

Leonardo Coelho: Os vetos à LINDB, o TCU e o “erro grosseiro”

O Tribunal de Contas da União exibiu excepcional engajamento na reta final da tramitação do projeto que originou a Lei 13.655/2018, responsável por alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Dentre os diversos temas, de grande relevância prática para o exercício da administração pública e de seu controle, a investida institucional do TCU resultou, por exemplo, no veto aos parágrafos do artigo 28, que assim dispunham:

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

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo.

Restou o *caput*, segundo o qual o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou “erro grosseiro”.

Atendo-se ao vetado parágrafo 1º, vê-se que o parâmetro legