeira iniciativa da UFABC; a ausência de indícios de má-fé por parte dos professores responsáveis, visto que já havia uma aprovação inicial do conselho responsável pela gestão do curso, acolho as razões de justificativa”.

⁵⁴ Acórdão 8.327/2018-TCU-2ª Câmara: “Observo que, na data em que a prestação de contas foi apresentada à Seas/AL, o Sr. Ildefonso estava no cargo de secretário há menos de um mês e nele permaneceu por apenas mais um mês. Penso que sua responsabilização pela decisão adversada, tendo por razoável dele se exigir uma atuação proativa de adotar as providências adequadas para exigir a complementação documental das contas então apresentadas, não se sustenta diante das alterações introduzidas pela Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)”.

atribuições do gestor⁵⁵, a complexidade da licitação⁵⁶, a razoabilidade da motivação do ato impugnado⁵⁷, a obediência a regulamentos internos do ente público⁵⁸, entre outros.

Dessa forma, a previsão em abstrato dos casos de erro grosseiro de agente público, além de contribuir para a segurança e a previsibilidade das responsabilizações do TCU, não afasta o Tribunal de avaliar as condições subjetivas ou as circunstâncias específicas do caso concreto, conforme prevê o art. 22, *caput*, §1º, §2º e §3º da LINDB.

Ainda com relação ao art. 28 da LINDB, Cavallari de Oliveira (2020) aponta que existem três hipóteses do que seria erro grosseiro: a) erro grosseiro como culpa grave; b) erro grosseiro como erro inescusável; e c) erro grosseiro como aquele que o homem médio não cometeria. Segundo o autor, todas as três convergem para que o julgador avalie, de algum modo, o padrão de comportamento do homem médio (gestor médio).

Quanto ao erro grosseiro como culpa grave (CAVALLARI DE OLIVEIRA, 2020):

avaliação [da gravidade da culpa] não pode ficar ao livre arbítrio do julgador, sem que, para tanto, haja um mínimo critério ou parâmetro a ser adotado, sob pena de cada julgador aplicar a sua particular visão de mundo, o que geraria enorme insegurança jurídica.

⁵⁵ Acórdão 8.327/2018-TCU-2ª Câmara: “Ora, o cargo de secretário estadual, como chefe máximo da pasta do Estado para assuntos de assistência social, acaba por demandar o exercício de diversas atividades gerenciais e de representação, fato, que, naturalmente, exige tempo razoável para que um novo gestor possa se inteirar de suas reais responsabilidades e bem desempenhar suas atribuições”.

⁵⁶ Acórdão 2.143/2019-TCU-Plenário: “Primeiramente, conforme apontei acima, há, neste Tribunal, cerca de 10 processos tratando deste pregão. Os valores estimados seriam de mais de R\$ 2 bilhões. O Pregão contou com 24 lotes, os quais ocorreram quase simultaneamente, até mesmo quanto aos procedimentos de análise das propostas. Houve negociações empreendidas após a fase de lance, as quais, segundo o DNIT, resultaram em desconto de mais de R\$ 10 milhões. Tudo isso demonstra a complexidade e materialidade do certame, ressaltando, por oportuno, que não estamos endossando o modelo adotado pelo DNIT. (...) Nesse sentido, acolho, em parte, as razões de justificativas dos responsáveis e deixo de aplicar a multa sugerida pela unidade instrutora.

⁵⁷ Acórdão 2.143/2019-TCU-Plenário: “Mesmo a desclassificação ora discutida foi detalhadamente motivada pelo pregoeiro, não se adotando interpretação de todo desarrazoada sobre a matéria. Entendo que não restou caracterizado erro grosseiro, nos termos do art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro –, a justificar a imputação de multa ao pregoeiro”.

⁵⁸ Acórdão 1.057/2020-TCU-Plenário: “Assim, se os responsáveis atuaram em estrita observância à Sistemática Interna da Petrobras, dentro dos limites da negociação calculados e aprovados pelo setor de estimativas da empresa, e deles não poderia ser exigida conduta diversa, deve-se excluir a responsabilidade solidária dos membros da comissão e do gerente executivo para o recolhimento dos valores relativo aos pagamentos em duplicidade (...). Com base no que prevê o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a jurisprudência atual do TCU, como não houve erro grosseiro ou dolo por parte desses agentes, mas sim atuação de acordo com a sistemática interna da estatal, também não cabe a aplicação de multa”.

E esse critério existe. É o denominado “dever de cuidado objetivo” que se espera que todos os membros da sociedade observem, a fim de viabilizar o convívio social. Ou seja, a aferição da culpa é realizada com base nesse dever de cuidado objetivo. Em outras palavras, age com culpa quem não observa o dever de cuidado objetivo e, por exemplo, assume um risco que, se tivesse observado o cuidado objetivo, não assumiria.

De que modo, no entanto, se constrói o entendimento do que seja esse dever de cuidado objetivo? A resposta é: a partir da observação do que é ordinariamente praticado pelos membros da sociedade ou a partir daquilo que é esperado de cada membro da sociedade para viabilizar o convívio social.

Mas essa resposta nos conduz a outra pergunta: de qual membro da sociedade estamos tratando: daquele de diligência excepcional, daquele de diligência modesta ou daquele de diligência média? A resposta, neste caso, é: daquele que **melhor retrate a realidade da sociedade**, o que indica que se trata daquela que age com diligência média, normal, comum, ordinária.

A primeira conclusão, portanto, acerca do assunto é a de que **a avaliação da culpa, independentemente da sua gravidade, é realizada segundo o parâmetro de comportamento do homem médio.** Por essa razão, a afirmação de que o erro grosseiro é a culpa grave, ainda se tomada como correta, não dispensa a adoção do critério do homem médio para a sua aferição.

[grifos e destaques acrescidos]

Quanto ao erro grosseiro como erro inescusável, (CAVALLARI DE OLIVEIRA, 2020):

A segunda hipótese, acima mencionada, é a de que erro grosseiro é o erro inescusável, indesculpável. A questão aqui é a de se saber o que é erro inescusável ou indesculpável? E mais, é saber qual critério adotar para se tomar tal decisão? A resposta, uma vez mais, nos conduz ao parâmetro do homem médio, caso contrário terá de se admitir que cada julgador faça livre avaliação sobre o que entende ser indesculpável ou inescusável, segundo a sua perspectiva pessoal, o que produzirá grande insegurança jurídica. Desse modo, podemos apresentar a segunda conclusão: é inescusável o erro que o homem médio não cometeria.

[grifos e destaques acrescidos]

Desse modo, as três hipóteses de erro grosseiro (como culpa grave, erro inescusável ou homem médio), demandam, do julgador, parâmetros ou referências objetivas, seja de comportamento, seja do dever de cuidado, que conduzirão ao parâmetro final, também objetivo, do que se esperar de um homem médio, no caso concreto. Tal referência conduz a justiça e a previsibilidade das decisões pois ela é tomada, de forma alinhada à realidade, e não a partir concepções individuais do julgador.

Nesse contexto, segundo (CAVALLARI DE OLIVEIRA, 2020):

O critério do homem médio, para fins de aferição da culpa *stricto sensu*, remonta ao direito romano e continua sendo usado, nos dias de hoje, tanto pelos ordenamentos jurídicos da *civil law* quanto pelos da *common law*, seja para fins de responsabilidade civil, penal ou administrativa, conforme reconhecem a doutrina nacional e estrangeira bem como os Tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

[grifos acrescidos]

De qualquer modo, o fato de as três hipóteses ou critérios de erro grosseiro desaguarem no critério objetivo do “comportamento esperado do homem médio”, não as tornam excludentes ou incompatíveis entre si. Pelo contrário, elas abordam o fenômeno da culpa, não só por perspectivas diferentes, como também complementares.

Nesse contexto, o critério da culpa grave, se relaciona ao dever de cuidado ou de precaução, tem uma importância interna, ao Tribunais de Contas, sobretudo, na dosimetria das penalidades e na avaliação dos elementos do art. 22 da LINDB. Por sua vez, os critérios de erro inescusável ou do padrão de comportamento abaixo do homem médio, estando relacionados a conduta ou ao comportamento, têm uma importância externa, pois, por meio delas, o julgador externa, pelos seus precedentes, aqueles erros considerados indesculpáveis ou aquém do esperado de um ser humano médio.

Iniciando pelo critério da culpa grave, o grau da culpa é tratado no direito penal pela perspectiva da culpabilidade, ou seja, da reprovabilidade da conduta, e por isso ela repercute na dosimetria da pena, uma vez que, quanto maior a reprovabilidade da conduta, tanto mais exasperada será a sanção (CAVALLARI DE OLIVEIRA, 2020).

No âmbito do direito administrativo sancionador, o TCU, ao avaliar a “gravidade” da conduta e, portanto, da culpa, utiliza o critério de culpa grave para fundamentar a reprovabilidade da conduta e a sua sanção (CAVALLARI DE OLIVEIRA, 2020).

Além disso, o critério da culpa grave, por estar relacionado ao dever de cuidado ou precaução, no caso concreto, se relaciona aos elementos do art. 22 da LINDB: os “obstáculos e as dificuldades reais do gestor” (*caput*); as circunstâncias práticas (§1º); a gravidade da infração (§2º); as circunstâncias agravantes ou atenuantes (§2º); os antecedentes do agente (§2); e outras sanções aplicadas pelo mesmo fato (§3º).

Nesse sentido, segundo (FGV (2021, p. 43-44), atrelar o conceito de erro grosseiro ao de “grave inobservância de um dever de cuidado”, como fez o Acórdão 2.391/2018-Plenário, tende a conferir maior segurança jurídica e previsibilidade à atuação do TCU, nos seus processos de responsabilização, uma vez que a noção de dever de cuidado remete à existência de algum texto normativo que formalmente preveja o padrão de comportamento esperado do agente público. Essa perspectiva é semelhante à do Código Penal para os crimes omissivos impróprios, que se verificam quando o responsável pela omissão tem “por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, §2º, a)”.

Além de ser utilizado na dosimetria da penalidade, na aferição da culpabilidade (com base nos parâmetros do art. 22 da LINDB) e de contribuir para a segurança jurídica do gestor público (apontando o dever de cuidado esperado do homem médio), o parâmetro da culpa grave também se relaciona diretamente com os conceitos de culpa leve ou levíssima, que (conforme será tratado adiante) exigem uma definição de tratamento pelos Tribunais de Contas para que seja possível aplicar o parágrafo único do art. 944 do CC/02, que prevê “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, ainda que o TCU defina erro grosseiro como erro inescusável ou padrão de comportamento abaixo do homem médio, precisará também tratar o conceito pela ótica da culpa grave, uma vez que dela decorre a aferição das condições subjetivas ou circunstâncias do caso concreto (previstas no art. 22, *caput*, §1º, §2º e §3º da LINDB) e, conseqüentemente, a aferição da culpabilidade para o cálculo da dosimetria das sanções. Além disso, para aplicar o art. 944 do CC/02, que prevê a hipótese de redução do dano, em vista da desproporção entre a gravidade da culpa e o prejuízo a ser indenizado, o TCU precisará, necessariamente, definir o conceito das culpas leve ou levíssima, que estão conectadas logicamente com o conceito de culpa grave.

Por sua vez, o conceito de erro grosseiro, pela ótica do erro inescusável ou do padrão de comportamento abaixo do homem médio, foca, não no dever de cuidado ou cautela, mas na conduta ou comportamento (do homem médio). Para tanto, é preciso que o precedente delimite objetivamente (nos casos em que a norma não existe ou é confusa) o erro que é indesculpável ou o comportamento que é esperado do homem médio e, portanto, aquela conduta que será exigida pelo Tribunal, em casos futuros.

Nesse contexto, pela aplicação do argumento de pesquisa, transcrito abaixo no rodapé⁵⁹, sobre a base “jurisprudência Seleccionada”, extraiu-se 41 resultados⁶⁰, que fizeram referência ao art. 28 da LINDB. Após excluir 8 casos, que trataram do dano ao erário, analisou-se os 33 enunciados do TCU que trataram sobre o erro grosseiro.

Nesse sentido, na grande maioria dos casos (19), o TCU desenvolveu o conceito de erro grosseiro, a partir da definição em abstrato de condutas consideradas

⁵⁹ Decreto-lei 4.657/1942 E (art. 28).

⁶⁰ A busca no sistema foi feita em dezembro de 2022, ou seja, não traz decisões de 2023.

reprováveis, em significativa correspondência com o conceito de erro inescusável. A seguir serão apresentados apenas alguns exemplos desse tratamento:

Boletim de Jurisprudência 412: Acórdão 3.768/2022-2ª Câmara⁶¹

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o ateste da execução de serviços em quantidades maiores que as efetivamente executadas.

Boletim de Jurisprudência 377: Acórdão 2.459/2021-Plenário⁶²

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a elaboração de documentos que fundamentem a contratação de serviços sem justificativas para os quantitativos a serem adquiridos.

Boletim de Jurisprudência 404: Acórdão 1.241/2022-Plenário⁶³

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a aprovação, pelo fiscal do contrato de obra pública, de planilha anexa ao termo aditivo do contrato contendo quantitativos de serviços incompatíveis com os quantitativos constantes da planilha orçamentária do projeto executivo, acarretando a desfiguração do projeto básico. O fato de a Administração contratar terceiro para auxiliá-la na fiscalização do empreendimento (art. 67 da Lei 8.666/1993) não afasta a responsabilidade daquele agente público por tal irregularidade, porquanto a função do terceiro contratado é de assistência, não de substituição.

Boletim Jurisprudência 404: Acórdão 2.783/2022-2ª Câmara⁶⁴

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a homologação de dispensa de licitação e a assinatura do contrato sem a existência de projeto básico, em afronta ao art. 7º, §§ 2º, inciso I, e 9º, da Lei 8.666/1993.

Boletim de Jurisprudência 252: Acórdão 185/2019-Plenário⁶⁵

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado.

[grifos acrescidos]

Conforme os exemplos acima de erro grosseiro que foram tratados como erro inescusável, os enunciados tratam da interpretação de dispositivos legais, no caso concreto, e não da mera repetição dos dispositivos legais infringidos, o que possibilita aos gestores públicos saberem, objetivamente, quais os erros foram considerados indesculpáveis, de modo a contribuir para a segurança e previsibilidade das decisões.

⁶¹ TCU (2020b): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁶² TCU (2021): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁶³ TCU (2022c): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁶⁴ TCU (2022c): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁶⁵ TCU (2019c): endereço eletrônico nas referências bibliográficas

Foram observados 3 casos, em que o TCU definiu erro grosseiro como erro inescusável e culpa grave, no mesmo enunciado, conforme o exemplo a seguir:

Boletim de Jurisprudência 322: Acórdão 2.028/2020-Plenário⁶⁶

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU, pois tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave.

[grifos e destaques acrescidos]

Foram identificados 5 casos em que o TCU definiu erro grosseiro do agente público como erro inescusável, padrão de comportamento abaixo do homem médio e culpa grave, no mesmo enunciado, conforme os exemplos transcritos a seguir:

Boletim de Jurisprudência 379: Acórdão 2.599/2021-Plenário⁶⁷

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela **desempenho aquém do esperado do administrador médio**, o que **configura culpa grave**, passível de multa.

Boletim de Jurisprudência 363: Acórdão 8.879/2021-1ª Câmara⁶⁸

A não comprovação da boa e regular aplicação de recursos federais em face da omissão no dever de prestar contas constitui grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de **culpa grave**, uma vez que se **distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente, o que caracteriza erro grosseiro** a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018.

[grifos e destaques acrescidos]

Foram identificados ainda alguns casos em que este Tribunal definiu erro grosseiro, exclusivamente, com base no padrão de comportamento abaixo do agente público médio, e, em que definiu, exclusivamente, com base no conceito de culpa grave.

Boletim de Jurisprudência 228: Acórdão 1.628/2018-Plenário⁶⁹

A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do "administrador médio" utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o "erro grosseiro" a que alude o *art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942* (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018.

Boletim de Jurisprudência 322: Acórdão 2.028/2020-Plenário

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o descumprimento, sem a devida

⁶⁶ TCU (2020c): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁶⁷ TCU (2021b): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁶⁸ TCU (2021c): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁶⁹ TCU (2018): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

motivação, de determinação expedida pelo TCU, pois tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave.

[grifos acrescidos]

Assim, os três referenciais de aferição do erro grosseiro (como erro inescusável, culpa grave ou padrão de comportamento abaixo do homem médio) não são incompatíveis ou excludentes entre si. Como dito, o referencial da culpa grave necessariamente precisa ser desenvolvido pelo TCU (tópico da seção seguinte) para avaliar as condições subjetivas ou circunstâncias do caso concreto, conforme o art. 22, *caput*, §1º, §2º e §3º da LINDB e, assim, para aferir a reprovabilidade da conduta e fazer a dosimetria das sanções. Contudo, nada impede de o TCU utilizar também os outros dois referenciais (erro inescusável e homem médio) ou mesmo misturá-los entre si.

Nesse contexto, o que importa é a referência objetiva, que deve ser feita para orientar o gestor público, no caso concreto, tanto na hipótese do dever de cuidado esperado (culpa grave) como na de conduta esperada (erro inescusável ou padrão de comportamento do homem médio), de modo a trazer previsibilidade e segurança jurídica.

Do contrário, além de não orientar o gestor público em casos similares e de promover a falta de segurança e previsibilidade jurídica das decisões, a ausência de critério objetivo conduz o TCU adotar uma tese circular ou fundada em tautologia⁷⁰ para fundamentar uma punição: o agente público sempre será considerado culpado porque agiu abaixo do comportamento do homem médio, porque cometeu erro inescusável ou porque agiu com culpa grave. Dessa forma, se a fundamentação se basear, apenas nesses conceitos, colocados de maneira abstrata e sem definir objetivamente a conduta ou dever de cuidado esperado, o responsável jamais poderá comprovar a sua ausência de culpa, em vista da falta de critério daquilo que é esperado no cada caso concreto.

Em FGV (2021, p. 44), apontou-se casos de responsabilização do TCU, em que não foram apontados o dispositivo de cuidado violado no caso concreto ou que o Tribunal aparentemente se valeu de regras informais sobre melhores práticas ou julgados anteriores, sem um vínculo claro da origem desses entendimentos. Nesse contexto, transcreve-se alguns enunciados jurisprudenciais, que não apresentaram de forma clara o dever de cuidado ou a conduta esperada dos agentes públicos no caso concreto:

⁷⁰ Quando uma proposição lógica é sempre “verdadeira”, independentemente do valor lógico das proposições simples que a constituem (CARDOSO, 2023).

Boletim de Jurisprudência 308: Acórdão 4.447/2020-2ª Câmara⁷¹

Para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado.

Boletim de Jurisprudência 246: Acórdão 2.677/2018-Plenário⁷²

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o descumprimento de normativo da entidade pelo gestor, especialmente o que resultar em danos materialmente relevantes.

Boletim de Jurisprudência 342: Acórdão 22/2021-2ª Câmara⁷³

Nos convênios para a realização de eventos, ainda que o contrato de exclusividade, no caso de contratação direta por inexigibilidade, e os comprovantes dos cachês pagos aos artistas tenham sido exigidos no termo do ajuste, sua ausência na prestação de contas não é suficiente para imputação de débito se os elementos dos autos comprovarem que houve, de fato, a prestação dos serviços artísticos e não for constatado superfaturamento. Contudo, o descumprimento de obrigação expressamente assumida no termo do convênio e a contratação fundamentada em inexigibilidade de licitação sem a caracterização da inviabilidade de competição constituem erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) e justificam o julgamento pela irregularidade das contas e aplicação de multa ao gestor conveniente.

Acórdão 7685/2022-2ª Câmara⁷⁴

A omissão, na prestação de contas, de documentos essenciais à comprovação da boa e regular gestão dos recursos federais recebidos por meio de convênio constitui grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de culpa grave, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente, o que caracteriza erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lind).

[grifos acrescidos]

Conforme a transcrição, o enunciado do Boletim de Jurisprudência 308 não define qual foi a conduta, do caso concreto, que ensejou o seu tratamento como abaixo do padrão do homem médio. O enunciado do Boletim de Jurisprudência 246 menciona “descumprimento de normativo” e “dano materialmente relevantes”, sem especificar qual foi o tipo de norma descumprida e o que foi considerado dano relevante, naquele caso

⁷¹ TCU (2020d): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁷² TCU (2018b): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁷³ TCU (2021d): endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

⁷⁴ Em que pese o enunciado ter sido extraído da base jurisprudência selecionada, não veio a referência do número do boletim de correspondente. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/15/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 2/6/2023.

concreto. Da mesma forma, o enunciado do Boletim de Jurisprudência 342 trata erro grosseiro como 'descumprimento de obrigação em termo de convênio', sem especificar qual foi a natureza da obrigação descumprida (Assim, o descumprimento de qualquer obrigação em convênio enseja erro grosseiro?). Por sua vez, o enunciado⁷⁵ do Acórdão 7.685/2022-2ª Câmara menciona a "falta de documentos essenciais" para prestar contas como erro grosseiro, sem especificar qual a documentação que faltou.

Dessa forma, na fundamentação dos votos das mencionadas decisões, encontra-se as condutas que foram considerados erro grosseiro, todavia, perdeu-se a oportunidade de externá-los, no texto do enunciado jurisprudencial, de forma a tornar claro para os gestores públicos que os lerem qual foi a conduta ou o dever de cuidado, que foram consideradas aquém do padrão esperado no caso concreto e qual é o comportamento esperado ou exigido pelo Tribunal em casos futuros semelhantes.

Por último, em FGV (2021, p. 27), foi apontado que, no caso de omissão do dever de prestar contas, o TCU, por vezes, imputa débito a gestores, sem que detalhe, de forma mais consistente, a conduta do jurisdicionado que ensejou a responsabilização, em uma abordagem semelhante à culpa presumida ou à responsabilidade objetiva.

Tal tratamento decorre de, passados quase 35 anos da CF/88 e de um longo processo de evolução jurisprudencial, o TCU entender que a omissão do dever de prestar contas constituir, por si só, um erro indesculpável, ou um padrão de comportamento abaixo do gestor médio ou um desleixo grave com a coisa pública (culpa grave).

Conforme já exposto, o enquadramento da conduta como hipótese em abstrato de erro grosseiro não constitui uma presunção absoluta da irregularidade, mas sim relativa, podendo o agente público trazer elementos para comprovar que o caso concreto é distinto do precedente jurisprudencial. Nesse sentido, decisões como o Acórdão 8.327/2018-TCU-2ª Câmara afastaram a responsabilidade de gestor público, que não prestou contas, em vista de circunstâncias específicas do caso concreto.

Na seção seguinte, ao tratar do sistema de responsabilização do TCU, serão apresentadas algumas medidas para aprimorar os enunciados jurisprudenciais, de modo a contribuir com a previsibilidade e a segurança jurídica das decisões deste Tribunal.

⁷⁵ Em que pese o referido enunciado de ter sido extraído da base jurisprudência selecionada, não veio referenciado em seu texto o número do correspondente boletim de jurisprudência.

Passando para a avaliação do impacto do art. 22 da LINDB sobre as decisões do TCU, o procedimento de pesquisa seguinte avaliou se houve um aumento de acórdãos, em que este Tribunal de Contas deu provimento parcial a recursos de suas decisões, para reduzir multas aplicadas, com base nos elementos do art. 22, *caput*, §1º, §2º e §3º, que são: “obstáculos e dificuldades reais do gestor” (*caput*); “circunstâncias práticas” (§1º); “circunstâncias atenuantes” e “antecedente do agente” (§2º); e outras sanções aplicadas ao responsável (§3º). Conforme será aprofundado, embora tais elementos dos §§1º e 2º do art. 22 da LINDB terem ingressado no ordenamento, em 2018, em razão da Lei 13.655, o TCU já vinha os utilizando para atenuar a suas responsabilizações.

A partir do argumento de pesquisa do rodapé⁷⁶, extraiu-se 160 acórdãos, em que o TCU reduziu multas que aplicou, com base no arts. 57 e 58 da LOTCU: a) 72 do Plenário (dos quais 25 foram excluídos); b) 36 da 1ª Câmara (dos quais 12 foram excluídos); e c) 52 da 2ª Câmara (dos quais 18 foram excluídos). Dessa forma, excluiu-se todas as decisões anteriores a 2010 e que não trataram da efetiva redução de multa. A retirada das decisões anteriores a 2010 se deu para não distorcer os resultados com acórdãos muito anteriores a 2018, quando foi publicada a Lei 13.655. Ao final das exclusões, restaram 47 decisões do Plenário; 24 da 1ª Câmara; e 34 da 2ª Câmara:

Tabela 11: Quantidade de acórdãos que reduziram multas

Ano	Quantidade de acórdãos do Plenário que diminuíram multas já aplicadas	Quantidade de acórdãos da 1ª Câmara que diminuíram multas já aplicadas	Quantidade de acórdãos da 2ª Câmara que diminuíram multas já aplicadas
2022	3	6	2
2021	0	1	2
2020	13	7	5
2019	5	3	6
2018	4	2	2
Total de 2018 a 2022	25	19	17
2017	3	2	5
2016	6	2	1
2015	2	0	4
2014	2	1	1
2013	4	0	3
2012	1	0	1
2011	2	0	1
2010	2	0	1

⁷⁶ ((diminui\$ OU atenua\$ OU reduzi\$) PROX3 MULTA).ACORDAO

Total de 2010 a 2017	22	5	17
Total de 2010 a 2018	47	24	34

Fonte: planilha 'evolução histórica' do arquivo experimento_4_.XML

Conforme a tabela acima, nos quatro anos de vigência da Lei 13.655/2018 (período de 2018 a 2022 – vide células em azul), os três colegiados do TCU deram provimento parcial para reduzir multas aplicadas em uma quantidade maior ou, no mínimo igual, aos 8 anos anteriores à vigência desta Lei (vide células em laranja).

Desse modo, o Plenário do TCU deferiu 22 reduções de multa, de 2010 a 2017, e 25, de 2018 a 2022; a sua 1ª Câmara deferiu 5 reduções, de 2010 a 2017, e 19, de 2018 a 2022; e a sua 2ª Câmara 17 reduções, de 2010 a 2017, e 17, de 2018 a 2022.

Embora não seja possível extrair uma conclusão do impacto do art. 22 da LINDB sobre o provimento parcial de recursos para reduzir multas, exclusivamente, pelos dados acima, eles já mostram que a quantidade de decisões reformadas, para atenuar multas, vem aumentando com o passar do tempo, o que é positivo, pois o TCU vem reconhecendo, cada vez mais, eventuais excessos em suas penalidades.

Nesse contexto, a tabela seguinte traz o nome dos Ministros-Relatores que deram provimentos recursais para reduzir multas aplicadas de 2010 a 2022:

Tabela 12: Ministros-Relatores que proporam reduções de multa

	Nome	Quantidade de acórdãos	Proporção (%)
1	Ana Arraes	22	20,95%
2	Vital do Rêgo	18	17,14%
3	Bruno Dantas	13	12,38%
4	Augusto Nardes	13	12,38%
5	Benjamin Zymler	11	10,48%
6	Raimundo Carreiro	10	9,52%
7	José Múcio	6	5,71%
8	José Jorge	3	2,86%
9	Jorge Oliveira	3	2,86%
10	Aroldo Cedraz	2	1,90%
11	Walton Alencar	1	0,95%
12	Augusto Sherman	1	0,95%
13	Weder Oliveira	1	0,95%
14	Ubiratan Aguiar	1	0,95%
	Total	105	100,00%

Fonte: planilha 'evolução histórica' do arquivo Experimento_4_.XML

Passando para os fundamentos das decisões para reduzir as multas aplicadas, as tabelas seguintes apresentam as razões utilizadas por cada colegiado no período:

Tabela 13: Causas que o Plenário do TCU utilizou para reduzir multas de 2010 a 2022

	Motivo	Número de casos	Proporção (%)
1	Redução do dano	26	55,32%
2	Afastamento de parte das irregularidades	10	21,28%
3	Elementos previstos no §1º e no §2º do art. 22 da LINDB, independente da data do acórdão	10	21,28%
4	Princípio da isonomia	1	2,13%
	Total	47	100%

Fonte: planilha 'memória de cálculo_Plenário' do arquivo Experimento_4.XML

Tabela 14: Causas que a 1ª Câmara do TCU utilizou para reduzir multas de 2010 a 2022

	Motivo	Número de casos	Proporção (%)
1	Redução do dano	16	66,67%
2	Afastamento de parte das irregularidades	5	20,83%
3	Elementos previstos no §1º e no §2º do art. 22 da LINDB, independente da data do acórdão	1	4,17%
4	Princípio da isonomia	1	4,17%
5	Outras	1	4,17%
	Total	24	100%

Fonte: planilha 'memória de cálculo_1ª Câmara' do arquivo Experimento_4.XML

Tabela 15: Causas que a 2ª Câmara do TCU utilizou para reduzir multas de 2010 a 2022

	Motivo	Número de casos	Proporção (%)
1	Redução do dano	21	61,76%
2	Elementos previstos no §1º e no §2º do art. 22 da LINDB, independente da data do acórdão	5	14,71%
3	Prescrição de parte da pretensão punitiva	3	8,82%
4	Princípio da isonomia	2	5,88%
5	Outras	2	5,88%
6	Afastamento de parte das irregularidades	1	2,94%
	Total	34	100%

Fonte: planilha 'memória de cálculo_2ª Câmara' do arquivo Experimento_4.XML

Conforme as tabelas acima, a redução do dano ao erário foi a principal causa de redução das multas no período, representando mais da metade dos casos nos três colegiados (55,32%; 66,67% e 61,76% - Plenário, 1ª Câmara e 2ª Câmara, respectivamente). O afastamento de parte das irregularidades foi a segunda causa mais relevante no Plenário e na 1ª Câmara (21,28% e 20,83%, respectivamente). A utilização de elementos como "circunstâncias práticas"; "circunstâncias atenuantes"; "antecedentes do agente", previstos nos §1º e §2º do art. 22 da LINDB, tiveram a segunda maior participação na 2ª Câmara e a terceira maior no Plenário e na 1ª Câmara (14,71%; 21,28% e 4,17%, respectivamente). Cabe novamente destacar que tais elementos também foram encontrados em decisões anteriores a vigência da Lei 13.655/2018.

A tabela⁷⁷ a seguir discrimina a importância relativa dos elementos previstos no §§1º e 2º art. 22 da LINDB, para fundamentar a redução de multa, de 2010 a 2018, de 2018 a 2022 (durante a vigência da Lei 13.655) e no período todo para cada colegiado:

Tabela 16: Aplicação no tempo dos elementos do art. 22 da LINDB para reduzir multas

	Plenário	1ª Câmara	2ª Câmara
Proporção (%) de acórdãos c/ redução de multa, com base nos elementos do §1º ou do §2º do art. 22 da LINDB - de 2010 a 2018	10,64%	0,00%	8,82%
Proporção (%) de acórdãos c/ redução de multa, com base em elementos do §1º ou do §2º do art. 22 da LINDB - de 2018 a 2022	10,64%	4,17%	5,88%
Proporção (%) de acórdãos c/ redução de multa, com base nos elementos do §1º ou do §2º do art. 22 da LINDB – de 2010 a 2022	21,28%	4,17%	14,71%

Fonte: Planilha “Resultado_consolidado” do arquivo Experimento_4.XML

Conforme a tabela acima, após a vigência da Lei 13.655/2018, houve um aumento da utilização de elementos, como “circunstâncias práticas”; “circunstâncias atenuantes”; e “antecedentes do agente”, previstos nos §§1º e 2º do art. 22 da LINDB, para fundamentar a redução de multas, em todos os Colegiados deste Tribunal de Contas.

No Plenário, a quantidade de casos, nos quatro anos de vigência da Lei 13.655 (2018 a 2022) são equivalentes (10,64%) aos oito anos anteriores à referida Lei (2010 a 2017). Dessa forma, proporcionalmente, houve mais casos no segundo período do que no primeiro (2,66% por ano contra 1,33% por ano), ou seja, houve um aumento de 100% no segundo período. Na 1ª Câmara, tais elementos não foram utilizados para fundamentar a redução de penalidades de 2010 a 2017 (0%), mas foram utilizados de 2018 a 2022 (4,17%). Na 2ª Câmara, embora a proporção de casos, em que tais elementos tenham sido utilizados, tenha reduzido de 8,82% (de 2010 a 2017) para 5,88% (de 2018 a 2022), ainda assim, nos quatro anos de vigência da Lei 13.655, o percentual foi proporcionalmente maior (1,47% por ano) do que nos oito anos anteriores (1,1025% por ano), ou seja, houve um aumento de 33% no segundo período (2018 a 2022).

⁷⁷ Nas planilhas “memória de cálculo_Plenário”, “memória de cálculo_1ª Câmara” e “memória de cálculo_2ª Câmara, todas do arquivo Experimento_4, consta a lista de todos os acórdãos de 2010 a 2022, que reduziram multas, e os fundamentos utilizados em cada caso.

Dessa forma, é possível concluir que os §§1º e 2º do art. 22 da LINDB impactou, favoravelmente, na quantidade de recursos que os colegiados TCU deram provimento parcial para reduzir multas aplicadas, com base nos arts. 57 e 58 da LOTCU.

Todavia, em que pese o aumento significativo da proporção dos casos em que tais elementos foram utilizados para reduzir multas aplicadas após a vigência da Lei 13.655/2018, tais situações ainda são muito raras, vale dizer, em termos relativos, a frequência delas é bem menor do que a de outras causas de redução de multa como a redução do dano, que representou mais da metade dos casos do Plenário (55,32%) e quase 2 terços dos casos da 1ª e 2ª Câmara (66,67% e 61,76%, respectivamente).

Considerando que o §2º do art. 22 da LINDB dispõe que as penalidades levarão em conta, não só as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes do agente, como também a natureza e a “gravidade” da infração e que, após reduzir o dano ao erário ou afastar parte das irregularidades, também ocorre uma redução da gravidade da infração, seria de esperar que, nesses casos, a multa sofresse também uma redução adicional, em razão da atenuação da gravidade. Todavia, não foi observado nenhum caso, em que houve mais de uma causa para reduzir a penalidade, vale dizer, a redução do débito ou o afastamento de parte das irregularidades não implicou na redução da gravidade da infração e nem em uma redução adicional da multa que o TCU aplicou.

Por último, mesmo levando em conta o aumento significativo dos casos de decisões reformadas pelo TCU para reduzir multas aplicadas, após a Lei 13.655/2018, é “aparentemente” baixo a quantidade dessas decisões, levando em conta os 12 anos que transcorreram entre os anos de 2010 e 2022: apenas 47 acórdãos do Plenário; 24 da 1ª Câmara; e 34 da 2ª Câmara, o que totaliza 105 decisões (vide Tabelas 13 a 15). Nesse contexto, é pertinente aprofundar a pesquisa para aferir o percentual médio de provimento recursal das decisões dos colegiados do TCU, que aplicaram sanções.

Passando para as considerações adicionais relativas ao art. 22 da LINDB, FGV (2021, p. 17) defende o uso do *caput* e do §1º desse artigo para fundamentar a exclusão de tipicidade de ato praticado por agente público, de modo a afastar a sua responsabilização, em razão de circunstâncias específicas do caso concreto:

Em tese, esses dois dispositivos (*caput* e § 1º do art. 22) poderiam ser qualificados, numa analogia possível com o direito penal, como espécies de excludente da tipicidade do ato praticado pelo agente. Isto é: ainda que determinada conduta possa ser enquadrada em algum dos tipos de ato ilícito previstos na Lei Orgânica (“ato de gestão ilegítimo” ou “infração à norma regulamentar”, por exemplo), essa mesma conduta deixaria de ser

considerada típica ou ilícita pelo TCU em razão dos fatores descritos no art. 22 da LINDB (“obstáculos e dificuldades reais do gestor”, “exigências das políticas públicas a seu cargo” ou “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”).

Assim, após a edição da Lei n. 13.655/2018, o TCU poderia, em tese, aplicar o art. 22 da LINDB com o objetivo de afastar a tipicidade das condutas de agentes públicos ou privados sob sua fiscalização. Contudo, a pesquisa realizada demonstrou que o TCU raramente utiliza o art. 22 com esse objetivo. Em apenas um dos 108 processos analisados, o TCU parece ter aplicado o referido dispositivo para afastar a responsabilização de gestor público em razão da atipicidade do ato praticado.

[grifos acrescentados]

FGV (2021, p. 31) defende o uso do art. 22 da LINDB para fundamentar o afastamento do nexos causal entre os atos praticados pelo agente público e as irregularidades imputadas, afastando a responsabilidade em situações específicas:

Imagine-se, por exemplo, que o TCU tenha detectado pequeno sobrepreço em contrato cujo objeto é a construção de complexa obra de engenharia em contexto de emergência. Nesse caso, diante das “circunstâncias práticas” e das “dificuldades reais” enfrentadas pelo gestor, o art. 22 poderia ser invocado para afastar o nexos causal entre o prejuízo verificado e a conduta da autoridade que aprovou a contratação. Isso porque, pode-se argumentar, o resultado danoso seria o mesmo ainda que o gestor tivesse adotado grau máximo de diligência.

Apesar de possível no plano teórico, esse uso do caput do art. 22 não tem sido realizado pelo TCU. Em nenhuma das decisões analisadas o dispositivo foi aplicado com essa finalidade.

[grifos acrescentados]

Tanto a primeira tese (art. 22 para excluir a tipicidade) como a segunda (art. 22 para afastar o nexos causal) vão no sentido de o TCU afastar (com fundamento no art. 22 da LINDB) a responsabilidade pelo dano ao erário de agente público, em razão de condições subjetivas ou circunstâncias específicas do caso concreto.

Nesse contexto, o art. 944 do CC/02 dispõe que: (BRASIL, 2002):

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

[grifos acrescentados]

Os dispositivos acima estabelecem a regra geral de quantificação do dano e a correspondente exceção. O *caput* estabelece a regra geral de que a indenização corresponderá à extensão do dano ou prejuízo acarretado (que pode ser material e imaterial – conforme será tratado adiante). Por sua vez, o parágrafo único do art. 944 traz a exceção à regra geral, qual seja a redução, de maneira equitativa, do dano quando houver “excessiva desproporção” entre a gravidade da culpa e o prejuízo acarretado.

Da leitura do parágrafo único do art. 944 do CC/02, não se extrai a ideia de exclusão integral do dano ao erário conforme FGV (2021), mas também o dispositivo não estabelece um limite para a redução da indenização, que, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode ser elevada o bastante para, não só promover a justiça e a equitatividade, como para não desestimular o agente público diligente e cuidadoso.

Nesse sentido, o *caput* e o parágrafo único do art. 944 do CC/02 são aplicáveis a qualquer dano (inclusive, o dano ao erário) e pode ser utilizado, pelo TCU, ao analisar os elementos do art. 22 da LINDB, para reduzir a responsabilidade pelo débito, quando as condições subjetivas e circunstâncias específicas do caso concreto, assim o permitirem ou até exigirem, de modo que as decisões do Tribunal favoreceram a justiça, a equidade e não desestimulem gestores públicos diligentes e bem intencionados.

Cabe frisar que a redução do dano, em circunstâncias específicas, também é prevista pela análise econômica da responsabilidade (BATESINI, 2011, 259-272) que, buscando minimizar os custos sociais dos danos (inclusive, do erário), traz as duas perspectivas da precaução ou das medidas de cuidado (COOTER e ULEN, 2016, p. 199-201): de um lado elas reduzem a probabilidade e a extensão do dano; mas, de outro, geram custos para a sociedade (maior gasto de recursos e burocracia). Assim, o custo para evitar o prejuízo, que, no caso extremo, pode envolver, inclusive, a proibição de uma atividade humana não pode ser maior do que o custo do dano que se busca evitar.

Ao se aumentar, ao extremo, o padrão de segurança de atividades humanas, como a aviação civil, a mineração ou a geração de energia nuclear, os acidentes serão reduzidos, mas ainda assim eles continuarão ocorrendo, ao menos que se proíba completamente tais atividades. Nesse caso extremo, é fácil perceber que a proibição, para zerar acidentes, geraria custos maiores para a sociedade. Como seria a sociedade moderna sem o transporte aéreo, a mineração ou a geração de energia nuclear?

No mesmo sentido, reduzir a velocidade das rodovias implica na redução e no impacto dos acidentes automobilísticos, todavia, em algum ponto, esta redução se tornará excessiva e acarretará custos sociais maiores que os benefícios. Portanto, em algum momento, custos como a lentidão do trânsito (maior tempo nos traslados e conseqüentemente menor produtividade da sociedade) ou o maior desgaste do pavimento (em razão do tráfego) se tornarão maiores que os prejuízos evitados.

Dessa forma, tanto o legislador como o aplicador do direito devem buscar o nível eficiente de precaução, que é aquele que reduz o prejuízo social (total), que é dado pela soma do dano com o custo de evitá-lo (COOTER e ULEN, 2016, p. 199-201).

Ocorre que nem sempre existe um padrão de comportamento na legislação ou nos precedentes dos tribunais ou nem sempre o padrão existente é o eficiente ($\tilde{x} = x^*$) - vide p. 27-28. Nesse contexto, a história apresentada a seguir traz como o aplicador do direito, na falta de um critério objetivo do padrão de cuidado esperado, pode buscá-lo, na relação entre dano; sua probabilidade; e no custo de precavê-lo, de modo a decidir, de forma justa, ponderada e induzindo a alocação eficiente dos recursos públicos, se, no caso concreto, o dever de cuidado exigido do responsável, era ou não, de fato, exigível.

Nessa história, um juiz americano, em 1947, ganhou notoriedade ao desenvolver a famosa regra de *Hand*, no caso que ficou conhecido como *United States v. Carroll Towing Company*. Este caso estabeleceu o "Teste de Carroll" para determinar a negligência em casos de acidentes marítimos. Em síntese, o teste avalia se a precaução adotada por uma parte é proporcional ao risco envolvido e se a precaução é economicamente viável. Esta decisão teve um impacto significativo no campo da responsabilidade civil e é estudada até os dias de hoje (COOTER e ULEN, 2016, p. 213-214):

O caso dizia respeito à perda de uma barcaça e sua carga no porto de Nova York. Várias barcaças foram presas por uma única linha de amarração a vários píeres. O rebocador da ré foi contratado para retirar uma das barcaças do porto. Para liberar o barcaça, a tripulação do rebocador do réu, não encontrando ninguém a bordo em nenhuma dos barcos, reajustou as linhas de amarração. O ajuste não foi feito corretamente e uma das barcaças se soltou, colidiu com outro navio e afundou com a sua carga. O proprietário da barcaça afundada processou o proprietário do rebocador, alegando que os funcionários do rebocador foram negligentes no ajuste dos cabos de amarração. O dono do rebocador alegou que o dono da barcaça também foi negligente porque seu agente, chamado de "barcaça", não estava no barco quando a tripulação do rebocador procurou ajustar os cabos de amarração. Isso porque o barcaça poderia ter assegurado que a tripulação do rebocador ajustou os cabos de amarração corretamente.

Como toda vez que o navio se desamarra ele coloca em risco as outras embarcações, o dever de cuidado para evitar acidentes é uma função de três variáveis⁷⁸: a) a probabilidade de o barco desamarra-se (P); b) a gravidade do dano (B); e c) o ônus das precauções para evitá-lo (L). Se o custo da precaução for menor que o dano, multiplicado pela sua probabilidade, $B < PL$, então o dever de cuidado será exigível do

⁷⁸ Os nomes das variáveis vêm do inglês: P vem de *probability*; B de *Burden*; e L de *liability*.

responsável. Dessa forma, o juiz Hand aplicou a fórmula para o caso e concluiu que, como $B < PL$, o proprietário da barcaça foi negligente por não ter colocado um barcaça a bordo durante o trabalho do rebocador (COOTER e ULEN, 2016, p. 214).

Substituindo as variáveis do juiz Hand por grandezas marginais, conforme fazem os economistas, a responsabilidade é dada por (COOTER e ULEN, 2016, p. 214):

$$w_i < -\dot{p}A \Rightarrow \text{responsável foi negligente}$$

Em síntese, se o custo marginal de precaução (w_i) for menor que o benefício marginal de evitar o dano, que é dado pelo produto da probabilidade marginal ($-\dot{p}$) pela extensão do prejuízo (A), então existe a responsabilidade, uma vez que precaução adicional é justificada, uma vez que o custo dela fica aquém do nível eficiente ($x < x^*$). Assim, para escapar da responsabilidade, o responsável deve aumentar a sua precaução até que a inequação se torne uma igualdade (COOTER e ULEN, 2016, p. 215):

$$\underset{\text{custo_social_marginal}}{W} = \underset{\text{benefício_social_marginal}}{-\dot{p}(x^*)A}$$

Se a precaução do responsável foi eficiente ($x = x^*$), então o custo social marginal (termo da esquerda), ou custo das medidas de cuidado, torna-se igual ao benefício social marginal (termo da direita), que é o benefício resultante da redução do impacto do dano (a sua probabilidade vezes a sua extensão). Nesse contexto, a partir desse ponto, mais precaução não é mais economicamente justificada (COOTER e ULEN, 2016, p. 215).

Segundo (COOTER e ULEN, 2016, p. 215), os tribunais americanos usam a regra de *Hand* para decidir questões sobre negligência. A aplicação repetida da regra permite que os julgadores descubram o nível eficiente de cuidado. Os julgadores perguntam se a precaução adicional foi justificada pelo custo e o impacto potencial do dano. Se a resposta for sim, então o infrator não satisfaz o padrão esperado, ou seja, ele é considerado responsável. Presumivelmente, os agressores responderão a essa decisão aumentando o seu nível de precaução nos casos futuros. Assim, a regra de *Hand* segue o funcionamento de programas de computador, que maximizam uma função.

Portanto, para aplicar a regra de *Hand*, o tomador de decisão deve saber se um pouco mais de precaução custa mais ou menos do que a redução resultante nos custos esperados do acidente. Calcular tais valores pode ser difícil. Por exemplo, ao se aumentar a velocidade de uma via pública de 60 km/h para 80 km/h, a perda média

esperada de um acidente aumentará quanto? R\$ 1.000.000,00; R\$10.000,00, ou algo entre os dois? Tal análise exige informação de quem a utiliza, seja um tribunal, um legislador ou a própria Administração Pública (COOTER e ULEN, 2016, p. 216).

Dessa forma, a regra de *Hand* é uma forma de os tribunais encontrarem uma solução eficiente do padrão jurídico quando ele for inexistente. No julgamento, as cortes ouvirão testemunhas, peritos ou técnicos especializados sobre os fatos. Se a Corte dispor de informações precisas sobre o custo do acidente, a sua probabilidade de ocorrência e o custo das medidas de cuidado para evitá-lo, poderá estabelecer a responsabilidade de maneira justa, bem como induzir medidas de precaução eficientes e razoáveis dos jurisdicionados. Isso ocorrerá também caso o legislador ou a Administração Pública elaborem estatutos, que especifiquem o padrão legal, de modo a alcançar o nível eficiente de precaução (COOTER e ULEN, 2016, p. 216).

No sentido de também buscar a alocação eficiente das medidas de precaução e assim minimizar o custo social dos acidentes, 23 anos após a engenhosa contribuição do juiz *Hand* para o caso *United States v. Carroll Towing Company*, Guido Calabresi, autor pioneiro do movimento de direito e economia (BATTESINI, 2011), aprofundou o campo relativo à alocação eficiente dos riscos de um dano, publicando o livro "*The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*", em que apresentou a sua teoria (tratada no item 5.1) sobre o dano, de modo a revolucionar o estudo da responsabilidade civil.

Conforme a sua teoria, existe um limite do dever de cuidado ou da precaução a serem exigidos dos agentes (públicos ou privados), de modo a não impor maiores custos do que benefícios à sociedade. Nesse sentido, algumas vezes, o acidente ou o dano ocorrerá, independentemente, do padrão de cuidado adotado no caso concreto. Por isso, nas situações em que o responsável age, além do padrão de cuidado do homem médio, a análise econômica da responsabilidade, de maneira alinhada com os códigos civis de diferentes países, defende a redução da responsabilidade pelo dano acarreado.

Conforme será demonstrado a seguir, não só a redução da responsabilidade pelo dano, como também o seu aumento, para além do dano (por meio de multas), está embricamente relacionado com os conceitos de culpa (levíssima, leve e grave).

Nesse contexto, Widmer (2005, p. 353-354) destaca que, em países, como Alemanha, Espanha, Áustria e Suíça, a graduação da culpa do autor produz impacto sobre o "montante da compensação, ou, ao menos, a indenização pela dor e sofrimento

pode ser adaptada ao grau da culpa". No mesmo sentido, Pereira (1998, p. 71) coloca que sem abrir mão do "princípio da unidade da culpa ... os autores, especialmente na doutrina francesa, distinguem o que apelidaram de culpa grave, leve e levíssima".

No Brasil, conforme Maria Helena (DINIZ, 2018, p. 44), a culpa grave ocorre quando "houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens"; a culpa leve acontece "quando houver falta de diligência média", quando a lesão puder ser evitada com atenção ordinária", e a culpa levíssima está presente, quando a falta é cometida em razão de uma conduta preventiva que transcende ao padrão médio, quando "a falta for evitável por uma atenção extraordinária". Nesse sentido, este também é o entendimento de autores civilistas brasileiros como (CALIXTO, 2008, p. 107-119; e CAVALIERE FILHO, 2005, p. 37-38).

No mesmo sentido, para Tartuce (2019, p. 527 e 536), na culpa grave, "há uma imprudência ou negligência crassa. O agente até que não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse. Em casos tais, o efeito é o mesmo do dolo". [grifos acrescentados]. A "culpa leve ou culpa média é a culpa intermediária, situação em que a conduta se desenvolve sem a atenção normalmente devida. Utiliza-se como padrão a pessoa humana comum (culpa *in abstracto*)". Por fim, a "culpa levíssima, no menor grau possível, situação em que o fato só teria sido evitado mediante o emprego de cautelais extraordinárias ou de especial habilidade" [grifos acrescentados].

Quanto à relação do grau de culpa com a indenização, para Calixto (2008, p. 119):

Acredita-se que a importância do estudo dos graus de culpa possa ser dividida nas duas grandes áreas em que se divide o estudo da própria culpa. De fato, esta pode ter relevância como fundamento da responsabilidade e pode também ter relevância na fixação do montante da reparação. Naquele campo a teoria da culpa sofre o assédio, cada vez mais pronunciado, da teoria do risco, a roubar-lhe importantes setores da responsabilidade até então sob seu domínio, e o grau de culpa torna-se, assim, de menos importância. Já no segundo grande território, o do montante da reparação, o estudo da culpa, até bem pouco tempo descartado, uma vez que se afirmava o princípio da reparação integral, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano, adquire novo vigor, passando o grau de culpa a ser utilizado como critério para a quantificação da reparação.

[grifos e destaques acrescentados]

Segundo (DIREITO e CAVALIERI FILHO, 2004, p. 338):

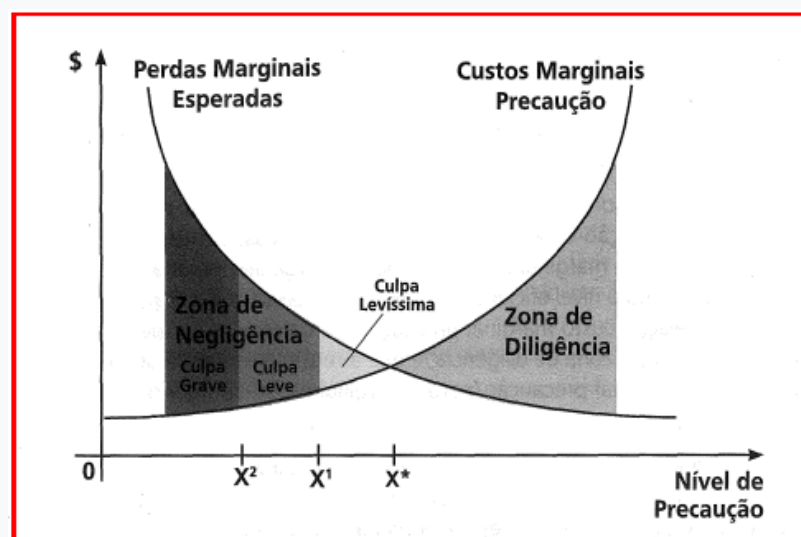
Haveria, em certo sentido, um retorno ao velho estágio da culpa grave, da culpa leve e da culpa levíssima, conforme exista uma falha elementar de atenção, uma falta de atenção correspondente ao homem médio e uma falta de atenção extraordinária. A gravidade da culpa, portanto, estaria na maior ou menor previsibilidade do resultado e

na maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano. Com tais elementos, o juiz poderá aferir a desproporção..., e, então, reduzir equitativamente a indenização.

[grifos e destaques acrescidos]

Nesse contexto, Battesini (2011, p. 256) apresentada uma representação econômica esquemática dos diferentes conceitos de culpa (grave, leve e levíssima):

Figura 6: Culpas grave, leve e levíssima



Nível de precaução em unidades físicas; custo acidentes em unidades monetárias.

Nesse sentido, o autor apresenta modelo de responsabilização, que prevê a redução do dano, nos casos de culpa levíssima, a sua manutenção no caso de culpa leve, e sua ampliação (por multa), no caso de culpa grave (BATTESINI, 2011, p. 257).

Da mesma forma que nos danos privados, por vezes, os danos ao erário são inevitáveis, ou seja, em certas ocasiões, eles ocorrerão, independente do padrão de cuidado adotado, ainda que o gestor público atue de forma extremamente diligente.

Isso ocorre porque, em uma contratação pública, o seu sucesso depende, necessariamente, de terceiro, qual seja o contratado que, eventualmente, pode não entregar o acordado, em vista de uma conduta culposa e até dolosa. O insucesso do ajuste pode implicar prejuízos à Administração, que podem envolver, não só danos ao erário quantificáveis, como outros relacionados à frustração do planejamento estatal.

Nesse contexto, ainda que um agente público diligente tenha adotado as melhores práticas na licitação e que não tenha autorizado pagamentos antecipados, a rescisão do contrato público (por qualquer razão que seja), de início, já gera desperdícios dos recursos administrativos empregados na licitação. Além disso, a contratação seguinte, em vista da perda de tempo da anterior, pode se dar em um contexto de urgência e

pressa, o que pode fazer com a Administração Pública tenha que pagar mais caro do que pagaria em situações normais, gerando superfaturamento ou dano ao erário.

No mesmo sentido, o atraso de obrigação contratual, por culpa ou dolo do contratado, pode gerar diferentes danos à Administração Pública, como, quando ela contrata uma obra, que entregará algum benefício para a sociedade, como uma usina de energia elétrica ou uma refinaria de petróleo. Nesse contexto, cada dia de atraso da obra contratada gera, não só danos ao erário (quantificáveis), como a não geração de determinada quantidade de energia ou de combustível refinado, como também a frustração de objetivos estatais ou de justas expectativas sociais. Portanto, é evidente que, em situações como essas, em que o dano ao erário, decorre, exclusivamente, da conduta do contratado, o gestor público envolvido não pode ser responsabilizado.

Assim, ainda que o gestor público adote as melhores práticas de cuidado ao longo da contratação, é possível que ocorram problemas na execução do ajuste, em decorrência de causas imputáveis, exclusivamente, ao contratado, em razão da sua falta diligência (culpa) ou da sua intenção de enriquecer às custas da Administração.

Nesse contexto, os acidentes no setor público podem ser evitados ou atenuados com maiores padrões de cuidado dos gestores públicos, todavia eles jamais serão eliminados. Da mesma forma que nos danos privados, não é lógico proibir uma ação estatal, com benefício social líquido positivo, em vista de danos, por vezes, inevitáveis.

Desse modo, o dano ao erário é inerente a atividade administrativa e a evolução da Administração e da sociedade. Similarmente aos prejuízos privados, nos danos ao erário, cabe ao legislador e ao aplicador do direito (Tribunais de Contas e demais Tribunais judiciais) buscar o nível eficiente de precaução, que é o que reduz o prejuízo social (total), que é dado pela soma do dano ao erário com o custo de os evitar.

Em decorrência disso, nas situações em que o responsável age, além do padrão de cuidado do homem médio (atuando com culpa levíssima), além de justo reduzir a sua responsabilidade pelo dano ao erário, não aplicar o parágrafo único do art. 944 do CC/02 induz os gestores públicos diligentes a deixarem de adotar medidas inovadoras (ou mesmo corriqueiras), em razão do medo de responsabilização pelos órgãos de controle, o que tem sido definido como infantilização da gestão pública (DANTAS, 2018).

Desse modo, a redução do dano ao erário, nos casos de culpa levíssima, está prevista, não só pela análise econômica da responsabilidade, como pela doutrina civilista nacional e internacional, como pelo parágrafo único do art. 944 do CC/02.

Nesse contexto, o art. 22 da LINDB prevê que, ao decidir, os órgãos de controle levarão em conta “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor” (*caput*); “as circunstâncias práticas” (§1º); a “natureza e a gravidade da infração” (§2º); “os danos que provierem para a administração pública” (§2º); as “circunstâncias agravantes ou atenuantes (§2º); e os antecedentes do agente público (§2º e §3º).

Conforme exposto, tais elementos estão diretamente relacionados com os diferentes conceitos de culpa: grave, leve e levíssima. Segundo FGV (2021, p. 43), o conceito de erro grosseiro, baseado na ideia de culpa grave, agrega elementos que são compatíveis com a LINDB, como por exemplo, a necessidade de avaliar o nível de diligência do agente público à luz das circunstâncias do caso concreto (conforme o seu art. 22, § 1º). No mesmo sentido, a definição de culpa levíssima, objetivamente, favorecerá a aplicação do parágrafo único do art. 944 do CC/02, no sentido de reduzir a responsabilidade pelo dano ao erário dos gestores que tiverem adotado padrão de cuidado além do homem médio (CALIXTO, 2018, p. 119; e CAVALIERI FILHO, 2004, p. 338), de modo a não desincentivar gestores diligentes a tomar medidas inovadoras.

Dessa forma, a definição objetiva, pelo TCU, dos elementos previstos no *caput*, §§§ 1º, 2º, 3º, do art. 22 da LINDB, do conceito de erro grosseiro, previsto no art. 28 desse diploma, os relacionando com os diferentes conceitos de culpa (grave, leve e levíssima) promoverá justiça, previsibilidade e segurança jurídica aos gestores públicos. Além disso, aplicar tais conceitos juntamente com o CC/02, especialmente, com o seu art. 944 (*caput* e parágrafo único), induzirá bons incentivos para os gestores públicos.

Tais bons incentivos decorrem de: a) não desestimular o agente público que age com diligência acima da média, exigindo dele um dever de cuidado ineficiente ou não razoável, de modo a atenuar ou afastar a sua responsabilidade por um dano ao erário que ocorreria, independentemente, da medida de precaução adotada; e b) estimular os gestores públicos médios e os abaixo da média a adotarem um padrão de cuidado acima da média para, assim, buscarem atenuar ou afastar futuras responsabilizações.

Partindo de que o objetivo estatal deve ser minimizar os custos totais dos danos ao erário, é preciso adotar um sistema de controle que, sendo previsível, possibilite aos

gestores públicos (e qualquer agente de mercado) precificar o custo das medidas de cuidado para evitar futuros danos culposos, assim como também para dissuadir agentes mal-intencionados, que buscam se enriquecer às custas da Administração.

Nesse contexto, a seção a seguir apresentará um sistema de responsabilização, que leve em conta a análise econômica da responsabilidade civil e que compatibiliza o disposto no CC/02, no art. 22, *caput*, §§§ 1º, 2º 3º e no art. 28 da LINDB com a LOTCU.

5.4 Dos achados e das propostas de melhoria na responsabilização do TCU

Em FGV (2021, p. 52-54), foi apontado a falta de uniformidade na dosimetria das penalizações do TCU. O estudo levantou decisões dessa Corte de Contas em que foram aplicadas multas do art. 57 da LOTCU, com percentuais sobre o dano, bem distintos e variáveis, a despeito da semelhança das situações do caso concreto:

A comparação entre os acórdãos mostra a **difficuldade de se identificar coerência em relação aos elementos do caso considerados pelo Tribunal e o percentual do valor do dano adotado para o cálculo da multa**. Existem casos nos quais as circunstâncias indicadas são semelhantes, mas o percentual aplicado para fins da definição do valor da multa aplicada é diferente.

No Acórdão 640/2020 – 2ª Câmara, por exemplo, o Tribunal aponta que a infração é grave e o responsável tem antecedentes, para fixar pena de 40% do dano ao erário. Contudo, em diversos outros casos, apesar de a conduta ter sido considerada grave, os responsáveis não tinham antecedentes, e ainda assim o Tribunal fixou o mesmo percentual de 40% (Acórdãos 1.089/2020, 1.460/2020, 1.461/2020, todos da 2ª Câmara). Não fica claro porque no cálculo da dosimetria o TCU chegou ao mesmo valor para casos que apresentavam elementos fáticos diversos.

[destaques e grifos acrescidos]

Similarmente, FGV (2021, p. 54-55) apontou a falta de clareza na aplicação do art. 22 da LINDB e a ausência de previsibilidade jurídica na responsabilização do TCU:

É importante ressaltar que não foram mencionados nas decisões examinadas outros parâmetros utilizados na dosimetria da pena para além daqueles apontados anteriormente. Além disso, a discrepância apontada não significa necessariamente que o percentual definido da multa em alguma das decisões estaria errado sob o aspecto jurídico-material. Contudo, a análise comparativa evidencia, no mínimo, que nem todos os elementos considerados para a dosimetria foram expostos de modo expresso na fundamentação das decisões.

Em resumo, a aplicação do art. 22 pelo TCU para a dosimetria tem sido significativa, mas, como destacado, não é possível dizer que a aplicação da LINDB tenha facilitado a tarefa de realizar dosimetria da pena ou de esclarecer a fundamentação da pena escolhida. O cálculo de pena continua sendo uma tarefa difícil para os tribunais, e a questão aqui parece ser menos a de encontrar uma fórmula de dosimetria que atenda idealmente aos comandos da LINDB e mais a da ausência de esforço do TCU no sentido de criar uma jurisprudência que dê mais parâmetros ou previsibilidade à aplicação da norma.

A LINDB explicita o ônus da autoridade de fundamentar o cálculo das sanções. O TCU, no entanto, parece não empreender maiores esforços para satisfazer esse ônus, pois, além de utilizar um rol de parâmetros limitado, não contemplando todos aqueles trazidos no art. 22 da LINDB, muitas vezes não fundamenta a dosimetria realizada.

[destaques e grifos acrescidos]

A falta de previsibilidade, uniformidade e coerência na responsabilização do TCU também foi apontada na seção 5.1.3 deste trabalho que trouxe os seguintes achados:

a) os percentuais das multas do art. 57 da LOTCU aplicados aos responsáveis, entre 2019 e 2022, pelo Plenário, praticamente não diferenciaram as condutas dolosas e culposas, destacando-se que, nos casos de agentes públicos, tal diferença entre as médias das multas, foi de apenas 1,38%: 18,65% (dolo); e 17,27% (culpa) – p. 59-60;

b) a totalidade dos enunciados da base ‘Jurisprudência Seleccionada’, se não igualam o tratamento das condutas dolosa e culposa, ao menos as trata conjuntamente, sem que possa extrair eventual diferenciação de tratamento entre elas (p. 48-49);

c) o Plenário do TCU aplicou, no período de 2019 a 2022, multas significativamente mais altas para as condutas classificadas como dolo presumido, ou seja, condutas que, embora graves, não foi apontado o dolo dos responsáveis. Além disso, destacou-se a representatividade dos casos de dolo presumido (50,15% e 40,41%, respectivamente, para gestores públicos e terceiros externos à Administração).

Desse modo, entre 2019 e 2022, o Plenário do TCU, ao aplicar a multa do art. 57 da LOTCU aos seus responsáveis, não só não diferenciou dolo e culpa nas condutas, como aplicou as penalidades mais elevadas, em casos não expressamente dolosos.

Em FGV (2021, p.49 e 50), apontou-se que as decisões do TCU não têm analisado os elementos do art. 22 da LINDB (*caput* e §§§1º, 2º e 3º) ao fazer as dosimetrias:

Primeiro aspecto que chama a atenção são acórdãos nos quais o TCU, apesar de mencionar o § 2º do art. 22 no âmbito da dosimetria, parece não realizar efetivamente a “contextualização” exigida pelo dispositivo.

Isso significa que o Tribunal parece não considerar, ao menos de modo expresso, os requisitos mínimos de dosimetria previstos na LINDB (natureza e gravidade da infração cometida, danos que dela provierem para a administração pública, circunstâncias agravantes ou atenuantes e antecedentes do agente).

Tais julgados mencionam o dispositivo para dizer que ele deve ser utilizado na dosimetria, mas não discriminam de modo claro as circunstâncias fáticas consideradas no caso em concreto. A partir das razões expostas na decisão, é difícil identificar se ou como as tais circunstâncias impactaram no cálculo das sanções.

[grifos e destaques acrescidos]

Nesse sentido, destacou-se a importância do art. 22 da LINDB para a dosimetria e para a previsibilidade jurídica, conforme a justificativa da emenda parlamentar da Senadora Simone Tebet para introduzir o referido dispositivo (FGV, 2021, p. 48):

Um ponto positivo dessa alteração é a exigência de explicitação de critérios – mínimos que sejam – para a dosimetria de sanções administrativas, tema ainda pouco debatido, mas causador de muitos problemas práticos. Cremos (...) ser possível aperfeiçoar o dispositivo, para nele incluir dois parágrafos com o objetivo de tratar mais detalhadamente sobre a dosimetria em matéria de direito público. Para tanto, utilizamos, com pequenas adaptações, o texto do *caput* do art. 128 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, reconhecido como um dispositivo que trata do tema de forma apropriada, inclusive para proibir o *bis in idem*. (Senado Federal, Parecer (SF) n. 22, de 29 de março de 2017, Relatora Senadora Simone Tebet).

[grifos e destaques acrescidos]

Ainda quanto à aplicação da LINDB nas responsabilizações, a seção 5.3.1 deste trabalho apontou que, em 62,74% das vezes, em que o Plenário do TCU aplicou a multa do art. 57 da LOTCU, entre 2019 e 2022, não mencionou expressamente nem o dolo e nem o erro grosseiro do agente público, conforme dispõe o art. 28 da LINDB (p. 75).

Nesse contexto, a seção seguinte apresentará propostas para estes e outros achados deste trabalho, destacando entre elas, um sistema de responsabilização, que leve em conta, não só a análise econômica da responsabilidade civil, como também que compatibilize as disposições do CC/02, do arts. 22 e do art. 28 da LINDB com a LOTCU.

5.4.1 Do sistema de responsabilização

Conforme a seção 5.1, por uma razão lógica baseada na teoria da probabilidade, qualquer sistema de responsabilização deve estabelecer, necessariamente, um tratamento mais gravoso ao responsável doloso do que ao culposo. Isso porque o agente que comete um dano ao erário intencional se apropria dos ganhos em todas as situações em que ele não é descoberto. Como em parte das vezes, ele não será descoberto (em razão da limitação do controle estatal), incorpora ao seu patrimônio algum benefício econômico⁷⁹ e, em razão disso, nas vezes em que ele é descoberto, o Estado deve impor uma sanção que, devidamente calibrada, deve tornar o ilícito desvantajoso, no tempo, dissuadindo o responsável de repeti-lo (COOTER e ULEN, 2016, p. 462).

⁷⁹ Como o superfaturamento de contrato público, no caso de contratados, e o recebimento de vantagens indevidas, diretas ou indiretas (mensuráveis ou não), por gestor público.

Nos casos de dano culposo, o *caput* do art. 944 CC/02 e a teoria econômica estabelecem, como regra geral (sujeita a exceções), o dever de o responsável indenizar apenas o dano que cometeu, ou seja, sem qualquer contraprestação adicional. Por outro lado, o código civil vigente e a análise econômica da responsabilidade também preveem situações, em que a indenização poderá ser maior ou menor do que o dano acarretado.

Nesse contexto, o sistema de responsabilização deve dissuadir os agentes intencionais, bem como induzir que os autores de danos não intencionais (culposos) internalizem os custos de suas condutas, de modo a serem incentivados a adotarem padrões mais elevados de cuidado e, assim, evitem futuras responsabilizações.

Nesse sentido, a análise a seguir será dividida em duas partes. Na primeira, será apresentado como o sistema de responsabilização pode tratar os autores de condutas culposas; e, na segunda, como ele pode responder aos autores de conduta dolosas.

Quanto aos casos de agentes culposos, a regra geral do código civil vigente é a equivalência entre o dano e a indenização do responsável (BATTESINI, 2011, p. 251):

A associação da ideia de reparação, de recomposição do valor de um bem patrimonial ou extrapatrimonial da vítima, ao caráter pecuniário da indenização tem como corolário a regra jurídica clássica da correspondência valorativa entre a indenização e o dano, da proporcionalidade ou simetria entre a indenização e o dano. Simetria que, consagrada pela doutrina da responsabilidade civil, se encontra cristalizada no sistema brasileiro, no *caput* do art. 944 do Código Civil brasileiro de 2002, que expressamente estabelece: "a indenização mede-se pela extensão do dano.

[grifos acrescidos]

Para além da legislação civil, a regra jurídica da simetria entre a indenização e o dano guarda correspondência com os conceitos econômicos de prevenção de acidentes e de maximização do bem-estar social (SHAVELL, 2004, p. 236-237 e 242):

Os autores vão agir de forma ótima se a indenização for igual aos danos..., a condição de que os pagamentos esperados sejam iguais aos danos esperados é exatamente o pressuposto no qual se baseiam os argumentos sobre o comportamento ótimo das partes sob as regras de responsabilidade civil... Se a indenização tende a ser inferior ao dano..., os incentivos à redução do risco serão inadequados e, se a indenização excede ao dano..., os incentivos à redução do risco serão muito elevados... À medida que tanto as perdas pecuniárias como as não pecuniárias reduzem o bem-estar social, é claro que as partes serão induzidas a agir apropriadamente sob as regras de responsabilidade civil apenas se a indenização for igual à soma das perdas pecuniárias e não pecuniárias.

[grifos e destaques acrescidos]

Dessa forma, nas situações em que o agente atua com culpa leve, vale dizer, quando viola um dever de cuidado esperado do ser humano médio, a regra básica da

análise econômica da responsabilidade e do *caput* do art. 944 do CC/02 é a da equivalência ou simetria entre a indenização e o dano (BATTESINI, 2011, p. 251).

Nesse contexto, a regra básica da responsabilidade civil brasileira, prevista no *caput* do art. 944 do CC/02, é totalmente compatível com a do art. 28 da LINDB, que trata da penalização de agentes públicos. Isso porque, diante da ocorrência de um dano ao erário, a multa que o TCU aplica, com base no art. 57 da LOTCU, impõe ao responsável o dever de pagamento de um montante, que vai além do dano ao erário acarretado, uma vez que ele terá que recompor o erário e também pagar a multa.

Como o art. 28 da LINDB restringe a penalização de agentes públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), ou seja, ele impede a aplicação de sanções pecuniárias, nos casos de culpa simples (leve ou levíssima) do gestor público, logo; como nesses casos, não ocorre a imposição de soma adicional ao dano ao erário acarretado, o gestor público responsabilizado, por culpa simples, só será obrigado a indenizar o prejuízo acarretado, ou seja, o art. 28 é totalmente compatível com o princípio da simetria entre o dano e a sua indenização, conforme previsto no *caput* do art. 944 do CC/02.

Desse modo, ao afastar a imposição de multa ao gestor público que atuou com culpa simples, o art. 28 da LINDB vai ao encontro do disposto no *caput* do art. 944 do CC/02, que estabelece a equivalência entre o dano acarretado e a sua indenização.

Portanto, tanto pela teoria econômica da responsabilidade como pelos *caputs* do art. 944 do CC/02 e do art. 28 da LINDB, o sistema de responsabilização do TCU deve prever, **apenas**, a imposição do dano ao erário, ao gestor público (e também ao terceiro externo à Administração⁸⁰), nos casos de culpa simples (leve ou levíssima).

Contudo, a regra geral da simetria econômico-pecuniária entre a indenização e o dano, denotados, respectivamente, por "I" e "D" ($I = D$), não é absoluta. Seja sob a perspectiva jurídica ou sob a econômica, existem situações em que é justificável o pagamento de indenização superior ao dano ($I > D$) e situações em que é justificável o pagamento de indenização inferior ao dano ($I < D$) – BATTESINI, 2011, p. 251.

Iniciando pelas situações em que a indenização deve ir além do dano ao erário acarretado, ou seja, quando o órgão de controle deve impor ao responsável custos

⁸⁰ Conforme será tratado a seguir, no caso de o terceiro externo à Administração se beneficiar do dano ao erário cometido, o sistema de responsabilização deverá prever indenização além do dano cometido, ou seja, deverá ser prevista a aplicação de uma sanção pecuniária.

adicionais, normalmente, na forma de multas pecuniárias, destacam-se: a) os casos de culpa grave (ou erro grosseiro, no caso de agentes públicos – art. 28 da LINDB); b) quando o responsável auferir algum benefício com o dano ao erário que acarretou; e c) quando não é possível mensurar a totalidade dos prejuízos acarretados.

A seguir será apresentado como o sistema de responsabilização pode responder a cada uma dessas três situações, em que se deve impor um custo adicional ao responsável, na forma de multa, sobre a indenização pelo dano ao erário acarretado.

Partindo dos casos de culpa grave ou erro grosseiro de agente público (item “a”), que são os casos extremos da responsabilidade por culpa, a doutrina civilista (TARTUCE, 2019, p. 527 e 536) e o art. 57 do LOTCU (BRASIL, 1992a) estabelecem a punição nos casos de culpa grave e o art. 28 da LINDB também (BRASIL, 1942).

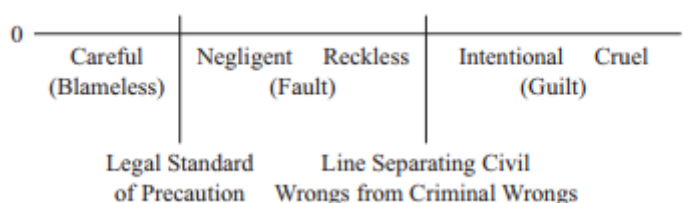
Tal possibilidade extraordinária de responsabilização por culpa decorre da impossibilidade de obter evidências, sobretudo no processo administrativo, que levem à conclusão do dolo, mas que, em vista da teratológica falta de cuidado (em razão de negligência, imprudência ou imperícia) o julgador pode concluir pela significativa reprovabilidade da conduta do agente e, assim, impor penalidade para repreendê-la.

Nesse sentido, segundo Tartuce (2019, p. 527 e 536), nos casos de culpa grave: há uma imprudência ou negligência crassa. O agente até que não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse. Em casos tais, o efeito é o mesmo do dolo”.

[grifos acrescidos].

Nesse contexto, a *mens rea* (mente culpada) é um conceito abstrato em que não é possível extrair um ponto preciso entre a imprudência e a intenção do agente:

Figura 4: Escala de culpabilidade



Fonte: Cooter e Ulen (2016, p. 457)

Em vista da impossibilidade de se identificar o exato ponto em que a imprudência do agente se torna conduta intencional e da limitação de obter, sobretudo no processo

administrativo⁸¹, evidências que comprovem peremptoriamente o dolo, a má-fé ou o conluio de agentes, o legislador ou aplicador do direito deve, para garantir a segurança e a previsibilidade jurídica, apontar, objetivamente, as condutas ou ilícitos e as circunstâncias que ensejam, se não uma presunção do dolo do agente, ao menos a conclusão da reprovabilidade extrema da sua conduta e a necessidade de puni-la.

Para tanto, os enunciados jurisprudenciais e os precedentes do TCU precisam apontar, de maneira clara e objetiva, o dever de cuidado violado nos casos de culpa grave ou as condutas consideradas erros indesculpáveis ou padrão de comportamento abaixo do ser humano médio, de modo a, não só favorecer a segurança, a previsibilidade jurídica, o contraditório e a ampla defesa, como também orientar e incentivar os gestores públicos a adotarem o padrão esperado de cuidado pelo Tribunal nos casos futuros.

Nesse contexto, conforme apontado na sessão 5.1.3, os casos patentemente graves, como desfalques e fraudes na concessão de empréstimos ou aposentadorias, em que o TCU não apontou nem dolo e nem culpa, representaram a maior parte das decisões do Plenário, em que foram aplicadas multas do art. 57 da LOTCU, entre 2019 e 2022. Em relação aos terceiros externos à Administração, a frequência desses casos foi de 40,41% e, em relação aos agentes públicos, tal frequência alcançou 50,50%.

Além disso, a seção 5.1.4 apontou que, entre 2019 e 2022, o Plenário do TCU, ao aplicar a multa do art. 57 da LOTCU a gestor público, em 62,74% dos casos, não mencionou nem o dolo e nem o erro grosseiro, conforme dispõe o art. 28 da LINDB.

Por último, o fato de as maiores multas aplicadas pelo Plenário (com base no art. 57 da LOTCU), entre 2019 e 2022, não terem sido impostas em casos de dolo evidencia uma incongruência no sistema de responsabilização do TCU, uma vez que é esperado que as sanções aplicadas, em razão de infrações intencionais (dolosas) sejam, **no mínimo**, iguais às aplicadas, em razão de condutas não intencionais (culposas).

Dessa forma, o sistema de responsabilização do TCU necessita, não só garantir que as maiores multas sejam aplicadas aos casos dolosos, como também incentivar que, ao aplicar sanções a agentes públicos, suas decisões apontem expressamente o seu dolo ou o erro grosseiro, de modo a dar efetiva aplicação ao art. 28 da LINDB.

⁸¹ Tais limitações são inerentes aos processos administrativos em vista dos meios de prova sujeitos a reserva legal, mas que também estão presentes nos processos judiciais em razão de garantias do devido processo legal (art. 5º, XX, da CF/88) e da legislação de cada caso.

Conforme apontado na seção 5.1.3, nas situações em que o Plenário do TCU, efetivamente, aplicou o art. 28 da LINDB, a frequência dos casos de dolo foi maior que o triplo da frequência de erro grosseiro (75,95% e 24,05%, respectivamente). Isso sugere uma possível necessidade de melhor definir o conceito de erro grosseiro para que o Tribunal possa efetivamente apontá-lo, conforme prevê o art. 28 da LINDB.

Para tanto, a definição do conceito de culpa grave favorecerá a uniformização do conceito de erro grosseiro e, dessa forma, a aplicação do art. 28 da LINDB pelo TCU.

Nesse contexto, segundo FGV (2021, p. 43), o conceito de erro grosseiro, baseado na ideia de culpa grave, agrega elementos que são compatíveis com a LINDB, como a necessidade de avaliar o nível de diligência do agente público à luz das circunstâncias do caso concreto (conforme dispõe o seu art. 22, § 1º). Isso porque o conceito de culpa é fundamental para estabelecer o nexo de imputação, sendo ela o princípio geral definidor da responsabilidade civil (BATTESINI, 2011, p. 252). Mais do que isso, o grau de culpa desempenha importante papel na quantificação do valor da indenização (BATTESINI, 2011, p. 252). No mesmo sentido, segundo Calixto (2018, p. 119):

Acredita-se que a importância do estudo dos graus de culpa possa ser dividida nas duas grandes áreas em que se divide o estudo da própria culpa. De fato, esta pode ter relevância como fundamento da responsabilidade e pode também ter relevância na fixação do montante da reparação. Naquele campo a teoria da culpa sofre o assédio, cada vez mais pronunciado, da teoria do risco, a roubar-lhe importantes setores da responsabilidade até então sob seu domínio, e o grau de culpa torna-se, assim, de menos importância. Já no segundo grande território, o do montante da reparação, o estudo da culpa, até bem pouco tempo descartado, uma vez que se afirmava o princípio da reparação integral, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano, adquire novo vigor, passando o grau de culpa a ser utilizado como critério para a quantificação da reparação.

[grifos acrescentados]

Dessa forma, o grau de culpa também é utilizado por diferentes nações para impor multas ou para fazer a gradação da indenização. Widmer (2005, p. 353-354) destaca que, em países, como Alemanha, Espanha, Áustria e Suíça, a graduação da culpa do autor produz impacto sobre o "montante da compensação, ou, ao menos, a indenização pela dor e sofrimento pode ser adaptada ao grau da culpa". Segundo Pereira (1998, p. 71), sem abrir mão do "princípio da unidade da culpa... os autores, especialmente na doutrina francesa, distinguem o que apelidaram de culpa grave, leve e levíssima".

Dessa forma, é desejável que o TCU defina, objetivamente, o conceito de culpa grave e o relacione com o de erro grosseiro (do gestor público) para, não só efetivamente

aplicar o art. 28 da LINDB, como também para trazer segurança e previsibilidade jurídica na dosimetria das penalidades que aplica por ilícitos ou danos culposos.

Nesse contexto, o primeiro encaminhamento deste trabalho é que o TCU institua grupo de trabalho para estudar e definir o conceito de erro grosseiro e de culpa grave para que, não só aplique efetivamente o art. 28 da LINDB, como também para que promova a segurança e a previsibilidade na dosimetria de duas penalidades.

Além disso, como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, propõe-se que, nos casos de responsabilização de agentes públicos, este Tribunal considere os casos, classificados por esse trabalho, como dolo presumido de gestor público, como casos de erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB, seja por violação a dever de cuidado básico (culpa grave) ou seja porque a conduta do responsável constitui erro inescusável ou comportamento abaixo do esperado de um agente público médio.

Portanto, considerando que, como Tribunal Administrativo, o TCU não dispõe dos mecanismos tradicionais de obtenção de evidências, que são autorizados pelo Judiciário, o erro grosseiro ou a culpa grave ocorreriam justamente, nos casos extremos de reprovabilidade, em que este Tribunal, pela sua natureza administrativa, não dispõe de ferramentas para concluir objetivamente pelo dolo, má-fé ou conluio dos agentes.

Além disso, cabe destacar a importância dos precedentes e da jurisprudência do TCU, no sentido de ampliar ou restringir, ao longo do tempo, em razão das mudanças nos costumes e na legislação, o rol de condutas que, salvo peculiaridades do caso concreto, possa ser institucionalmente presumido que houve erro grosseiro ou culpa grave, como o fez este trabalho, ao considerar casos como desfalque, concessão fraudulenta de aposentadorias ou empréstimos ou dano ao erário maior que 80%, como casos de dolo presumido (ou erro grosseiro ou culpa grave) dos responsáveis.

Assim, casos patentemente graves e reprováveis, como desfalques, fraudes em concessões de empréstimos ou aposentadorias e danos ao erário proporcionalmente elevados, que representaram a maior parte das decisões, em que o Plenário do TCU aplicou multa do art. 57 da LOTCU (entre 2019 e 2022), sem apontar tanto o dolo como a culpa, seriam considerados, nos casos de gestor público, casos de erro grosseiro.

Quanto aos enunciados jurisprudenciais e os precedentes do TCU, estes precisam apontar, de maneira clara e objetiva, o dever de cuidado violado (ou esperado do homem médio) nos casos de culpa grave ou as condutas consideradas erros

indesculpáveis ou abaixo do padrão de comportamento do ser humano médio, de modo a, não só favorecer a segurança, a previsibilidade jurídica e o contraditório como também orientar e incentivar os gestores públicos a adotarem o padrão esperado de cuidado.

Em FGV (2021, p. 44), apontou-se casos de responsabilização do TCU, em que não foram indicados o dispositivo de cuidado violado no caso concreto ou que o Tribunal se valeu de regras sobre as melhores práticas, sem um vínculo claro da origem desses entendimentos. Nesse contexto, é preciso buscar, não só a clareza e objetividade dos deveres de cuidado violados ou do padrão de conduta esperado, como também, considerando o aspecto pedagógico do controle externo, ir além de apontar o dispositivo normativo violado e, na medida do possível, orientar o agente público “como” cumprir a disposição normativa. É o caso, por exemplo, de enunciados jurisprudenciais⁸² que tratam da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos geridos:

A omissão, na prestação de contas, de documentos essenciais à comprovação da boa e regular gestão dos recursos federais recebidos por meio de convênio constitui grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de culpa grave, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente, o que caracteriza erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lind)

[grifos acrescentados]

Em casos como o transcrito acima, o enunciado jurisprudencial ou o precedente do TCU poderia ir além de apontar, de maneira genérica, que a falta de documentos essenciais à comprovação da boa e regular gestão dos recursos federais geridos por convênio constitui culpa grave e apontar quais documentos essenciais não foram apresentados naquele caso concreto, de modo a orientar o agente público quanto ao dever de cuidado ou a conduta esperada pelo Tribunal em situação similar.

Passando para os casos em que a indenização deve ir além do dano ao erário, em vista de o responsável ter auferido algum benefício com o prejuízo que acarretou (item “b”), pela mesma razão lógica, baseada em teoria da probabilidade, que justifica a imposição de uma soma adicional ao dano, para dissuadir condutas dolosas, se toda vez que ocorre um dano ao erário, não intencional, o responsável obtêm ou incorpora a seu patrimônio algum benefício ou vantagem decorrente do prejuízo que acarretou, para

⁸² Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/15/sinonimos%253Dtrue>

induzir que ele adote no futuro medidas de precaução mais exigentes para os evitar, o sistema de responsabilidade deve impor, nos casos em que o dano ao erário é descoberto e apurado, um quantitativo, além do dano, na forma de multa, para compensar todas as vezes em que ele se beneficiou, em razão de o poder público não ter descoberto, apurado e imposto o dano ao erário acarretado (que o enriqueceu).

Nesse contexto, o sistema de responsabilização deve adotar um tratamento distinto entre quem aufere um benefício econômico e quem não aufere. Como apontado na seção 5.2.1, nos casos de danos culposos decorrentes da execução contratos públicos, os agentes públicos, ao contrário dos terceiros contratados, não se enriquecem ou se beneficiam dos valores pagos a maior ao particular. Por outro lado, o contratado se enriquece com eles, ainda que o dano ao erário acarretado não tenha sido intencional.

Conforme a seção 5.2.1 (p. 70), a proporção dos casos em que o TCU não diferenciou a condição de gestor público e de empresa contratada na dosimetria da multa do art. 57 da LOTCU, quando houve dano ao erário culposo, decorrente da execução de contrato público, chegou a 81,48%. Similarmente, a proporção dos casos em que o TCU, não só não diferenciou o agente público e o contratado, como aplicou, ao primeiro, uma multa proporcionalmente mais pesada que, ao segundo, chegou a 37,04% (p. 71).

Portanto, nos danos ao erário culposos, o sistema de responsabilização deve diferenciar os agentes causadores do prejuízo, que se enriquecem com o dano acarretado (terceiros contratados) dos que não se beneficiam dele (gestores públicos).

Nesse contexto, cabe trazer considerações sobre a autorização, pelo TCU, do parcelamento da dívida em 36 vezes às empresas responsabilizadas por dano ao erário.

De início, o dano ao erário acarretado por uma empresa contratada pode ser interpretado como a espécie de um "empréstimo" que ela toma junto ao Poder Público. Isso porque, ao acarretar um prejuízo injusto à Administração Pública, o particular (normalmente empresa) se enriquece com ele. Nesse contexto, um superfaturamento de R\$ 1 milhão em um contrato público, implica que a empresa contratada recebeu (do erário) R\$ 1 milhão além do que era justo ou além do que era devido. Dessa forma, a empresa capitaliza esse valor e só terá que devolvê-lo, caso o TCU descubra o fato e impute o débito. Ou seja, a contratada "toma emprestado" R\$ 1 milhão e só terá que devolver esse montante, no futuro, se o TCU descobrir o ilícito e impor o dano ao erário. Para que isso não se torne vantajoso no tempo, cabe ao Tribunal aplicar uma multa.

Nesse contexto, será demonstrado a seguir que, considerando uma taxa de remuneração do débito de 1% ao mês (mais ou menos 12% ao ano), a multa, mínima, do art. 57 da LOTCU para que o terceiro contratado apenas empate (não lucre), com o parcelamento em 36 vezes da dívida, é da ordem de 19,57% do dano ao erário.

Considerando a probabilidade de o TCU descobrir e imputar o dano ao erário, de 100%, a expressão a seguir, se resolvida para “K”, calcula o percentual da multa que, se aplicado sobre o débito, anula o efeito do parcelamento da indenização em 36 meses. Assim, “D” é o dano ao erário e “S” a taxa de remuneração da dívida, que, para fins de simplificação, foi considerada constante e igual a 1% ao mês (mais ou 12% ao ano):

$$D.S^{36} = \frac{KD}{36} + \frac{KD}{36}S + \frac{KD}{36}S^2 + \frac{KD}{36}S^3 + \dots + \frac{KD}{36}S^{35} \quad (\text{equação 1})$$

Ao dividir a equação por “D” e, ao colocar “K/36” em evidência, obtêm-se:

$$S^{36} = \frac{K}{36}(1 + S + S^2 + S^3 + \dots + S^{35}) \quad (\text{equação 2})$$

Nesse sentido, considerando que o termo $(1 + S + S^2 + S^3 + \dots + S^{35})$ é a soma dos 36 termos de uma progressão geométrica ($n=36$), cujo primeiro termo é $a_1=1$; cuja razão, “q”, é igual a “S”, e cuja fórmula para calcular a soma dos termos é dada por:

$$SOMA_{PG} = \frac{a_1(q^n - 1)}{q - 1}, \text{ em que: } a_1 = 1; q = S; \text{ e } n = 36 \quad (\text{equação 3})$$

Ao igualar $(1 + S + S^2 + S^3 + \dots + S^{35})$ à fórmula acima e ao substituir as variáveis:

$$(1 + S + S^2 + S^3 + \dots + S^{35}) = \frac{(S^{36} - 1)}{(S - 1)} \quad (\text{equação 4})$$

Substituindo o lado direito da equação 4 na equação 2, obtêm-se que:

$$S^{36} = \frac{K}{36} \left(\frac{S^{36} - 1}{S - 1} \right) \quad (\text{equação 5})$$

Ao isolar “K” na equação acima e ao substituir “S”, por 1,01 (1%/mês), obtêm-se:

$$K = \frac{36S^{36}(S - 1)}{S^{36} - 1} \quad (\text{equação 6}); \text{ e } K = 1,1957 \quad (\text{equação 7})$$

Dessa forma, a multa de 19,57% sobre o débito anula o efeito do parcelamento da dívida em 36 meses. Ocorre que nem sempre o TCU sequer descobre o dano ao erário.

Nesse contexto, assumindo que a probabilidade de o agente ser condenado é igual a 50%, ou seja, a cada duas rodadas simultâneas, em uma, ele não é descoberto e enriquece com o prejuízo acarretado e, na outra, ele é descoberto e condenado a indenizar o débito, será demonstrado a seguir que a multa mínima, para que o contratado não lucre com os demais prejuízos acarretados, é da ordem de 139% do dano ao erário.

Nesse sentido, é possível demonstrar que o efeito da probabilidade de 50% de o contratado ter o dano ao erário descoberto e imputado é dado pela expressão:

$$2DS^{36} = \frac{KD}{36} + \frac{KD}{36}S + \frac{KD}{36}S^2 + \frac{KD}{36}S^3 \dots + \frac{KD}{36}S^{35} \text{ (equação 8)}$$

Observe que o termo da esquerda da equação 8 é o dobro do termo da esquerda da equação 1 e isso retrata justamente o efeito da probabilidade de 50%. Isso porque, após duas rodadas simultâneas, a empresa recebe o dobro (lado esquerdo) e responderá por um único dano (termo da direita), que é igual ao termo da direita da equação 1. Tal aspecto faz com que a multa aplicada tenha que ser maior que o valor calculado anteriormente, para anular o enriquecimento do contratado nas situações, em que ele comete o dano ao erário, se enriquece e não é condenado. Nesse contexto, dividindo os dois lados da equação acima por “D”, colocando em evidência K/36 e substituindo $(1 + S + S^2 + S^3 + \dots + S^{35})$ pela equação 3, obtêm-se a seguinte expressão:

$$S^{36} = \frac{K}{72}(1 + S + S^2 + S^3 \dots + S^{35}) \text{ (equação 9)}$$

Isolando “K” e substituindo S, por 1,01 (1% ao mês), obtêm-se:

$$K = \frac{72S^{36}(S-1)}{S^{36}-1} \text{ (equação 10) e } K=2,3914 \text{ (equação 11)}$$

Dessa forma, observe que $K_{p=50\%} = 2K_{p=100\%} = 2.(1,19571) = 2,39$, o que resulta que o “K”, para anular o efeito da probabilidade de 50% da condenação e do parcelamento da indenização em 36 meses, deve ser o dobro do calculado, quando a porcentagem era de 100%, ou seja, a multa que anula tais efeitos é da ordem de 139% (239%-100%) do dano ao erário. Todavia, o limite da multa do art. 57 da LOTCU é 100%.

Portanto, na hipótese de a probabilidade de o TCU condenar a empresa contratada a indenizar o dano ao erário que acarreta for menor ou igual 50%, o parcelamento da dívida em 36 meses inviabiliza a possibilidade de o Tribunal induzir que ela tome medidas

eficientes de cuidado, de modo a evitar futuros danos ao erário ou responsabilizações, uma vez que, diante da limitação em 100% da multa do art. 57 da LOTCU, será sempre vantajoso para o particular “tomar o recurso emprestado” com a Administração (ou seja, acarretar o prejuízo ao erário) e não adotar, nos futuros casos, medidas mais exigentes de cuidado, para evitar novos prejuízos para o Poder Público, uma vez que, após “n” rodadas no tempo, na média, os prejuízos acarretados beneficiarão a contratada.

Dessa forma, o parcelamento da dívida não deve ser deferido de ofício pelo TCU e só deve ser concedido, em situações específicas, sob pena de inviabilizar a internalização de riscos dos agentes e a dissuasão de ilícitos e danos intencionais.

Nesse contexto, o segundo encaminhamento deste trabalho é que o TCU institua grupo de trabalho para estudar como o seu sistema de responsabilização pode diferenciar o tratamento entre empresas contratadas e agentes públicos, nos danos culposos da execução de contratos públicos, levando em conta, inclusive, os casos em que o parcelamento da dívida deve ser concedido, de ofício, ou autorizado, no interesse da Administração (e não no do particular), como quando a empresa contratada demonstra que o não parcelamento do dano ao erário acarretaria a sua insolvência ou falência pois tais eventos podem levar a demissões ou a perda de arrecadação.

Como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, propõe-se que o Tribunal, nos casos de danos ao erário culposos, em razão da execução de contratos públicos, aplique, aos **terceiros contratados** (que se beneficiarem do prejuízo acarretado), em razão de culpa simples, a multa do art. 57 da LOTCU, cujo valor inicial parta de: a) 10%, no caso de sua opção pelo pagamento à vista; e de b) 30%, no caso de sua opção pelo parcelamento em 36 vezes da dívida. Conforme será explicado a seguir, os percentuais poderiam alcançar 45% no caso “a” e 65% no caso “b”.

Conforme demonstrado, a multa mínima para anular o efeito do parcelamento do débito é 19,57%. Assim, um percentual de multa do art. 57 da LOTCU de 20% sobre o dano ao erário anula o efeito do parcelamento da dívida, após o TCU julgar e aplicar o débito. Todavia, o TCU não descobre o prejuízo quando ele ocorre. Estimando, conservadoramente, em 10%⁸³, o percentual adicional necessário para anular o efeito

⁸³ A partir de uma regra de três simples, é preciso demonstrar que a taxa adicional de 10% anula um prazo de 18 meses entre a ocorrência do dano ao erário e momento final, em que o TCU o descobre, julga e imputa a sua responsabilidade. Isso porque, se um percentual de 20% anula o efeito temporal de 36 meses (do parcelamento da dívida), um percentual de 10% (a metade)

financeiro do tempo, entre a ocorrência do dano ao erário e a sua imposição pelo TCU. Assim obtêm-se o percentual de 10% (0%+10%) para o pagamento à vista (caso “a”) e de 30% (20%+10%) para os casos de pagamento parcelado em 36 vezes (caso “b”).

Quanto a variação de até 35%, nos dois casos, fazendo chegar aos percentuais piso da multa do art. 57 da LOTCU de 45% (**10%+35%**), no caso “a” (quando não há parcelamento da dívida), e de 65% (**30% +35%**), no caso “b” (quando há parcelamento da dívida), ele decorre do fato de que o TCU nem sempre descobre o dano ou, quando descobre, nem sempre imputa a responsabilidade. Dessa forma, o limite inferior da multa decorre da hipótese de o Tribunal não descobrir o prejuízo em 100% dos casos.

Como ponto de partida (sujeita a futura calibração do sistema responsabilização, após a observação do comportamento dos agentes), estimou-se em 35% o percentual adicional da multa para anular o efeito das vezes, em que o contratado acarreta o dano ao erário (se enriquecendo) e o TCU não descobre ou não imputa a indenização.

Desse modo, a critério do Ministro-Relator, este poderia adicionar, à multa do art. 57 da LOTCU, o percentual de até 35%, nos casos de dano erário decorrente, de culpa simples (leve ou levíssima) de empresa contratada, de modo a induzir a compensação das situações em que ela se beneficiou dos prejuízos que acarretou.

Quanto ao agente público que acarreta dano ao erário em razão de **culpa simples** (leve ou levíssima), como em regra, nesses casos, ele não se beneficia do prejuízo acarretado, não faz sentido aplicar soma adicional à indenização na forma de multas. No mesmo sentido, o art. 28 da LINDB afasta a hipótese de penalização nesses casos.

Quanto aos casos de dano ao erário decorrente de **culpa grave**, Battesini (2011, p. 256) propõem o percentual adicional de multa sobre o dano de 25%. Nesse sentido, propõe-se que o sistema de responsabilização do TCU amplie, em 25%, a indenização do dano, em relação aos casos de culpa simples, por meio da aplicação de multa do art. 57 da LOTCU, tanto para os agentes públicos como para os terceiros contratados.

Assim, as multas aplicadas, com base no art. 57 da LOTCU, aos **terceiros contratados**, em razão de dano ao erário, decorrente de **culpa grave**, variariam de:

remuneraria a metade desse tempo, ou seja, 18 meses, o que seria uma estimativa conservadora, uma vez que se espera um prazo significativamente maior entre a ocorrência do dano, a apuração pelo TCU e o seu julgamento final.

a) **10 a 45%** (que é o intervalo do piso da multa quando há opção pelo pagamento à vista da dívida) e poderiam alcançar de 35% [**10+25**] a 70% [**45+25**]; e

b) **30 a 65%** (que é o intervalo do piso da multa quando há opção pelo parcelamento em 36 meses) e poderiam alcançar de 55% [**30+25**] a 90% [**65+25**].

Quanto às multas aplicadas, com base no art. 57 da LOTCU, aos **agentes públicos**, em razão de dano ao erário, decorrente de **erro grosseiro** ou **culpa grave**, estas seriam aplicadas no valor de 25% do débito. Como esses agentes não se enriquecem com o prejuízo acarretado, o parcelamento da dívida em 36 vezes poderia ser deferido, de ofício, ressalvadas as situações em que o Relator entenda pertinente indeferi-la, em vista, por exemplo, da reprovabilidade extrema da conduta, como nos casos de desfalque ou fraude nas concessões de empréstimos ou aposentadorias.

Passando para os casos em que a indenização deve ir além do dano ao erário acarretado, em vista da impossibilidade de mensurar a totalidade dos danos acarretados (item “c”), tal ampliação do dano, para além, inclusive, dos prejuízos materiais, tem como objetivo viabilizar a aplicação do princípio da simetria entre a indenização e o dano (prevista no *caput* do art. 944 do CC/02) e favorecer a prevenção de acidentes e a maximização do bem-estar social (SHAVELL, 2004, p. 236-237 e 242):

Os autores vão agir de forma ótima se a indenização for igual aos danos..., **a condição de que os pagamentos esperados sejam iguais aos danos esperados é exatamente o pressuposto no qual se baseiam os argumentos sobre o comportamento ótimo das partes sob as regras de responsabilidade civil... Se a indenização tende a ser inferior ao dano..., os incentivos à redução do risco serão inadequados e, se a indenização excede ao dano..., os incentivos à redução do risco serão muito elevados... À medida que tanto as perdas pecuniárias como as não pecuniárias reduzem o bem-estar social, é claro que as partes serão induzidas a agir apropriadamente sob as regras de responsabilidade civil apenas se a indenização for igual à soma das perdas pecuniárias e não pecuniárias.**

[grifos e destaques acrescidos]

Portanto, para incentivar os agentes a internalizem os riscos das suas atividades, de modo a adotar padrões mais elevados de cuidado (que são mais custosos), é preciso que o sistema de responsabilidade impute a indenização igual ao dano.

Nesse contexto, frente a impossibilidade de se impor, no caso concreto, a exata extensão do dano e, assim, induzir os agentes a adotarem padrões de cuidado mais eficientes para evitar futuras responsabilizações, as cortes têm aplicado indenizações por danos imateriais para aumentar a extensão da indenização exigida do ofensor.

Segundo (SCHREIBE, 2009, p. 44-45): “Grande parte das cortes brasileiras não só tem chancelado o duplo caráter do dano moral, como tem aplicado, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos. Indo no mesmo sentido, Andrade (2009, p. 236-237) defende a aplicação da indenização punitiva (*punitive damages*), com base em regras constitucionais, como os direitos de personalidade e da indenização do dano moral, previstos no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Para desenvolver mecanismos efetivos de responsabilização por danos (dolosos e culposos) é preciso desenvolver novas metodologias de quantificação dos danos, inclusive, do dano ao erário. Segundo a Giselda Maria (HIRONAKA, 2005, p. 2):

poucos institutos jurídicos evoluem mais que a responsabilidade civil. A sua importância em face do direito é agigantada e impressionante em decorrência dessa evolução, dessa mutabilidade constante, dessa movimentação eterna no sentido de ser alcançado seu desiderato maior, que é exatamente o pronto-atendimento às vítimas de danos pela atribuição, a alguém, do dever de indenizá-los. Refere-se, neste início de um tempo novo, à necessidade de se definir, de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilização civil que tenha por objetivo precípua, fundamental e essencial a convicção de que é urgente que deixemos hoje, mais do que ontem, um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas. Mais que isso. O momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que a cada dia ganha mais destaque – no sentido de ser garantido o direito de alguém de não mais ser vítima de danos. Este caráter de prevenção da ocorrência de danos busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação de danos já existente. Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo.

[grifos e destaques acrescidos]

No contexto de construção de um novo sistema de responsabilidade civil que, sendo justo, garanta o efetivo ressarcimento das vítimas (inclusive da Administração) pelos danos sofridos, Tartuce (2019, p. 454) aponta que o dano “assume o papel principal no estudo da responsabilidade civil”. Segundo o autor (Tartuce, 2019, p. 455):

uma coisa é sempre certa quando se trata de responsabilidade civil: a noção do que seja dano – efeito ou consequência danosa – é extremamente fluida e dinâmica, em constante evolução, “sofisticando-se ao longo da história, na exata proporção em que se amplia também a tutela dos direitos da pessoa

grifos e destaques acrescidos]

Dessa forma, desde a CF/88, é incontroverso que os ilícitos civis ensejam, não apenas a indenização do dano material (inclusive dos lucros cessantes), mas também compensação por danos morais, danos morais coletivos e danos sociais ou difusos (TARTUCE, 2019). Dessa forma, seguindo o caminho trilhado por outros países, a responsabilidade civil no Brasil evoluiu de 1988 para cá e continua evoluindo no sentido

de expandir o conceito de dano, de modo a tornar a reparação dos danos mais justa e, com isso, também evitar que ilícitos culposos (e também dolosos) aconteçam.

Em que pese a evolução do alcance e do conceito de dano no direito privado brasileiro de 1988 para cá, o mesmo não foi observado no direito público, em relação ao dano ao erário, muito embora, a atuação estatal, materializada pela Administração Pública, tenha ficado cada vez mais abrangente e complexa com o passar dos anos, por exemplo, frente à delegação de serviços públicos e a sua regulação pelo Estado.

Nesse contexto, a LOTCU menciona “dano ao Erário” sete vezes, todavia, em nenhuma passagem, define o seu conceito (BRASIL, 1992a). A Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992b) menciona o termo três vezes, todavia, sem trazer qualquer definição. Em que pese o CC/02 ter trazido avanços na responsabilidade civil (BATTESINI, 2011, p. 261), impulsionado pelas disposições da Constituição Federal de 1988 que, seguindo outros países no mundo (COOTER e ULEN, 2016, p. 191-192), passou a admitir a recomposição por danos imateriais como o dano moral, este diploma não mencionou em nenhuma oportunidade o termo “dano ao erário” (BRASIL, 2002). Da mesma forma, a Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) e a Lei da Ação Popular (BRASIL, 1965) citam o termo “dano”, mas não mencionam o “dano ao erário”.

Considerando a importância do “dano” para o estudo da responsabilidade civil, tanto pela doutrina civilista (HIRONAKA, 2005 e TARTUCE, 2019), como a partir de argumentos econômicos de prevenção de acidentes e de maximização do bem-estar social (SHAVELL, 2004), o termo “dano erário” precisa ser bem delimitado para permitir que o sistema de responsabilização, não só dissuada os agentes intencionais, como também induza os autores de danos não intencionais (culposos) a internalizem os custos de suas condutas, de modo a serem incentivados a adotarem padrões mais elevados de cuidado e, assim, evitem futuras responsabilizações por prejuízos à Administração.

Diante de uma aparente falta de definição do conceito de “dano ao erário”, é factível que tal vácuo normativo possa ser colmatado pela jurisprudência do TCU e também por eventuais atos normativos infralegais que tratem da matéria.

Nesse contexto, a primeira dúvida com relação ao dano erário é se o conceito abarca ou não os danos imateriais, conforme o art. 5º, inciso X, da CF/88 (BRASIL, 1988), ou seja, se prejuízos imateriais constituem ou não parte do dano ao erário.

Nesse sentido, como tratar os danos imateriais que são arcados pela sociedade quando uma escola, um hospital ou uma obra de infraestrutura são contratados, mas não entregues? Nestes casos, os danos morais coletivos, os danos sociais e os danos difusos, sem dúvida, existem e necessitam ser reparados para gerar justiça e evitar que essas situações se repitam. Esses prejuízos imateriais constituem parte do dano ao erário? Se não constituem, como o TCU poderia trabalhar em parceria com outros órgãos, como o Ministério Público, para viabilizar a reparação desses tipos de danos?

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é pacífico, por exemplo, não só que o dano moral enseja o dever de indenizar, como também que a pessoa jurídica pode sofrer esse tipo de dano, por lesão à sua honra objetiva, ao seu nome e à sua imagem diante do meio social (TARTUCE, 2019, p. 623). No curso da atuação do controle externo, podem ocorrer ilícitos administrativos, que, não só acarretam danos materiais ao erário, como também “mancham” a imagem objetiva da Administração Pública ou da pessoa jurídica de direito público ou privado (União ou entidades públicas federais).

Similarmente, os tribunais judiciais reconhecem os danos morais coletivos, que atingem os direitos de personalidade de vítimas determinadas ou determináveis e os danos sociais ou difusos, quando os lesados são pessoas indeterminadas ou a própria sociedade (TARTUCE, 2019, p. 678 e 687). Conforme exposto, tais lesões ocorrem quando utilidades públicas (como um hospital, uma escola ou a duplicação de uma rodovia) são contratadas pela Administração, mas não são entregues, em razão de condutas culposas ou dolosas de agentes públicos ou de terceiros contratados, de modo a frustrar o planejamento estatal e a justas expectativas da sociedade civil.

O segundo ponto é como o conceito de dano ao erário pode ser definido para, não só tratar novas especificidades da atividade administrativa, como também para induzir bons comportamentos dos agentes. Nesse contexto, quando um investimento público contratado não é entregue, faz sentido considerar o custo do capital aplicado, sem gerar algo útil para a sociedade, como parte do dano ao erário? Quando uma obra de infraestrutura não é entregue (como a construção de uma rodovia), como tratar a perda de vidas (em razão de acidentes que não teriam ocorrido se a obra tivesse sido concluída); o maior gasto de tempo das pessoas nos seus deslocamentos; e os efeitos sobre as trocas comerciais? Como tratar o dano que a Administração arca quando uma obra é entregue fora dos padrões de qualidade (menor vida útil) e exige maior manutenção para preservar o patrimônio público? Nas delegações de serviços públicos,

como tratar as tarifas? Eventual prejuízo tarifário constitui dano ao erário? Se não constitui, como tratar esse prejuízo? Ele enseja Tomada de Contas Especial? Quais as suas repercussões jurídicas sobre os agentes públicos e privados responsabilizados?

Desse modo, o conceito de dano, além de estar em constante evolução, assume o protagonismo no estudo da responsabilidade civil, tanto pela ótica da doutrina civilista (HIRONAKA, 2005; Tartuce, 2019) como pela abordagem econômica (SHAVELL, 2004), em vista do princípio da simetria entre dano e indenização que, quando devidamente aplicado no caso concreto, induz os agentes a adotarem padrões eficientes de cuidado.

Tal princípio está em consonância com o art. 27 da LINDB (BRASIL, 1942):

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor **compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos** resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

[grifos e destaques acrescidos]

Nesse contexto, diante da importância do conceito de “dano ao erário” para que o TCU imponha indenizações compatíveis com a extensão dos prejuízos que apura, de modo a dissuadir condutas dolosas e induzir padrões de eficientes de cuidado, e da, ao menos aparente, falta de definição legislativa e metodológica do conceito, o terceiro encaminhamento deste trabalho é que o TCU institua grupo de trabalho para estudar e definir o alcance do conceito de dano ao erário, bem como medidas que possibilitem que este Tribunal atue em parceria com outros órgãos, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacias Públicas, para aprimorar a cobrança dos diferentes prejuízos (materiais e imateriais) que a Administração e a sociedade civil podem sofrer.

Como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, para tornar mais objetiva e previsível a aplicação do §2º do art. 22 da LINDB, que dispõe que na “aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública [grifos e destaques acrescidos]”, propõe-se que este Tribunal, nos casos de dano ao erário, decorrentes da execução de políticas com fragrantes relevância social, econômica e estratégica para a Administração e a sociedade e que, em razão disso, se possa inferir a ocorrência de outros prejuízos materiais (inquantificáveis) e imateriais, não abrangidos pelo dano ao erário imposto, que, a critério do Relator, a multa do art. 57 da LOTCU possa ser ampliada em até 30%.

Passando para os casos em que é justificável o sistema de responsabilização prever indenização inferior ao dano ($I < D$), conforme exposto, a redução do dano

(inclusive, ao erário), nos casos de culpa levíssima, quando o prejuízo ocorre mesmo quando o responsável adota um padrão de cuidado além do ser humano médio, está prevista no parágrafo único do art. 944 do CC/02 (BRASIL, 2002), e guarda previsão na análise econômica da responsabilidade (COOTER e ULEN, 2016 e BATTESINI, 2011), na doutrina civilista nacional (CALIXTO, 2018; 119; e CAVALIERI FILHO, 2004; DINIZ, 2018; e TARTUCE, 2019) e em ordenamentos estrangeiros (WIDMER, 2005).

Além disso, conforme apontado na seção 5.3.1, por vezes, o dano ao erário ocorrerá independente do padrão de cuidado adotado pelo agente público, uma vez que ele pode decorrer de causas imputáveis, exclusivamente ao particular, em razão de culpa ou dolo, como não entregar o objeto contratual ou não cumprir as disposições contratuais, de modo a acarretar prejuízos à Administração (vide p. 106-107).

Em decorrência disso, nas situações em que o responsável age, além do padrão de cuidado do homem médio (atuando com culpa levíssima), além de justo reduzir a sua responsabilidade pelo dano, não aplicar o parágrafo único do art. 944 do CC/02 pode induzir os gestores públicos diligentes a deixarem de adotar medidas inovadoras (ou mesmo corriqueiras), em razão do medo de responsabilização pelos órgãos de controle, o que tem sido definido como infantilização da gestão pública (DANTAS, 2018).

Nesse sentido, o art. 22 da LINDB (BRASIL, 1942) dispõe que, ao decidir, os órgãos de controle levarão em conta “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor” (*caput*); “as circunstâncias práticas” (§1º); a “natureza e a gravidade da infração” (§2º); “os danos que provierem para a administração pública” (§2º); as “circunstâncias agravantes ou atenuantes (§2º); e os antecedentes do agente público (§2º e §3º).

Nesse contexto, a definição, objetiva, dos elementos previstos no *caput*, §§§ 1º, 2º, 3º, do art. 22 da LINDB, do conceito de erro grosseiro previsto no art. 28 desse diploma, os relacionando com os diferentes conceitos de culpa (grave, leve e levíssima) promoverá justiça, previsibilidade e segurança jurídica aos agentes públicos, de modo a enfrentar os apontamentos de FGV (2021), relativos à: a) falta de uniformidade na dosimetria das multas (p. 52-54); b) falta de análise dos elementos do art. 22 da LINDB pelas decisões do TCU (p. 49-50); e c) falta de clareza na aplicação desse dispositivo.

Além disso, aplicar tais conceitos juntamente com o CC/02, especialmente, com o seu art. 944 (*caput* e parágrafo único), induzirá bons incentivos para os gestores públicos. Tais bons incentivos decorrem de: a) não desestimular o agente público que

age com diligência acima da média, exigindo dele um dever de cuidado ineficiente ou não razoável, de modo a atenuar a sua responsabilidade por um dano ao erário que, por vezes, ocorreria, independentemente, da medida de precaução ou cuidado adotada; e b) estimular os gestores públicos médios e os abaixo da média a adotarem um padrão de comportamento do agente público acima da média, de modo a buscarem tomar medidas de precaução para atenuar ou afastar eventuais responsabilizações.

Nesse contexto, o quarto encaminhamento deste trabalho é que o TCU institua grupo de trabalho para estudar e definir objetivamente os elementos previstos no *caput* e nos §§1º, 2º e 3º do art. 22 da LINDB, de modo a os aplicar, juntamente com os conceitos de culpa (grave, leve e levíssima), na dosimetria das penalidades, bem como possibilitar a aplicação do *caput* do parágrafo único do art. 944 do CC/02, de forma a favorecer a segurança e a previsibilidade jurídica, a uniformidade e a justiça das decisões e oferecer incentivos para comportamentos virtuosos dos agentes públicos.

Como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, propõe-se considerar as condutas classificadas, por este trabalho, como dolo presumido (caso com maior representatividade tanto de agentes públicos como de terceiros externos à Administração) como infrações graves (conforme dispõe o §2º do art. 22 da LINDB) e por isso, quando elas forem cometidas, por agentes públicos, salvos as circunstâncias específicas do caso concreto (prevista no §1º do art. 22), ensejar a presunção do erro grosseiro (previsto no art. 28 da LINDB) ou da culpa grave, de modo a implicar na majoração da multa do art. 57 da LOTCU, em 25%, conforme sugere Battesini (2011).

Nesse contexto, casos patentemente graves e reprováveis, em que o TCU não dispõe de evidências para apontar o dolo, como desfalques, fraudes na concessão de benefícios previdenciários ou de empréstimos e significativo dano ao erário em termos relativos, seriam, nos casos do cometimento por agentes públicos, considerados infrações graves, em razão de erro grosseiro ou de grave violação a dever de cuidado (culpa grave). Quanto ao dano ao erário significativo em termos relativos, conforme a seção 5.1.3, este trabalho considerou os danos maiores ou iguais a 80% dos recursos públicos geridos, como caso de dolo presumido. Nesse sentido, buscou-se um parâmetro conservador para aferir o dolo presumido, todavia, é possível, não só reduzir este percentual, como ajustá-lo para abranger um número maior ou menor de casos.

Ainda como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, no que se refere às circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas no §2º do art. 22 da LINDB,

propõe-se que cada circunstância agravante acarrete o incremento de 7,5% na multa do art. 57 da LOTCU, e cada circunstância atenuante acarrete a sua redução em 7,5%. Eventual normatização do TCU poderia exemplificar, de maneira não exaustiva, as circunstâncias atenuantes como “atuar respaldado por parecer técnico ou jurídico”; “cumprir ordem de superior hierárquico”; “acumular atribuições”; “exigibilidade de prazos”, dentre outras, e as circunstâncias agravantes como “violação a código de ética ou a normativo da organização”; “não tomar medidas posteriores para atenuar ou remediar a infração”; “agir de má-fé”, “violar a praxe administrativa”, dentre outros.

Além disso, o sistema de responsabilização definiria os “conceitos” de “natureza da infração”; de “gravidade da infração” e de “danos que dela provierem para a Administração” (previstos no §2º do art. 22); as “circunstâncias práticas” (prevista no §1º do art. 22), os “antecedentes do agente” (previsto nos §§ 2º e 3º do art. 22) e os relacionaria, no caso concreto, com as circunstâncias agravantes ou atenuantes, de modo que cada um desses elementos influenciasse na dosimetria da penalidade.

Por exemplo, quanto aos antecedentes do responsável (previsto nos §§2º e 3º do art. 22), a “ausência de histórico de ilícitos” seria classificada como circunstância atenuante, possibilitando a redução da multa do art. 57 da LOTCU em 7,5%. Cada reincidência seria considerada uma circunstância agravante, de modo a aumentar em 7,5% a multa. Na primeira reincidência, a circunstância agravante anularia o efeito da circunstância atenuante “ausência de histórico de ilícitos”, de modo que não ocorreria nem redução e nem majoração da penalidade ($-7,5\%+7,5\% = 0\%$). A cada reincidência subsequente, o percentual da multa seria majorado em 7,5%, de forma que na quarta reincidência, por exemplo, seria adicionado 30% na dosimetria da multa ($3 \times 7,5\%$).

Quanto à aplicação do parágrafo único do art. 944 do CC/02 para reduzir ou até afastar o dano ao erário, nos casos de culpa levíssima do agente público, o sistema de responsabilização estabeleceria a sua indenização inicial, em 100% do prejuízo ao erário, assim como faz nos casos de culpa leve. Todavia, ele preveria que, para cada causa de redução da indenização, esta reduziria, em 20%, para este agente.

Nesse contexto, as causas de redução da indenização (em 20%) estariam relacionadas a deveres de cuidado objetivos que o agente público, no caso concreto, adotou, além do esperado de um gestor público médio, de modo a resguardar o erário.

Por exemplo, se a norma autoriza um rito mais flexível ou uma modalidade licitatória mais simples e o gestor opta por um rito mais rígido, para salvaguardar o erário, tal caso constituiria hipótese de redução da sua parte no débito (em 20%). Se a norma exige projeto básico para contratar obra de engenharia em determinada modalidade licitatória e o gestor utiliza projeto executivo, também teria direito a redução da sua parte na indenização. Se a norma exige a divulgação do certame em três meios de grande circulação e o agente público o faz em um número maior, este incidiria em causa de redução da indenização. Se a norma menciona que o gestor público deveria fazer pesquisa de preços com 5 empresas e ele o faz com um número maior, também teria direito a reduzir parte da sua indenização. Portanto, caso o agente público tenha cinco ou mais causas de redução de indenização, ou seja, tenha ido, além do padrão de cuidado esperado do gestor público médio, em pelo menos cinco condutas distintas, teria direito a reduzir em 100% a sua parcela da indenização. A redução do débito do gestor público não impediria o TCU de imputar o restante da dívida aos demais responsáveis.

Quanto ao último aspecto, o parágrafo único do art. 944 do CC/02 menciona, tão somente, a redução do dano, todavia, não menciona um limite, o que, em tese, a depender do nível de cuidado adotado no caso concreto, poderia ensejar a redução quase que integral do dano (99%). Além disso, o CC/02 prevê hipóteses, em que a indenização não será exigida do responsável, em vista de causas excludentes do nexo de causalidade (entre conduta e dano), tal como o seu art. 393 (que trata do caso fortuito ou da força maior). Trata-se de hipóteses em que o dano ocorre, independente do dever de cuidado adotado pelo responsável. Dessa forma, nessas situações, tendo o agente público tomado deveres de cuidado, além do esperado do gestor público médio, em cinco ou mais causas de redução de indenização, poderia afastar a sua responsabilidade, pela integralidade do dano ao erário, com base no disposto no art. 393 do CC/02.

Passando para os danos ao erário dolosos, como sugestão ao sistema de responsabilização do Tribunal, propõe-se que os Ministros-Relatores tenham discricionariedade para ampliar a multa do art. 57 da LOTCU, em relação aos casos de culpa grave, em **até 25%**, tanto para gestor público como para terceiros contratados.

Nesse contexto, a seguir serão apresentadas algumas tabelas para resumir as principais premissas adotadas pelo sistema de responsabilização apresentado.

A tabela seguinte traz o cálculo do piso da multa do art. 57 da LOTCU, para agentes públicos e contratados, de modo a levar em conta os seguintes efeitos: a) o temporal

entre a ocorrência do dano ao erário e a sua imputação (parcela 1); b) o temporal decorrente do parcelamento da dívida (parcela 2); e c) o da probabilidade de outros danos ao erário acarretados, pelo responsável, ocorrerem e o TCU não o imputar:

Tabela 17: % do piso das multas em razão do efeito temporal e da probabilidade

	Parcela 1	Parcela 2	Parcela 3	Total (%)
Agente Público				
culpa levíssima do agente público	0%	0%		0%
culpa leve do agente público	0%	0%		0%
culpa grave do agente público	0%	0%		0%
dolo do agente público	10%	20% (só se houver parcelamento do débito)	até 35% (a critério do Relator)	de 10% até 65%
Terceiro Contratado				
culpa levíssima do terceiro contratado	10%	20% (só se houver parcelamento do débito)	até 35% (a critério do Relator)	de 10% até 65%
culpa leve do terceiro contratado	10%	20% (só se houver parcelamento do débito)	até 35% (a critério do Relator)	de 10% até 65%
culpa grave do terceiro contratado	10%	20% (só se houver parcelamento do débito)	até 35% (a critério do Relator)	de 10% até 65%
dolo do terceiro contratado	10%	20% (só se houver parcelamento do débito)	até 35% (a critério do Relator)	de 10% até 65%

Conforme exposto anteriormente, nos casos culposos de gestor público, como esses agentes não se enriquecem com o dano ao erário acarretado, não cabe acrescentar os percentuais das parcelas 1, 2 e 3 (para anular o efeito temporal e as situações em que o débito não é imposto pelo TCU e o agente se enriquece com ele).

Todavia, nos casos de dolo, é razoável inferir que os agentes públicos se enriquecem ou incorporam vantagens indevidas ao seu patrimônio com o dano ao erário acarretado. Nesse caso específico, aplica-se aos gestores públicos as mesmas parcelas (1,2 e 3) aplicáveis aos terceiros contratados, fazendo com que o piso da multa possa variar, a critério do Ministro-Relator, de 10% a 45% (quando não há parcelamento da dívida) e de 30% a 65% do dano ao erário (quando ocorrer o parcelamento).

A tabela a seguir traz o cálculo da variação da multa (em relação ao piso), em função da culpabilidade, tanto do gestor público como do terceiro contratado:

Tabela 18: Variação do % da multa em função da culpabilidade

	Parcela 1	Parcela 2	Total da variação do % da multa em razão da culpabilidade
Agente Público			
culpa levíssima do agente público	0%	0%	0%
culpa leve do agente público	0%	0%	0%
culpa grave do agente público	25%	0%	25%
dolo do agente público	25%	até 25% (a critério do Relator)	até 50% (a critério do Relator)
Terceiro Contratado			
culpa levíssima do terceiro contratado	0%	0%	0%
culpa leve do terceiro contratado	0%	0%	0%
culpa grave do terceiro contratado	25%	0%	25%
dolo do terceiro contratado	25%	até 25% (a critério do Relator)	De até 50% (a critério do Relator)

Conforme exposto anteriormente, a culpa grave implica no percentual adicional da multa do art. 57 da LOTCU de 25% e o dolo implica no percentual adicional de até 25% (a critério do Ministro-Relator), tanto para o gestor como para o contratado.

A tabela seguinte traz o impacto das circunstâncias agravantes e atenuantes (previstas no §2º do art. 22 da LINDB) na dosimetria das multas do art. 57 da LOTCU:

Tabela 19: Circunstâncias agravantes e atenuantes

Circunstâncias atenuantes	Redução de (%)
circunstância atenuante 1	- 7,5%
circunstância atenuante 2	- 7,5%
circunstância atenuante 3	- 7,5%

circunstância atenuante 4	- 7,5%
circunstância atenuante 5	- 7,5%
Circunstâncias agravantes	Aumento de (%)
circunstância agravante 1	+7,5%
circunstância agravante 2	+7,5%
circunstância agravante 3	+7,5%
circunstância agravante 4	+7,5%
circunstância agravante 5	+7,5%

Para obter a multa final em todos os casos de terceiros contratados e nos casos de culpas leve e grave e de dolo de agente público, basta somar os percentuais da última coluna da Tabela 17 com a última coluna da Tabela 18 e somar ou subtrair (7,5%), de acordo com a quantidade de circunstâncias agravantes ou atenuantes, respectivamente.

A tabela a seguir apresenta o efeito da redução da indenização, nos casos de culpa levíssima de agente público. Conforme exposto anteriormente, para cada causa de redução da indenização, consubstanciada na adoção, no caso concreto, de um dever de cuidado objetivo, **além do esperado de um gestor público médio**, o agente terá direito a reduzir em 20% a sua responsabilidade pelo dano ao erário imputado:

Tabela 20: culpa levíssima do gestor públicos – causas de redução da indenização

causa 1	-20%
causa 2	-20%
causa 3	-20%
causa 4	-20%
causa 5	-20%

Para obter o valor total da redução da indenização, nos casos de culpa levíssima de agente público, basta multiplicar a quantidade de causas de redução por 20%. A indenização será dada pela diferença entre 100% pelo percentual obtido pelo produto.

As tabelas seguintes trazem os intervalos das multas do art. 57 da LOTCU, aplicáveis a agente público e a terceiro contratado, em função da culpabilidade, antes da aplicação das causas agravantes e atenuantes sobre a dosimetria da penalidade.

Tabela 21: Intervalos das multas antes das causas agravantes e atenuantes – agentes públicos

	% da indenização sobre o dano ao erário	% da multa sobre o dano
culpa levíssima	de a 0 a 100%	0
culpa leve	igual a 100%	0
culpa grave	igual a 125%	igual a 25%
dolo	de 135% a 215%	de 35% a 115%

Tabela 22: Intervalos das multas antes das causas agravantes e atenuantes – contratados

	% da indenização sobre o dano ao erário	% da multa sobre o dano
culpa levíssima	de 110% a 165%	de 10% a 65%
culpa leve	de 110% a 165%	de 10% a 65%
culpa grave	de 135% a 190%	de 35% a 90%
dolo	de 135% a 215%	de 35% a 115%

Conforme as tabelas acima, a multa nos casos de dolo poderia alcançar até 115% do débito, antes mesmo de aplicar as causas agravantes, ao passo que o art. 57 da LOTCU limita esse valor em 100%. Todavia, esta extrapolação decorre dos efeitos de eventual parcelamento da dívida (que implica no aumento de 20% da multa). Para evitar isso, basta que, nos casos dolosos, o TCU não defira o parcelamento da indenização, ressalvados, os casos de ordem pública e no interesse da Administração Pública.

Ainda quanto aos danos ao erário dolosos, ante a limitação em 100% da multa do art. 57 da LOTCU, visando a dissuasão dos infratores intencionais, o sistema de responsabilização preveria, sempre que ocorrer dano ao erário doloso, a aplicação da referida penalidade, também aos sócios ou representantes das pessoas jurídicas.

Além disso, no caso da adoção pelo TCU de um sistema de responsabilização análogo ou parecido com o apresentado, é preciso que este seja **devidamente calibrado ao longo do tempo**. Para tanto, a base de acórdãos do Tribunal fornece dados que podem ser utilizados para aferir, por exemplo, a reincidência dos responsáveis. Dessa forma, caberia as Cortes de Contas “medirem” os efeitos do sistema de responsabilização adotado, implementar as modificações necessárias para a sua efetividade e repetir este processo indefinidamente com o passar do tempo.

Por último, ainda que o Tribunal não adote o sistema de responsabilização proposto, é preciso que os seus acórdãos consignem, se não expressamente o percentual da multa do art. 57 da LOTCU que é aplicado, ao menos traga os débitos, em valor presente (em complementação ao valor histórico), de modo a possibilitar que os agentes (público e privado) possam calcular o percentual da multa que foi aplicado.

Isso porque o sistema de precedentes deve trazer previsibilidade e meios para que os agentes de mercado (públicos e privados) precifiquem os custos impostos pelas decisões do Tribunal, de modo a poderem fazer suas escolhas racionalmente. Dessa forma, se o sistema de responsabilização estiver devidamente calibrado, dissuadirá os

infratores intencionais (dolosos) e induzirá os não intencionais (culposos) a adotarem medidas de diligência ou de cuidado eficientes para evitarem futuras responsabilizações.

6. Conclusão

Este trabalho buscou responder aos seguintes questionamentos:

1) Em seus processos de responsabilização, o Tribunal de Contas da União diferencia os ilícitos administrativos, oriundos de condutas dolosas e culposas?;

2) Nas infrações culposas oriundas da execução de contratos públicos, o Tribunal de Contas da União diferencia as condições de gestor público e de terceiro contratado, na gradação das multas aplicadas com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992?; e

3) As alterações implementadas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram sobre as decisões e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União relativas à responsabilização?

Antes de trazer os procedimentos realizados para responder o questionamento 1, o trabalho apresentou a importância de qualquer sistema de responsabilização diferenciar dolo e culpa. Nesse sentido, apresentou-se a explicação dessa diferenciação a partir de dois ramos juseconômicos diferentes: a) Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* (seção 5.1.1); e a Análise Econômica do Direito Comportamental (AED Comportamental) ou *Behavioural Law and Economics* (seção 5.1.2).

Pela análise econômica do direito, mostrou-se que o dolo e a culpa são tratados por modelos econômicos distintos: o primeiro pela Teoria do Crime de Gary (BECKER, 1968) e o segundo pela Teoria dos Custos dos Acidentes (CALABRESI, 1970).

Iniciando pelas infrações dolosas, mostrou-se que, para Becker (1968), as decisões quanto ao envolvimento em ilícitos intencionais (que é o caso da boa parte dos crimes), é tomada, de maneira racional, pelos indivíduos, que ponderam custos e benefícios do ilícito, optando pela sua realização, se o benefício líquido esperado dele for positivo (ou seja, quando os benefícios esperados são maiores que os custos esperados). Além disso, Becker (1968) destaca a importância da dissuasão e da punição como mecanismos para reduzir ilícitos dolosos. Segundo essa perspectiva, se as penalidades forem mais severas e as chances de serem capturados e punidos forem maiores, os indivíduos serão menos propensos a se envolver em ilícitos intencionais. Este e outros

importantes trabalhos deste precursor do paradigma de análise integrativa direito-economia (BATTSENI, 2011 p. 52), o levaram a ser homenageado, pelo conjunto de suas obras, pelo Prêmio Nobel de Economia em 1992 (THE NOBEL PRIZE, 1992).

Passando para as infrações culposas, mostrou-se que, em 1947, um juiz americano, ganhou notoriedade ao desenvolver a famosa regra de *Hand*, no caso que ficou conhecido como *United States v. Carroll Towing Company*. O caso estabeleceu o "Teste de Carroll" para determinar a negligência em casos de acidentes marítimos. Em síntese, o teste avalia se a precaução adotada por uma parte é proporcional ao risco envolvido e se a precaução é economicamente viável. Mostrou-se ainda como este pontapé se relaciona, com o aspecto instrumental da análise econômica da responsabilidade, para induzir medidas eficientes de cuidado dos agentes, de modo a minimizar os custos sociais ou totais de um dano **não intencional**, conforme as ideias de Guido Calabresi em trabalhos como "*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*" e "*The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis*" (CALABRESI, 1961 e 1970). Ao tratar desses importantes trabalhos, Battesini (2011, p. 49) explica que:

Assim como Ronald Coase, Guido Calabresi conecta fundamentos jurídicos e econômicos para analisar a temática das externalidades negativas/responsabilidade civil, escrevendo outra "pedra fundamental" do movimento de direito e economia, o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. No texto seminal, publicado em 1961, o jurista ítalo-americano volta-se à análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, sustentando, de forma similar ao que Victor Mataja havia feito ao final do século XIX, que o preço dos bens deve refletir os custos totais de produção, que o empreendimento deve suportar as perdas com acidentes decorrentes da atividade de risco por ele realizada.

A preocupação com a construção de um sistema de responsabilidade civil que "tenha maior probabilidade de permanecer estabelecido", que contemple o conjunto de valores socialmente relevantes, constitui a tônica do livro *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. Na obra publicada em 1970, Guido Calabresi considera que qualquer sistema de responsabilidade civil possui dois objetivos principais: "primeiro, ele deve ser justo ou equitativo; segundo, ele deve reduzir os custos de acidentes". Em relação ao objetivo da justiça ou equidade, destaca tratar-se de "um teste final pelo qual qualquer sistema de responsabilidade civil deve passar", como "um veto ou limitação do que pode ser feito para alcançar a redução de custos".

[grifos e destaques acrescidos]

Segundo Battesini (2011, p. 50), Calabresi classificou os custos em: a) custos primários que se relacionam com os danos diretos causados; b) custos secundários que são associados à dispersão do risco; e c) custos terciários que se relacionam com liquidação dos danos, como os gastos para se efetivar a reparação do dano, como processos judiciais ou administrativos. Nesse contexto, para Battesini (2011, p. 51):

Acrescentando à análise a premissa básica de que a sociedade não almeja evitar a ocorrência de acidentes a qualquer custo, mas sim controlar os custos dos acidentes de

maneira consistente com o conjunto de objetivos sociais, Guido Calabresi estabelece a lógica de que a minimização da soma dos custos primários, secundários e terciários e dos custos de prevenção dos acidentes deve pautar o debate acerca da formatação de um sistema de responsabilidade civil. Delineado tal contexto, **aponta para a necessidade de ponderação dos custos e benefícios envolvidos no processo de tomada de decisão, situação que torna recomendável que o estudo das normas de responsabilidade civil seja realizado mediante a utilização de fundamentos econômicos, em adição aos fundamentos jurídicos.**

[grifos e destaques acrescentados]

Dessa forma, a teoria (positiva) da análise econômica da responsabilidade visa alocar, de maneira eficiente, o dever de precaução da vítima e do ofensor, de modo a reduzir os custos sociais dos danos. Nesse contexto, mostrou-se que o pressuposto do modelo econômico de responsabilidade de Calabresi também é aplicável aos danos (culposos) sofridos pela Administração e que o custo social dos danos ao erário também é dado pela soma do custo dos próprios danos (débitos), com os custos das medidas de cuidado para os evitar (burocracia) e com os custos administrativos (como a apuração pelos órgãos de controle e o processamento e julgamento de processos judiciais ou administrativos de controle externo). Desse modo, o aspecto instrumental do sistema de responsabilização de Calabresi (1970), também se aplica à responsabilização pelo dano ao erário pelo TCU, uma vez que o seu sistema de responsabilização também pode ser usado para favorecer, não só a justiça e a equidade das suas responsabilizações, como também minimizar o custo social dos prejuízos sofridos pela Administração Pública, de modo a incentivar os agentes a adotarem medidas de precaução eficientes.

Por último, apresentou-se um argumento matemático para justificar a imposição de uma indenização adicional, na forma de multas, para os agentes que cometem danos (inclusive ao erário) **intencionais**, que conduz a situação oposta a regra geral das indenizações nos casos de culpa (sujeita a exceções), prevista no art. 186 CC/02 e pela análise econômica da responsabilidade (BATTESINI, 2011), que estabelece a simetria entre indenização e prejuízo. Nesse contexto, assumindo que, quando ocorre um dano ao erário doloso, o responsável obtém ou incorpora a seu patrimônio algum benefício ou vantagem, decorrente do prejuízo que acarretou à Administração; nos casos em que o dano ao erário é descoberto e apurado, um quantitativo, além do prejuízo, na forma de multa, deve ser aplicado, pelo sistema de responsabilização, para **compensar** as vezes em que o agente acarretou danos ao erário, e não foi condenado a indenizar (se beneficiando deles), de modo a tornar a sua conduta desvantajosa no tempo.

Desse modo, no caso de infrações intencionais (dolosas), a falta de punição (que deve ser entendida como a ausência de instrumentos para recuperar uma quantia do infrator além do dano acarretado) torna a violação normativa vantajosa economicamente para o responsável. Dessa forma, os infratores intencionais não são dissuadidos apenas com a exigência de recompensar o dano (inclusive ao erário) gerado. Para detê-los, a lei deve impor punição suficiente para que o benefício líquido esperado com a violação normativa seja negativo, tornando-a desvantajosa, ou seja, a punição muitas vezes é a única alternativa quando o objetivo estatal é dissuadir (COOTER e ULEN, 2016, p. 462).

Passando para a Análise Econômica do Direito Comportamental, mostrou-se que a economia comportamental incorpora desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas na área da psicologia à economia a partir do método experimental. Mostrou-se que este ramo do saber evidencia a lacuna existente entre a nossa intenção e a nossa ação; estuda a tomada de decisão de seres humanos e organizações; identifica desvios sistemáticos no processo decisório; e incentiva um olhar mais pragmático e realista sobre as escolhas individuais. Além disso, ela indica que as decisões são relativas, que somos propensos à inércia e à opção padrão; que o contexto importa; que sofremos de aversão à perda; que usamos heurísticas e atalhos mentais; que temos conflitos entre o imediato e o futuro; e que somos influenciados por normas e provas sociais, dentre outras coisas.

Segundo Richard Thaler, autor precursor desta área do saber, o comportamento desviante (*misbehave*) explica os comportamentos inconsistentes do ser humano, frente ao preconizado pelo modelo idealizado de comportamento da teoria econômica tradicional, o que fez surgir toda a teoria da economia comportamental (THALER, 2019, p. 15). Dessa forma, este ramo econômico surgiu ao identificar diferenças entre a forma de agir do ser humano real e a do agente econômico idealizado pela economia tradicional. Nesse contexto, o autor denominou os seres humanos com características reais de homo *sapiens* e os agentes racionais, conforme imaginados pela economia clássica, de homo *economicus* ou simplesmente *econs* (THALER, 2019, p. 15-16).

O trabalho apontou a importância do inconsciente sobre o processo de escolhas do ser humano que é, inapropriadamente, tratado, pela economia tradicional, como um processo consciente, tendente a maximizar a utilidade ou satisfação do indivíduo para que ele alcance o maior bem-estar possível. A economia comportamental não veio para desconstruir essa premissa, mas para alertar o tomador de decisão que o ser humano também é governado por outros fatores que distorcem a ideia de escolhas perfeitas

tendentes a maximizar o seu bem-estar. Isso porque, muitas vezes, os problemas de otimização são difíceis demais para que as pessoas os resolvam, como também porque as crenças, a partir das quais as pessoas fazem suas escolhas, são enviesadas e há muitos fatores que o sistema de otimização humano não consegue absorver.

Dessa forma, os fatores supostamente irrelevantes para a economia tradicional são, de fato, muito relevantes e não podem ser negligenciados pelos tomadores de decisão e aplicadores do direito. As pessoas, não só cometem erros não voluntários, como os cometem tentando fazer o que deve ser feito. Tais erros decorrem do próprio processo evolutivo do ser humano que não poderia empregar boa parte do seu tempo, avaliando, minuciosamente, milhares de decisões simples que tomamos diariamente. Desse modo, o ser humano logrou sucesso na escala evolutiva porque aprendeu a dar a devida importância a poucas coisas, as relevantes, e a empregar o “modo inconsciente” para dar respostas rápidas (porém, sujeitas à vieses) às questões simples.

Todavia, também usamos o modo inconsciente (rápido e sem esforço) para resolver questões, em que o erro pode ocasionar impacto significativo. As heurísticas (enquadramentos do cérebro), que simplificam a realidade, levam a vieses, que são erros sistemáticos que se repetem previsivelmente e em circunstâncias particulares.

A partir desses apontamentos, torna-se necessário, não apenas diferenciar as condutas humanas voluntárias (conscientes) das involuntárias (não intencionais ou inconscientes), como também criar arranjos institucionais que estimulem os agentes de mercado (públicos e privados) a tomar as decisões mais racionais e desejadas.

Portanto, as seções 5.1.1 e 5.1.2 deste trabalho apontaram, por meio de dois referenciais juseconômicos (AED e AED Comportamental), a centralidade, da diferenciação entre dolo e culpa, em qualquer sistema de responsabilização.

Passando a tratar do questionamento “em seus processos de responsabilização, o Tribunal de Contas da União diferencia os ilícitos administrativos, oriundos de condutas dolosas e culposas”, realizou-se dois procedimentos no Sistema Pesquisa Integrada do TCU, que é uma ferramenta disponível no seu sítio eletrônico a qualquer pessoa.

Em primeiro, visando entender como a jurisprudência do TCU trata a sua responsabilização e diferencia as condutas dolosas e culposas, explorou-se a base de dados ‘Jurisprudência Seleccionada’, que é constituída por enunciados da Diretoria de Jurisprudências da Secretaria de Sessões deste Tribunal e que tem acórdãos

selecionados a partir de diferentes critérios de relevância. A partir dos argumentos de pesquisa textual empregada, analisou-se todos os enunciados sobre a matéria desta base. Nesse contexto, verificou-se que a totalidade dos enunciados extraídos, se não igualam as responsabilidades por condutas dolosa e culposa, ao menos as trata conjuntamente sem que possa extrair eventual diferenciação de tratamento entre elas.

Em segundo, visando extrair medidas objetivas do quanto o TCU diferencia infrações dolosas e culposas ao aplicar as suas sanções, por meio de pesquisa na base de acórdãos deste Tribunal, analisou todo o universo de decisões do Plenário, de 2019 a 2022, que tiveram como objeto a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, também conhecida como Lei Orgânica do TCU (LOTUCU).

Para cada acórdão que aplicou a multa do art. 57, calculou-se o percentual do dano ao erário que o Plenário aplicou como multa, a cada tipo de responsável (agente público ou terceiro externo à Administração), aferindo-se a média e o desvio padrão.

Nesse contexto, ao categorizar as condutas dos responsáveis como dolosas ou culposas, verificou-se uma quantidade significativa de decisões que, embora tendo sido apontadas irregularidades patentemente graves, o Tribunal não concluiu pelo dolo e nem se manifestou pela culpa. São situações de reprovabilidade extrema que, em que pese a falta de elementos probatórios que levassem a conclusão do dolo (por meio de provas que normalmente são obtidas após medidas autorizadas pelo Poder Judiciário), o TCU não pôde concluir pela intencionalidade da conduta dos responsáveis, mas também optou por não mencionar a culpa, provavelmente, no afã de não reduzir a severidade da irregularidade apurada a outras situações tradicionais de culpa simples.

Nesse sentido, os critérios estabelecidos por este trabalho para categorizar uma decisão do Tribunal, cujo voto não mencionou o dolo ou a culpa, como caso de dolo presumido foram: a) aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade de pessoa jurídica para participar de licitação da Administração Pública Federal (art. 46 da LOTUCU); b) aplicação da penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (art. 60 da LOTUCU); c) ocorrência de desfalque; d) ocorrência de fraude na concessão de benefícios previdenciários; e) ocorrência de fraude na concessão de empréstimos bancários; e f) casos em que o dano ao erário foi maior ou igual a 80% dos recursos públicos geridos.

Antes de adentrar nos resultados dos percentuais médios das multas do art. 57 da LOTCU e seus correspondentes desvio padrão médio, cabe destacar um aspecto que chamou a atenção na presente pesquisa que foi a preponderância dos casos mais graves (dolo e dolo presumido) em relação aos casos culposos, tanto para o grupo de agentes públicos como para o de terceiros externos à Administração. No caso do primeiro grupo, os casos mais graves (dolo ou dolo presumido) representaram mais de quatro quintos (80,20%) das multas do art. 57 da LOTCU que foram aplicadas pelo Plenário de 2019 a 2022. No caso do segundo grupo, este percentual foi ligeiramente menor (67,81%), mas ainda assim mais que o dobro da frequência dos casos culposos (32,19%).

Cabe destacar que a proporção dos casos mais reprováveis poderia ter sido ainda maior caso fosse considerado como dolo presumido o dano ao erário relativo, em proporção menor que 80% dos recursos públicos geridos. Conforme exposto no trabalho, optou-se por adotar um parâmetro conservador, de modo a só classificar como dolo presumido os casos mais graves e reprováveis. Todavia, foram observados inúmeros casos de danos ao erário, menores que 80%, mas ainda assim, consideravelmente elevados em termos relativos (maiores que 75%, 70% ou 65% por exemplo).

O segundo aspecto relevante encontrado foi a grande representatividade dos casos de dolo presumido, tanto no grupo dos gestores públicos como no grupo de terceiros externos à Administração. No caso do primeiro grupo, os casos de dolo presumido representaram mais da metade dos casos (50,50%). No caso do segundo grupo, o percentual foi um pouco menor (40,41%), mas ainda assim consideravelmente superior aos 27,40% de dolo e 32,19% de culpa. Destes dados, extrai-se que o rol de casos, patentemente graves e reprováveis, em que o TCU não concluiu pelo dolo e também não fez nenhuma referência à culpa, são, de fato, muito representativos e precisam ser levados em consideração pelo sistema de responsabilização deste Tribunal.

Passando para os achados, relativos aos percentuais médios das multas do art. 57 da LOTCU e a seus correspondentes desvio padrão médio, cabe antecipar que era esperado que as multas aplicadas para dissuadir condutas dolosas fosse significativamente superior às aplicadas para induzir os responsáveis a internalizar os riscos dos danos ao erário culposos. Entretanto, os resultados apontam a proximidade das médias destes dois casos. No caso dos gestores públicos, essa diferença foi de apenas 1,38% (18,65% - 17,27%). No caso dos terceiros externos à Administração, essa diferença foi de 8,34% (26,08% - 17,74%), maior em relação ao caso anterior, mas ainda

assim muito pequena, em razão da significativa diferença de reprovabilidade entre as condutas dolosas e culposas e aos objetivos da penalidade em cada um desses casos: dissuadir as infrações dolosas e internalizar custos e riscos das condutas culposas.

Além disso, era esperado que as multas aplicadas para dissuadir infratores intencionais beirassem os 100%, uma vez que, nesses casos, os infratores também levam em conta a probabilidade de detecção e de condenação ao dano ao erário. Isso porque, como o TCU e outros órgãos de controle não detectam o dano ao erário sempre que ele ocorre, quando o Poder Público não detecta a irregularidade, o agente que, sobretudo nos casos intencionais, faz escolhas racionais (buscando maximizar os próprios ganhos), incorpora ao seu patrimônio os benefícios do ilícito que cometeu.

Todavia as multas aplicadas para dissuadir os casos expressamente dolosos, além de muito próximas aos casos culposos, se mostraram muito distantes do limite superior que é 100%. Isso mesmo somando as multas da pessoa jurídica com a aplicada a um dos sócios ou administradores, que ocorre apenas nos casos mais graves.

Outro achado intrigante é que as multas nos casos categorizados como dolo presumido foram as que tiveram as maiores médias e desvios padrão. De fato, era esperado que os casos, patentemente graves e reprováveis, de dolo presumido tivessem a média das multas mais elevadas que a dos casos culposos. Todavia, não era esperado que seus valores fossem maiores que o dos casos dolosos. Isso porque, nos casos de dolo, ao contrário dos casos de dolo presumido, o Colegiado Julgador teve elementos de convicção para concluir, expressamente, pela intencionalidade da conduta.

No caso do grupo de gestores públicos, a média das multas do art. 57 da LOTCU aplicadas em casos de dolo presumido (30,99%) foi 66,16% maior que as aplicadas nos casos de dolo (18,65%). Para o grupo de terceiros externos à Administração, a média das multas por dolo presumido foi 26,22% e 26,08% para os casos de dolo.

Portanto, as situações patentemente graves e reprováveis, em que o voto não concluiu pela intencionalidade da conduta, mas também não mencionou a culpa dos responsáveis (dolo presumido), além de representarem os casos mais frequentes julgados, foram também as situações em que foram aplicadas as maiores multas.

Passando para as medidas de dispersão, o desvio padrão médio dos casos de dolo presumido é maior que nos casos de dolo, que é maior que nos casos de culpa, tanto para o grupo de gestores públicos como para o de terceiros externos à

Administração. No primeiro grupo, o desvio padrão dos casos de dolo presumido foi 0,256 contra 0,175 dos casos de dolo e 0,149 dos casos de culpa. No segundo grupo, a diferença entre os diferentes grupos aumentou e foi de 0,302 para os casos de dolo presumido, 0,210 para os casos de dolo e 0,155 para os casos de culpa.

Considerando que as multas por dolo presumido foram, em média, maiores que a dos casos de dolo e estas foram, em média, maiores que a dos casos de culpa, para os dois grupos (gestores públicos e terceiros externos à Administração), e que os desvios padrão médio seguiram esta mesma lógica nos dois grupos estudados, os dados apontam que existe uma possível correlação positiva entre a intensidade média das multas e a variabilidade dos valores em torno da média. Desse modo, as multas aplicadas por dolo presumido variaram mais em torno das médias do que as multas aplicadas nos casos de dolo, que variam mais que as aplicadas nos casos culposos.

Passando para a pergunta “nas infrações culposas oriundas da execução de contratos públicos, o Tribunal de Contas da União diferencia os gestores públicos de terceiros contratados na gradação das multas aplicadas”, a seção 5.2 do trabalho apresentou porque essa diferenciação é tão importante. Mostrou-se que, ao contrário dos casos tradicionais de responsabilidade civil, em que o responsável comete um dano culposo e não se beneficia dele, no caso de terceiro contratado pela Administração, este, em regra, se beneficia dos valores pagos indevidamente em razão do seu ajuste, fazendo com que se enriqueça com o dano ao erário, independe, de ter dado causa a ele.

Levando em consideração a possibilidade de o tribunal deferir o parcelamento da dívida em 36 meses, os valores recebidos indevidamente representam a espécie de um “empréstimo” da Administração à empresa contratada. Como ela recebe um pagamento indevido no marco temporal zero (quando recebe o pagamento pela execução contratual) esta terá, no caso de o dano ao erário ser descoberto e imputado pelo TCU, não só o tempo necessário para este Tribunal apurar e julgar o ilícito, como também mais 36 meses para devolver o recurso recebido irregularmente. Portanto, a empresa pode literalmente reinvestir o dano ao erário e, assim, aumentar os lucros do negócio.

Nesse contexto, pela mesma razão lógica, baseada em teoria da probabilidade, que justifica a imposição de uma soma adicional ao montante do dano, para dissuadir condutas intencionais (dolosas), se toda vez que ocorre um dano ao erário não intencional, o responsável obtêm ou incorpora a seu patrimônio algum benefício ou vantagem decorrente do prejuízo que acarreta, para induzir que ele adote no futuro

medidas de precaução mais exigentes para os evitar, o controlador deve impor, nos casos em que o dano ao erário é descoberto e apurado, um quantitativo, além do dano ao erário, na forma de multa, para compensar todas as vezes em que ele se beneficiou, em razão de o poder público, por uma limitação da sua capacidade do controle, não ter descoberto, apurado e imposto o prejuízo erário acarretado (que o enriqueceu).

Para responder ao questionamento, analisou-se todo o universo de decisões do Plenário, de 2019 a 2022, que tiveram como objeto a aplicação, em casos de culpa, da multa do art. 57 da LOTCU, de maneira concomitante a agente público e a terceiro contratado pela Administração. Calculou-se o percentual do dano ao erário aplicado como multa, às empresas e aos gestores públicos e, ao final, analisou-se os resultados.

Passando para os resultados, a proporção dos casos em que o Tribunal não diferenciou a condição de gestor público e de empresa contratada na dosimetria da multa do art. 57 da LOTCU, quando houve dano ao erário culposo decorrente da execução de um contrato público ou ajuste congênere, chegou a 81,48%. Tal falta de diferenciação entre as condições de gestor público e de terceiro contratado na aplicação da multa fica evidente nas situações, em que o dano ao erário imputado aos responsáveis é o mesmo. Em 85,71% das vezes, em que o débito imposto aos dois foi idêntico, o Plenário do TCU aplicou a mesma multa a ambos, o que sugere que é um procedimento padrão dos gabinetes dos Ministros replicar ou repetir a multa de um responsável a outro.

Por sua vez, a proporção dos casos em que o Tribunal aplicou a gestor público uma multa proporcionalmente mais pesada que a que aplicou a contratado foi 37,04%. Em que pese o valor não ser tão significativo como o anterior, é significativamente elevado, pois, nessas situações, ao contrário do esperado, que seria aplicar uma penalidade maior para o contratado, o Plenário penalizou, com mais incisividade, o agente público. Tal achado pode, ao menos em parte, ser explicado pela heurística da ancoragem, que conduz a vieses ou erros sistemáticos, e ocorre quando estimamos um valor numérico após nos ser apresentado um outro valor numérico (âncora). Nessas situações, provavelmente, o Julgador definiu, primeiro, as multas mais pesadas em termos nominais e, a partir delas, estabeleceu as menores, todavia, sem quantificar a proporção delas sobre o dano ao erário. Em decorrência disso, as multas maiores (âncora) puxaram para cima indevidamente o valor das penalidades menos graves.

Desse modo, o Plenário do TCU, não só não diferenciou as condições de agente público e de contratado, nos danos culposos decorrentes da execução de contrato

público, em grande parte dos seus acórdãos de 2019 a 2022 (81,48%), como aplicou, recorrentemente, a agentes públicos, multas, proporcionalmente, mais pesadas que as que imputou a empresas contratadas, no mesmo caso (37,04% das decisões).

Passando para a pergunta 'as alterações da Lei 13.655/2018 sobre a LINDB repercutiram sobre as decisões do TCU', realizou-se dois procedimentos de pesquisa.

No primeiro procedimento, foi avaliado, se o Plenário do TCU aplicou o art. 28 da LINDB, nas decisões que aplicou a multa do art. 57 da LOTCU, de 2019 e 2022, a agentes públicos. Tal dispositivo restringiu a responsabilização de gestores públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro, de modo que hoje não é mais possível a responsabilização de agentes públicos por culpa simples (leve ou levíssima).

Nesse contexto, no universo de acórdãos do Plenário de 2019 e 2022, que aplicaram a multa do art. 57 da LOTCU a gestor público, foi verificado se eles fizeram referência ao dolo ou ao erro grosseiro no voto e calculou-se a proporção dos casos.

Passando para os resultados, verificou-se que, em 62,74% das decisões, em que o Plenário do TCU aplicou a multa do art. 57 da LOTCU a agente público no período estudado, o voto não fez nenhuma referência a dolo ou a erro grosseiro. Nas situações em que ele, efetivamente, aplicou o art. 28 da LINDB, a frequência dos casos de dolo foi maior que o triplo da frequência de erro grosseiro (75,95% e 24,05%). Tal resultado foi oposto ao encontrado por (FGV, 2021), que apontou muito mais casos de erro grosseiro ou culpa grave do que de dolo. Esta diferença decorre do critério de busca utilizado em cada procedimento. No estudo de FGV (2021, p. 7), buscou-se acórdãos que fizeram referência expressa à LINDB ou às variações do termo como "Lei 13.655". Conforme exposto, no presente estudo, buscou-se pela multa do art. 57 da LOTCU.

Como a responsabilização de agente público por dolo existe desde antes da Lei 13.655/2018 e a referência a erro grosseiro (ou à culpa grave) surgiu, por ocasião deste diploma, é esperado que existam muito mais casos de decisões que mencionem o dolo de gestor público, sem fazer referência à LINDB, do que casos de erro grosseiro (ou culpa grave), em que não é feita referência à Lei 13.655/2018 ou a seu art. 28.

Portanto, nos casos em que o TCU aplicou o art. 28 da LINDB, a frequência dos casos de dolo foi mais que o triplo da frequência dos casos de erro grosseiro, o que sugere uma possível necessidade de melhor definir o conceito de erro grosseiro para que o Tribunal possa efetivamente apontá-lo, conforme prevê o referido dispositivo.

Mostrou-se ainda que, para manter a conformidade com a CF/88, a coerência com o CC/02 e com o regime jurídico administrativo e para **evitar** o aumento, não só da irrecuperabilidade dos danos ao erário, como também da burocracia para os evitar, a restrição imposta pelo art. 28 da LINDB, à responsabilização de agentes públicos, aos casos de dolo ou erro grosseiro, deve abarcar, tão somente, a sua penalização, e não o dever de indenizar o dano ao erário, que decorre de culpa simples (leves e levíssima).

Ainda com relação ao art. 28 da LINDB, mostrou-se que a previsão em abstrato das condutas consideradas erro grosseiro, nos enunciados de jurisprudência do TCU, tem o propósito de apontar, previamente, ao gestor público, como o TCU interpretará uma situação similar, de modo a alertá-lo e dar-lhe previsibilidade do que o Tribunal entenderá, como erro inescusável, culpa grave ou padrão de comportamento abaixo do homem médio em futuros casos concretos. Isso porque as pessoas precisam conhecer o padrão esperado para definir e precificar as medidas de precaução que lhe serão exigidas. Nesse contexto, se o TCU calibrar adequadamente os incentivos, induzirá que os agentes de mercado tomem as medidas de cuidado eficientes para evitar um dano similar. Além disso, o enquadramento de uma conduta como erro grosseiro não implica em presunção absoluta, mas sim relativa da culpabilidade do gestor público, uma vez que o Tribunal deverá sempre analisar as circunstâncias do caso concreto antes de punir.

Portanto, a previsão em abstrato dos casos de erro grosseiro de agente público nos enunciados de jurisprudência do TCU, além de contribuir para a segurança e a previsibilidade das suas decisões, não o afasta de avaliar as condições subjetivas ou as circunstâncias do caso concreto, conforme o art. 22, *caput*, §1º, §2º e §3º da LINDB.

Quanto ao erro grosseiro do agente público, existem três hipóteses do que ele é: a) culpa grave; b) erro inescusável; e c) erro que o homem médio não cometeria. Segundo Cavallari de Oliveira (2020), todas essas hipóteses de erro grosseiro, necessariamente, desaguam no critério do “comportamento esperado do homem médio”. Conforme apontado, tais critérios não são excludentes e ou incompatíveis entre si. Pelo contrário, eles abordam a culpa sobre perspectivas diferentes e complementares.

Nesse contexto, mostrou-se que, ainda que o Tribunal defina erro grosseiro como erro inescusável ou padrão de comportamento abaixo do homem médio, precisará também tratar o conceito, pela ótica da culpa grave, uma vez que dela decorre a análise das condições subjetivas ou das circunstâncias do caso concreto (previstas no art. 22 da LINDB) e, conseqüentemente, a afecção da culpabilidade das condutas e o cálculo da

dosimetria das sanções. Além disso, para aplicar o parágrafo único do art. 944 do CC/02, que prevê a hipótese de redução do dano, em vista da desproporção entre a gravidade da culpa e o prejuízo a ser indenizado, o TCU precisará definir o conceito das culpas leve ou levíssima, que estão conectados logicamente com o conceito de culpa grave.

Passando para o impacto do art. 22 da LINDB sobre as decisões do TCU, o procedimento de pesquisa seguinte avaliou se houve um aumento de decisões, em que este Tribunal deu provimento parcial a recursos de suas decisões, para reduzir multas aplicadas, com base nos elementos do art. 22, *caput*, §1º, §2º e §3º, que são: “obstáculos e dificuldades reais do gestor” (*caput*); “circunstâncias práticas” (§1º); “circunstâncias atenuantes” e “antecedente do agente” (§2º); e outras sanções aplicadas ao responsável (§3º). Embora tais elementos terem ingressado no ordenamento em 2018, em razão da Lei 13.655, o TCU já vinha os utilizando para atenuar as suas responsabilizações.

Avaliou-se o universo de decisões do Plenário e das 1ª e 2ª Câmara, de 2010 a 2022, que deram provimento parcial de recursos para atenuar penalidades. Nesse contexto, nos quatro anos de vigência da Lei 13.655/2018 (período de 2018 a 2022), os três colegiados do TCU deram provimento parcial para reduzir multas em uma quantidade maior ou, no mínimo igual, aos 8 anos anteriores à vigência desta Lei.

Desse modo, o Plenário do TCU deferiu 22 reduções de multa, de 2010 a 2017, e 25, de 2018 a 2022; a 1ª Câmara deferiu 5 reduções, de 2010 a 2017, e 19, de 2018 a 2022; e a 2ª Câmara 17 reduções, de 2010 a 2017, e 17, de 2018 a 2022.

A redução do dano ao erário foi a principal causa de redução das multas no período, representando mais da metade dos casos nos três colegiados (55,32%; 66,67% e 61,76% - Plenário, 1ª Câmara e 2ª Câmara, respectivamente). O afastamento de parte das irregularidades foi a segunda causa mais relevante no Plenário e na 1ª Câmara (21,28% e 20,83%, respectivamente). A utilização de elementos como “circunstâncias práticas”; “circunstâncias atenuantes”; “antecedentes do agente”, previstos nos §1º e §2º do art. 22 da LINDB, tiveram a segunda maior participação na 2ª Câmara e a terceira maior no Plenário e na 1ª Câmara (14,71%; 21,28% e 4,17%, respectivamente).

Após a Lei 13.655/2018, houve um aumento da utilização de elementos, como “circunstâncias práticas”; “circunstâncias atenuantes”; e “antecedentes do agente” (previstas nos §§1º e 2º do art. 22 da LINDB) para fundamentar a redução de multas, em todos os Colegiados do TCU. No Plenário, a quantidade de casos, nos quatro anos de

vigência da Lei 13.655 (2018 a 2022) são equivalentes (10,64%) aos oito anos anteriores à referida Lei (2010 a 2017). Assim, proporcionalmente, houve mais casos no segundo período do que no primeiro (2,66% por ano contra 1,33% por ano), ou seja, houve um aumento de 100% no segundo período. Na 1ª Câmara, tais elementos não foram utilizados para fundamentar a redução de penalidades de 2010 a 2017, mas foram utilizados de 2018 a 2022 (4,17%). Na 2ª Câmara, embora a quantidade de casos, em que tais elementos tenham sido utilizados, tenha reduzido de 8,82% (de 2010 a 2017) para 5,88% (de 2018 a 2022), ainda assim, nos quatro anos de vigência da Lei, o percentual foi proporcionalmente maior (1,47% por ano) do que nos oito anos anteriores (1,10% por ano), ou seja, houve um aumento de 33% no segundo período (2018 a 2022).

Desse modo, é possível concluir que a vigência dos §§1º e 2º do art. 22 da LINDB impactou, favoravelmente, na quantidade de recursos que o TCU deu provimento parcial para reduzir multas que aplicou, com base nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992.

Todavia, em que pese o aumento significativo da proporção dos casos em que tais elementos foram utilizados para reduzir multas aplicadas após a vigência da Lei 13.655/2018, tais situações ainda são muito raras, vale dizer, em termos relativos, a frequência delas é bem menor do que a de outras causas de redução de multa como a redução do dano, que representou mais da metade dos casos do Plenário (55,32%) e quase 2 terços dos casos da 1ª e 2ª Câmara (66,67% e 61,76%, respectivamente).

Ainda com relação ao art. 22 da LINDB, mostrou-se que o *caput* do art. 944 do CC/02 estabelece a regra geral da responsabilidade civil, que é a de que a indenização corresponderá à extensão do dano. Por sua vez, o parágrafo único do art. 944 do CC/02 estabelece a exceção da regra, qual seja a redução, de maneira equitativa, do dano quando houver “excessiva desproporção” entre a gravidade da culpa e o prejuízo.

Nesse contexto, mostrou-se que o *caput* e o parágrafo único do art. 944 do CC/02 são aplicáveis a qualquer dano (inclusive, o dano ao erário) e pode ser utilizado, pelo TCU, ao analisar os elementos do art. 22 da LINDB, para reduzir a responsabilidade pelo dano ao erário, quando as condições subjetivas e circunstâncias específicas do caso concreto, assim o permitirem ou até exigirem, de modo que as decisões do Tribunal favoreceram a justiça, a equidade e não desestimulem gestores públicos diligentes.

Nesse sentido, a redução do dano, em circunstâncias específicas, também é prevista pela análise econômica da responsabilidade (BATESINI, 2011, 259-272) que,

buscando minimizar os custos sociais dos danos (inclusive, do erário), traz as duas perspectivas das medidas de cuidado (COOTER e ULEN, 2016, p. 199-201): de um lado, elas reduzem a probabilidade ou a extensão do dano; mas, de outro, geram custos para a sociedade (maior gasto de recursos da Administração e burocracia). Assim, o custo para evitar o prejuízo, que, no caso extremo, pode envolver, inclusive, a proibição de uma atividade humana não pode ser maior do que o custo do dano que se busca evitar.

Nesse sentido, mostrou-se que, da mesma forma que nos danos privados, por vezes, os danos ao erário são inevitáveis, ou seja, em certas ocasiões, eles ocorrerão, independente do padrão de cuidado adotado pelo gestor público ou ainda que ele atue de forma extremamente diligente. Isso porque, em uma contratação pública, o seu sucesso depende, de terceiro, qual seja o contratado que, eventualmente, pode não entregar o acordado, em vista de uma conduta culposa e até dolosa. O insucesso do ajuste pode implicar prejuízos à Administração, que podem envolver, não só danos ao erário quantificáveis, como outros relacionados à frustração do planejamento estatal.

Desse modo, ainda que o agente público adote as melhores práticas de cuidado ao longo da contratação, é possível que ocorram problemas na execução do ajuste, em decorrência de causas imputáveis ao contratado, em razão da sua falta de diligência (culpa) ou da sua intenção de enriquecer-se às custas da Administração Pública.

Dessa forma, o dano ao erário é inerente a atividade administrativa e a evolução da Administração e da sociedade. Similarmente aos danos privados, nos danos ao erário, também cabe ao legislador e ao aplicador do direito (Tribunais de Contas e demais Tribunais judiciais) buscar o nível eficiente de precaução ou de cuidado, que é o que reduz o prejuízo social (total), que é a soma do dano ao erário com o custo de o evitar.

Em decorrência disso, nas situações em que o agente público age, além do padrão de cuidado do gestor público médio (atuando com culpa levíssima), além de justo reduzir a sua responsabilidade pelo dano ao erário, não aplicar o parágrafo único do art. 944 do CC/02 induz os agentes públicos diligentes (acima da média) a deixarem de adotar medidas inovadoras, em razão do medo de responsabilização pelos órgãos de controle, o que tem sido definido como infantilização da gestão (DANTAS, 2018).

Assim, a definição objetiva dos elementos do *caput* e dos §§§ 1º, 2º, 3º, do art. 22 da LINDB, do conceito de erro grosseiro previsto no art. 28 desse diploma, os relacionando com os diferentes conceitos de culpa (grave, leve e levíssima) promoverá

justiça, previsibilidade e segurança jurídica. No mesmo sentido, aplicar tais conceitos juntamente com o CC/02, especialmente, com o parágrafo único do art. 944, induzirá bons incentivos para os gestores públicos, que são: a) não desestimular o agente público que age com diligência acima da média, exigindo dele um dever de cuidado ineficiente ou não razoável, e, assim, atenuar a sua responsabilidade por um dano ao erário que ocorreria, independentemente, da medida de precaução adotada; e b) estimular os gestores públicos médios e os abaixo da média a adotarem um padrão de cuidado acima da média para, dessa forma, buscarem atenuar ou afastar futuras responsabilizações.

Passando para as propostas desse trabalho (seção 5.4), mostrou-se que qualquer sistema de responsabilização deve diferenciar as condutas dolosas e culposas. Ele deve dissuadir os agentes intencionais e induzir que os autores de danos não intencionais internalizem os custos de suas condutas, incentivando-os a adotar padrões mais elevados de diligência e cuidado para evitarem futuras responsabilizações.

Iniciando pelas condutas culposas, a regra geral do CC/02 é a equivalência entre o dano e a indenização. Para além da legislação civil, a regra jurídica da simetria entre a indenização e o dano guarda correspondência com os conceitos econômicos de prevenção de acidentes e de maximização do bem-estar social (SHAVELL, 2004, p. 236-237 e 242). Dessa forma, nas situações em que o agente atua com culpa leve, vale dizer, quando viola um dever de cuidado esperado do ser humano médio, a regra básica da análise econômica da responsabilidade e do *caput* do art. 944 do CC/02 é a da equivalência ou simetria entre a indenização e o dano (BATTESINI, 2011, p. 251).

Nesse contexto, a regra básica da responsabilidade civil do *caput* do art. 944 do CC/02 é totalmente compatível com a do art. 28 da LINDB, que trata da penalização de agentes públicos. Isso porque, diante da ocorrência de um dano ao erário, a multa que o TCU aplica, com base no art. 57 da LOTCU, impõe ao responsável o dever de pagamento de um montante, que vai além do dano acarretado, uma vez que ele terá que recompor o erário e também pagar a multa. Como o art. 28 da LINDB restringe a penalização, aos casos de dolo ou culpa grave, ou seja, impede a aplicação de sanções pecuniárias, nos casos de culpa simples (leve ou levíssima), logo; como nesses casos, não ocorre a imposição de soma adicional ao prejuízo acarretado, o gestor público responsabilizado, por culpa simples, só será obrigado a indenizar o dano ao erário acarretado, ou seja, o art. 28 é totalmente compatível com o princípio da simetria entre o dano e a sua indenização, conforme previsto no *caput* do art. 944 do CC/02.

Desse modo, ao afastar a imposição de multa ao gestor público que atuou com culpa simples, o art. 28 da LINDB vai ao encontro do disposto no *caput* do art. 944 do CC/02, que estabelece a equivalência entre o dano acarretado e a sua indenização. Assim, tanto pela teoria econômica da responsabilidade como pelos *caputs* do art. 944 do CC/02 e do art. 28 da LINDB, o sistema de responsabilização do TCU deve impor, apenas, o dano ao erário ao gestor público, nos casos de culpas leve ou levíssima.

Contudo, conforme apresentado, a regra geral da simetria econômico-pecuniária entre a indenização e o dano, denotados, por "I" e "D" ($I = D$), não é absoluta. Seja sob a perspectiva jurídica ou sob a econômica, existem situações em que é justificável o pagamento de indenização superior ao dano ($I > D$) e situações em que é justificável o pagamento de indenização inferior ao dano ($I < D$) – BATTESINI, 2011, p. 251.

Iniciando pelas situações em que a indenização deve ir além do dano ao erário acarretado, ou seja, quando o órgão de controle deve impor ao responsável custos adicionais, normalmente, na forma de multas pecuniárias, destacam-se: a) os casos de culpa grave (ou erro grosseiro, no caso de agentes públicos – art. 28 da LINDB); b) quando o responsável auferir algum benefício econômico com o dano ao erário que acarreta; e c) quando não é possível mensurar a totalidade dos danos acarretados.

Iniciando pelos casos de culpa grave, mostrou-se que tal possibilidade extraordinária de responsabilização por culpa decorre da impossibilidade de obter evidências, sobretudo no processo administrativo, que levem à conclusão do dolo, mas que, em vista da teratológica falta de cuidado, o julgador pode concluir pela significativa reprovabilidade da conduta do agente e assim impor penalidade para reprimê-la.

Em vista da impossibilidade de se identificar o exato ponto em que a imprudência do agente se torna conduta intencional e da limitação de obter, sobretudo no processo administrativo, evidências que comprovem peremptoriamente o dolo, a má-fé ou o conluio de agentes, o legislador ou aplicador do direito, para garantir a segurança e a previsibilidade jurídica, deve apontar, objetivamente, as condutas ou ilícitos e as circunstâncias que ensejam, se não uma presunção do dolo do agente, ao menos a conclusão da reprovabilidade extrema da sua conduta e a necessidade de puni-la.

Conforme apontado, os casos patentemente graves, como desfalques e fraudes na concessão de empréstimos ou aposentadorias, em que o TCU não apontou nem dolo e nem culpa, representaram a maior parte das decisões do Plenário, entre 2019 e 2022.

Além disso, em 62,74% dos casos, o TCU não mencionou nem o dolo e nem o erro grosseiro, conforme dispõe o art. 28 da LINDB. Por último, o fato de as maiores multas não terem sido impostas nos casos de dolo evidencia uma incongruência no seu sistema de responsabilização, uma vez que é esperado que as sanções aplicadas às condutas dolosas sejam, **no mínimo**, iguais às aplicadas a condutas culposas.

Dessa forma, é desejável que o TCU defina, objetivamente, o conceito de culpa grave e o relacione com o de erro grosseiro (do gestor público) para, não só efetivamente aplicar o art. 28 da LINDB, como para trazer segurança e previsibilidade jurídica na dosimetria das penalidades que aplica por ilícitos ou danos culposos.

Nesse contexto, o primeiro encaminhamento deste trabalho é que o TCU institua grupo de trabalho para estudar e definir o conceito de erro grosseiro e de culpa grave para que o Tribunal, não só aplique efetivamente o art. 28 da LINDB, como também promova a segurança e a previsibilidade na dosimetria de duas penalidades.

Como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, propõe-se que, nos casos de responsabilização de gestores públicos, este Tribunal considere os casos, classificados por esse trabalho, como dolo presumido de agente público, como casos de erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB, seja por violação a dever de cuidado básico (culpa grave), ou seja porque a conduta do responsável constitui erro inescusável (indesculpável) ou comportamento abaixo do esperado de um agente público médio.

Dessa forma, casos patentemente graves e reprováveis, como desfalques, fraudes em concessões de empréstimos ou aposentadorias e danos ao erário proporcionalmente elevados, que representaram a maior parte das decisões, em que o Plenário do TCU aplicou multa do art. 57 da LOTCU (entre 2019 e 2022), sem apontar tanto o dolo como a culpa (em qualquer grau), seriam considerados, nos casos de agentes públicos, casos de erro grosseiro, de modo a favorecer a aderência ao art. 28 da LINDB.

Quanto aos enunciados jurisprudenciais e os precedentes do TCU, estes precisam apontar, de maneira clara e objetiva, o dever de cuidado violado (ou esperado do homem médio) nos casos de culpa grave ou as condutas consideradas erros indesculpáveis ou abaixo do padrão de comportamento do ser humano médio, de modo a, não só favorecer a segurança e a previsibilidade jurídica, como também orientar e incentivar os gestores públicos a adotarem o padrão esperado de cuidado. Nesse contexto, mostrou-se que é preciso buscar, não só a clareza e objetividade dos comportamentos esperados dos

gestores, como também, considerando o aspecto pedagógico do controle externo, ir além de apontar o dispositivo normativo violado e, na medida do possível, orientar o agente público “como” cumprir a disposição normativa violada no caso concreto.

Quanto aos casos, em que a indenização deve ir além do dano ao erário acarretado, em vista de o responsável ter auferido algum benefício com o prejuízo que acarretou, mostrou-se que o sistema de responsabilização deve necessariamente adotar um tratamento distinto entre quem auferir um benefício e quem não auferir. Além disso, apresentou-se algumas considerações sobre o parcelamento em 36 vezes do débito.

Considerando uma taxa de remuneração do débito de 1% ao mês (ou aproximadamente 12% ao ano), demonstrou-se que a multa mínima do art. 57 da LOTCU para que o terceiro contratado apenas empate (não lucre), com o parcelamento em 36 vezes da dívida, é da ordem de 19,57% do dano ao erário. Por sua vez, assumindo a probabilidade de o agente ser condenado de 50%, ou seja, a cada duas rodadas, em uma, ele não é descoberto e enriquece com o prejuízo acarretado e, na outra, ele é descoberto e condenado a indenizá-lo, demonstrou-se que a multa, para que ele não lucre com os demais prejuízos é da ordem de 139% do dano ao erário.

Dessa forma, na hipótese de a probabilidade de o TCU condenar empresa contratada a indenizar dano ao erário que acarreta for menor ou igual a 50%, o parcelamento da dívida em 36 meses inviabiliza a possibilidade de o Tribunal induzir que ela tome medidas eficientes de cuidado, de modo a evitar futuros danos e responsabilizações, uma vez que, diante da limitação em 100% da multa do art. 57 da LOTCU, será sempre vantajoso para o particular “tomar o recurso emprestado” com a Administração (ou seja acarretar o dano ao erário), e não adotar, nos futuros casos, medidas mais exigentes de cuidado, para evitar novos prejuízos ao erário, uma vez que, após “n” rodadas, na média, os prejuízos acarretados beneficiarão a empresa.

Desse modo, o parcelamento da dívida não deve ser deferido de ofício pelo TCU e só deve ser concedido, em situações específicas, sob pena de inviabilizar a internalização de riscos dos agentes e a dissuasão de ilícitos e de danos intencionais.

Nesse contexto, o segundo encaminhamento deste trabalho é que o TCU institua grupo de trabalho para estudar como o sistema de responsabilização do TCU pode diferenciar o tratamento entre empresas contratadas e agentes públicos, nos danos culposos da execução de contratos públicos, levando em conta, inclusive, os casos em

que o parcelamento da dívida deve ser concedido, de ofício, ou autorizado, no interesse da Administração (e não no do particular), como quando a empresa demonstra que o não parcelamento do dano ao erário acarretaria a sua insolvência ou falência pois tais eventos podem levar a demissões ou a perda de arrecadação do poder público.

Como sugestão ao TCU, foi proposto um sistema de responsabilização, que leva em consideração, não só a diferenciação entre gestores públicos e contratada nos danos culposos, como também a culpa grave e o parcelamento da dívida em 36 vezes.

Passando para os casos em que a indenização deve ir além do dano ao erário acarretado, em vista da impossibilidade de mensurar a totalidade dos prejuízos, tal ampliação do dano, para além, inclusive, dos prejuízos materiais, tem como objetivo viabilizar a aplicação do princípio da simetria entre a indenização e o dano.

Nesse contexto, desde a CF de 1988, é incontroverso que os ilícitos civis ensejam, não apenas a indenização do dano material (inclusive dos lucros cessantes), mas também compensação por danos morais, danos morais coletivos e danos sociais ou difusos (TARTUCE, 2019). Dessa forma, seguindo o caminho trilhado por outros países, a responsabilidade civil no Brasil evoluiu de 1988 para cá e continua evoluindo no sentido de expandir o conceito de dano, de modo a tornar a reparação dos danos mais justa e, com isso, também evitar que ilícitos culposos (e dolosos) aconteçam.

Em que pese a evolução do alcance e do conceito de dano no direito privado brasileiro, o mesmo não foi observado no direito público, em relação à ideia de dano ao erário, muito embora, a atuação estatal, materializada pela Administração Pública, tenha ficado cada vez mais abrangente e complexa com o passar do tempo, por exemplo, frente à crescente delegação de serviços públicos e a sua regulação pelo Estado.

Nesse contexto, o trabalho apontou que não existe uma delimitação legislativa do conceito de dano ao erário e que existem dúvidas quanto ao alcance do termo.

A primeira dúvida é se o conceito de dano ao erário abarca ou não os danos imateriais. Como tratar os danos imateriais que são arcados pela sociedade quando uma escola, um hospital ou uma obra de infraestrutura são contratados, mas não entregues? Nestes casos, os danos morais coletivos, os danos sociais e os danos difusos seguramente existem e precisam ser reparados para gerar justiça e evitar que ilícitos como esses se repitam. Esses prejuízos imateriais constituem parte do dano ao erário?

Se não constituem, como o Tribunal poderia trabalhar em parceria com outros órgãos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, para viabilizar a sua reparação?

O segundo ponto é como o conceito de dano ao erário pode ser definido para, não só tratar novas peculiaridades da Administração, como induzir bons comportamentos dos agentes. Nesse contexto, quando um investimento público contratado não é entregue, faz sentido considerar o custo do capital aplicado, sem gerar algo útil para a sociedade, como parte do dano ao erário? Quando uma obra de infraestrutura não é entregue (como a construção de uma rodovia), como tratar a perda de vidas (em razão de acidentes que não teriam ocorrido se a obra tivesse sido concluída); o maior gasto de tempo das pessoas nos seus deslocamentos; e os efeitos sobre as trocas comerciais? Como tratar o dano que a Administração arca quando uma obra é entregue fora dos padrões de qualidade (menor vida útil) e exige maior manutenção para preservar o patrimônio público? No âmbito da delegação de serviços públicos, como tratar as tarifas exigidas dos usuários? O prejuízo tarifário constitui dano ao erário? Se não constitui, como tratar esse dano? Ele pode ensejar tomada de contas especial (TCE)? Quais as repercussões jurídicas sobre os agentes públicos e privados responsabilizados nesses casos?

Portanto, o conceito de dano, além de estar em constante evolução, assume o protagonismo no estudo da responsabilidade civil, tanto pela ótica da doutrina civilista (HIRONAKA, 2005; Tartuce, 2019) como pela abordagem econômica (SHAVELL, 2004), em vista do princípio da simetria entre dano e indenização, que, quando devidamente aplicado, induz os agentes a adotarem padrões eficientes de cuidado e de diligência.

Diante da importância do conceito de dano ao erário para que o TCU imponha indenizações compatíveis com a extensão dos prejuízos que apura, o terceiro encaminhamento deste trabalho é que o Tribunal institua grupo de trabalho para estudar e definir o alcance do conceito de dano ao erário, bem como medidas que possibilitem que o TCU atue em parceria com outros órgãos, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacias Públicas, para aprimorar a cobrança dos diferentes prejuízos (materiais e imateriais) que a Administração e a sociedade podem sofrer.

Como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, para tornar mais efetivo o §2º do art. 22 da LINDB, que dispõe que na “aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública”, propõe-se que, nos casos de dano ao erário, decorrentes da execução de políticas com fragrantes relevância social, econômica e estratégica para a

nação e que, em razão disso, se possa inferir a ocorrência de outros prejuízos materiais (inquantificáveis) e imateriais, não abrangidos pelo dano ao erário imposto, que, a critério do Ministro-Relator, a multa do art. 57 da LOTCU possa ser ampliada em até 30%.

Passando para os casos em que é justificável o sistema de responsabilização prever indenização inferior ao dano ($I < D$), o quarto encaminhamento deste trabalho é que o Tribunal institua grupo de trabalho para estudar e definir objetivamente os elementos previstos no art. 22 da LINDB, de modo a os aplicar, juntamente com os conceitos de culpa (grave, leve e levíssima), na dosimetria das penalidades impostas e de forma a viabilizar a aplicação do *caput* e do parágrafo único do art. 944 do CC/02, de modo a favorecer a segurança e a previsibilidade jurídica, a uniformidade e a justiça das decisões e oferecer incentivos virtuosos para os agentes (público e privado).

Como sugestão ao sistema de responsabilização do TCU, propôs-se que, nos casos de culpa levíssima do agente público, a indenização inicial seja estabelecida em 100% do prejuízo ao erário, assim como nos casos de culpa leve. Todavia, para cada causa de redução da indenização, esta reduziria em 20%. Nesse contexto, tais causas de redução da indenização estão relacionadas a deveres de cuidado objetivos que o agente público, no caso concreto, adota além do esperado de um gestor público médio.

Por exemplo, se a norma autoriza um rito mais flexível ou uma modalidade licitatória mais simples e o gestor opta por um rito mais rígido, para salvaguardar o erário, tal caso constituiria hipótese de redução da sua parte no débito (em 20%). Se a norma exige projeto básico para contratar obra de engenharia em determinada modalidade licitatória e o gestor utiliza projeto executivo, também teria direito a redução da sua parte na indenização. Se a norma exige a divulgação do certame em três meios de grande circulação e o agente público o faz em um número maior, este incidiria em causa de redução da indenização. Se a norma menciona que o gestor público deveria fazer pesquisa de preços com 5 empresas e ele o faz com um número maior, também teria direito a reduzir parte da sua indenização. Portanto, caso o agente público tenha cinco ou mais causas de redução de indenização, ou seja, tenha ido, para além do padrão de cuidado esperado do gestor público médio, em pelo menos cinco condutas distintas, teria direito a reduzir em 100% a sua parcela da indenização. A redução do débito do gestor público não impediria o TCU de imputar o restante da dívida aos demais responsáveis.

Passando para os casos de dano ao erário doloso, como sugestão ao sistema de responsabilização do Tribunal, propôs-se que os Ministros-Relatores tenham

discricionariedade para ampliar a multa do art. 57 da LOTCU, em relação aos casos de culpa grave, em **até 25%**, tanto para os agentes públicos como para os contratados.

Ainda quanto aos danos intencionais, ante a limitação em 100% da multa do art. 57 da LOTCU, visando dissuadir os infratores dolosos, o sistema de responsabilização, sempre que ocorrer infrações dessa natureza, aplicará a referida penalidade, também aos sócios ou representantes das pessoas jurídicas responsabilizadas.

Além disso, no caso da adoção pelo TCU de um sistema de responsabilização análogo ou parecido com o apresentado, é relevante que este seja calibrado ao longo do tempo. Para tanto, a base de acórdãos do Tribunal fornece dados que podem ser utilizados para aferir, por exemplo, a reincidência dos responsáveis. Nesse contexto, cabe ao TCU “medir” os efeitos do sistema de responsabilidade proposto, implementar as modificações necessárias e repetir este processo indefinidamente no tempo.

Por último, ainda que o Tribunal não adote o sistema de responsabilização proposto, é preciso que os seus acórdãos consignem, se não expressamente o percentual da multa do art. 57 da LOTCU que é aplicado, ao menos traga os débitos, em valor presente (em complementação ao valor histórico), de modo a possibilitar que os agentes (público e privado) possam calcular o percentual da multa que foi aplicado.

Isso porque o sistema de precedentes deve trazer previsibilidade e meios para que os agentes de mercado (públicos e privados) precifiquem os custos impostos pelas decisões do Tribunal, de modo a poderem fazer suas escolhas racionalmente. Dessa forma, se o sistema de responsabilização estiver devidamente calibrado, dissuadirá os infratores intencionais (dolosos) e induzirá os não intencionais (culposos) a adotarem medidas de diligência ou de cuidado eficientes para evitarem futuras responsabilizações.

7. Referências bibliográficas

AFIF, Zeina *et. al.* Behavioral Science Around the World: Profiles of 10 Countries (English). Washington, D.C.: World Bank Group, 2019, p. 6-7. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/710771543609067500/pdf/132610-REVISED-00-COUNTRY-PROFILES-dig.pdf>. Acesso em: 8/11/2022.

ALMEIDA, Sergio. Economia comportamental e as contribuições de Richard Thaler – breve resumo. *Jornal da USP*. Publicado em: 16/10/2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/economia-comportamental-e-as-contribuicoes-de-richard-thaler-breve-resumo/>
Acesso em 7/09/2022.

ANDRADE, Otavio. NudgeRio: um caso de aplicação de Ciência Comportamental às Políticas Públicas. *Revista Caderno do Desenvolvimento Fluminense*, n.º 16, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/download/52711/34314>.
Acesso em 8/11/2022.

ANDRADE, André Gustavo de. Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência da Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BALESTRIN, Alsones. Uma análise da Contribuição de Herbert Simon para as Teorias Organizacionais. 2002. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/read/article/view/44111/27721>
Acesso em 7/9/2022.

BATTESINI, Eugênio. Direito e Economia. Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. Editora LTR LTDA. São Paulo. 2011.

BATTESINI, Eugênio. Direito, Economia e Responsabilidade Objetiva no Brasil. 2012, nº 1, p. 59-111. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0059_0111.pdf
Acesso em 6/9/2022.

BECKER, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76, 169-217. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1086/259394>

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm
Acesso em 1/6/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm
Acesso em 1/6/2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [DEL2848compilado \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html). Acesso em 8/11/2022.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). Dispõe sobre a vigência da Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4707.htm.
Acesso em 1/6/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

Acesso em 1/6/2023.

BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm

Acesso em 6/9/2022.

BRASIL. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm Acesso em 10/6/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm

Acesso em 1/6/2023.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm Acesso em 10/6/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Acesso em 6/9/2022.

BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992a. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm

Acesso em 6/9/2022.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992b. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm Acesso em 10/6/2023.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

Acesso em 6/9/2022.

BRASIL. Decreto 7.983, de 8 de abril de 2013. Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências. Disponível em: [Decreto nº 7983 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/l7983.htm). Acesso em 6/9/2022.

BRASIL. Cidade de São Paulo. Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia. Como incentivar escolhas através da comunicação com a população? São Paulo, 2020. Disponível em: [\(011\).lab: inovacao pública para transformar o governo com as pessoas \(website-files.com\)](http://(011).lab:inovacao_publica_para_transformar_o_governo_com_as_pessoas(website-files.com)). Acesso em 8/11/2022.

CAMPOS FILHO, Antonio *et. al.* Ciências Comportamentais e Políticas Públicas: o uso do SIMPLES MENTE em projetos de inovação. Brasília: Enap, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5219>. Acesso em 8/11/2022.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função*. Editora Renovar. 2008.

CARDOSO, Thiago. Raciocínio lógico. *Lógica de Argumentação*. 2023. Disponível em: [39930705-logica-de-argumentacao-e1682512927 \(2\).pdf](https://39930705-logica-de-argumentacao-e1682512927(2).pdf) CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2005.

CIOATTO, Roberta. PINHEIRO, Adriana. Nudges como política pública para aumentar o escasso número de doadores de órgãos para transplante. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, agosto, 2018, p. 369-385. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5271>. Acesso em 6/11/2022.

CHATER, Nick. A revolução da ciência comportamental nas políticas públicas e em sua implementação. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/guiaeconomia-comportamental.pdf>. Acesso em: 7/11/2022.

CHIRONI, G. P. *La colpa Nel Diritto Civile Odierno – Colpa Contrattuale*. Editora Fratelli Bocca, 1925.

COOTER, Roberto; Ulen, Thomas. *Law and Economics*, 6th edition. 2016. Disponível em: [Law and Economics, 6th edition \(berkeley.edu\)](http://www.lawand.econlib.org/Law_and_Economics,_6th_edition(berkeley.edu))

CORNEJO, Leticia María Palacio. Prêmio Nobel de Economía del año 2002, Daniel Kahneman. 2015. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211101781.pdf> Acesso em 7/9/2022.

DE CASTRO, Alex Sandro Rodrigues. *Economia comportamental: caracterização e comentários críticos*. Campinas, 2014. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2015/08/castro-alex-sandro-rodrigues-de-economia-comportamental.pdf> Acesso em 7/9/2022.

DANTAS, B. O risco de 'infantilizar' a gestão pública. *Jornal O Globo*, 06/01/2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>.

Acesso em: 1/6/2023.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro- v. 7, Responsabilidade Civil*. Editora Saraiva. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª edição. 2020. Editora Forense.

DIPRES, Biblioteca Digital Interna. Novembro de 2019. Disponível em:

https://www.dipres.gob.cl/598/articles-196769_recurso_1.pdf

Acesso em 7/7/2022.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Da Responsabilidade Civil, das Preferências e Privilégios Creditórios*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DOLAN, Paul *et al.* MINDSPACE. *Influencing behaviour through public policy*. London: The Behavioural Insights Team, 2010. Disponível em:

<https://www.bi.team/wp-content/uploads/2015/07/MINDSPACE.pdf>.

Acesso em: 7/11/2022.

FISCHHOFF, Baruch. *Debiasing*. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Eds.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 422-444. Disponível em:

<https://www.cambridge.org/core/books/abs/judgment-underuncertainty/debiasing/5DBEFB9D23BCC41E7A78BBBD895F9699>.

Fundação Getúlio Vargas (FGV), Observatório do TCU. *Relatório de Pesquisa 2021. Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo. 2021. Disponível em:

<https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf>

Acesso em 1/6/2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2005.

HAREL, Alon. *Behavioral analysis of Criminal Law – a survey*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *The Oxford handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JORDÃO, Eduardo; TRISTÃO, Conrado. *O que é erro grosseiro para o TCU?* Jota, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaao-e-analise/columas/controle-publico/o-que-e-erro-grosseiro-para-o-tcu-27052020>.

<https://www.jota.info/opiniaao-e-analise/columas/controle-publico/o-que-e-erro-grosseiro-para-o-tcu-27052020>.

Acesso em 1/6/2023.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva (*kindle*), 2012.

MANNING, Lauren *et. al.* Behavioral Science Around the World Volume II: Profiles of 17 International Organizations (English). Washington, D.C.: World Bank Group, 2020, p. 190. Disponível em:

<https://documents1.worldbank.org/curated/en/453911601273837739/pdf/Behavioral-Science-Around-the-World-Volume-TwoProfiles-of-17-International-Organizations.pdf>.

Acesso em: 8/11/2022.

MAURO, Carlos *et. al.* Muitos – Como as ciências comportamentais podem tornar os programas de compliance anticorrupção mais efetivos? Santos, SP: Editora Brasileira de Arte e Cultura, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. *Conjur*, 25 jul. 2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em 1/6/2023.

MENEGUIN, Fernando; ÁVILA, Flávia. A Economia Comportamental aplicada a políticas públicas. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. São Paulo: Economia Comportamental.org, 2015, p. 210. Disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/guiaeconomia-comportamental.pdf>. Acesso em 7/11/2022.

LANGEVOORT, Donald. Behavioral Ethics, Behavioral Compliance. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 1507, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1507>. Acesso em 9/11/2022.

LEVITT, S.D.; MILES, T.J. Empirical study of criminal punishment. In: POLINSKY, A.M.; SHAVELL, S (orgs.). *Handbook of Law and Economics*, Volume 1. (Cap. 6, pp. 403-454). Amsterdam: Elsevier, 2007.

LIMA, Luís. O que o Nobel de Economia ensina à prefeitura do Rio de Janeiro. *Época*, Publicado em: 09/10/2017. Disponível em:

<https://epoca.oglobo.globo.com/economia/noticia/2017/10/o-que-o-nobel-de-economia-ensina-prefeitura-do-rio-de-janeiro.html>. Acesso em 8/11/2022.

LOURENÇO, Joana *et. al.* Behavioural Insights Applied to Policy: European Report 2016. EUR 27726 EN. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/eb1f5ea2-d3ae-11e5-a4b5-01aa75ed71a1/language-en>.

Acesso em 8/11/2022.

OECD. Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World, Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264270480-en>. Acesso em 8/11/2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018). *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012/78227>

Acesso em 1/6/2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Sandro Rafael Matheus. *O erro grosseiro e a responsabilização administrativa do agente público*. 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-mai-18/sandro-pereira-erro-grosseiro-responsabilizacao-agente-publico>. Acesso em 1/6/2023.

POLINSKY, A.M.; SHAVELL, S. The theory of public enforcement of law. In: POLINSKY, A.M.; SHAVELL, S (orgs.). Handbook of Law and Economics, Volume 1. (Cap. 6, pp. 403-454). Amsterdam: Elsevier, 2007.

SAMSON, Alain. Introdução à economia comportamental e experimental. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>. Acesso em 7/9/2022.

SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil- Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SHANKAR, Maya; FOSTER, Lori. Behavioural Insights at the United Nations – Achieving Agenda 2030. New York City: United Nations, 2016. Disponível em: <https://www.undp.org/publications/behavioural-insights-united-nations-achieving-agenda-2030>. Acesso em: 8/11/2022.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

SOLL, Jack et. al. A user`s guide to debiasing. In: KEREN, Gideon; WU, George (Eds.). Wiley-Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making. Forthcoming, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2455986. Acesso em 14/11/2022.

SOLLISCH, Jim. The Cure for Decision Fatigue: choosing not to make choices might be the best response to the daily avalanche of options. The Wall Street Journal. Publicado em: 10/06/2016. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/the-cure-for-decision-fatigue-1465596928>. Acesso em 7/9/2022.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. Stanford Law Review, v. 50, n. 1471, May 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em 7/9/2022.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil – volume 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade civil. 14ª edição. 2019. Editora Forense Ltda

THALER, Richard H. Misbehaving: a construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: intrínseca (edição *kindle*), 2019.

THALER, Richard. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Traduzido por Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, (edição *kindle*), 2019.

THE NOBEL PRIZE. The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1992 – Gary Becker. Disponível em: [The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1992 - NobelPrize.org](https://www.nobelprize.org)

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim 273, de 29 de julho de 2019 – Acórdão 5.547/2019-1ª Câmara. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/24/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 1/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim 291, de 9 de dezembro de 2019b – Acórdão 2768/2019-Plenário. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/26/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 1/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim 291, de 9 de dezembro de 2019c – Acórdão 185/2019-Plenário. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/37/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 2/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim de Jurisprudência 320 de 10 de agosto de 2020 – Acórdão 7.982/2020-1ª Câmara. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/30/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 1/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Apostila do Curso Introdução à Responsabilização perante o TCU. Noções de Responsabilização Civil Aplicadas ao contexto do TCU. Aula 1, p. 15. Conteudistas: José Rodrigues de Sousa Filho; e Márcio André Santos Albuquerque 2020b.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim de Jurisprudência 322 de 24 de agosto de 2020c – Acórdão 2.028/2020-Plenário. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/7/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 2/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim de Jurisprudência 377 de 3 de novembro de 2021 – Acórdão 2.459/2021-Plenário. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/2/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 2/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim de Jurisprudência 379 de 16 de novembro de 2021b – Acórdão 2.599/2021-Plenário. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/12/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 2/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. 2022a. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/data/files/AA/97/D7/1C/631D28102DFE0FF7F18818A8/RITCU.pdf>

Acesso em 6/9/2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim de Jurisprudência 412 de 15 de agosto de 2022b – Acórdão 3.768/2022-2ª Câmara. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 2/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim de Jurisprudência 404 de 20 de agosto de 2022c – Acórdão 1241/2022-Plenário. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Decreto-lei%25204.657%252F1942%2520E%2520%2528art.%252028%2529/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/27/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 2/6/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Boletim de Jurisprudência 404 de 20 de agosto de 2022c – Acórdão 1241/2022-Plenário. Disponível em:

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science, New Series*, v. 185, n. 4157, september 1974. Disponível em:

<https://pdodds.w3.uvm.edu/files/papers/others/1974/tversky1974a.pdf>.

Acesso em 7/9/2022.

VARELLA, Angelo Cruz do Nascimento. *Da Hipótese de Mercados Eficientes às Finanças Comportamentais*. Brasília, 2014. Disponível em:

https://bdm.unb.br/bitstream/10483/10246/1/2014_AngeloCruzDoNascimentoVarella.pdf Acesso em 7/9/2022.

VELJANOVSKI, C. *The Economics of Law*. 2ª ed. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2006.

WIDMER, Pierre. Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution). In: (ed.). *Unification of Tort Law: Fault*, p. 331-377. The Hague: Kluwer Law International, 2005. *Principles of European Tort Law*, v. 10, European Centre of Tort Law and Insurance Law. p. 391.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral and Economics*. Nova York: Oxford University Press, 2018.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável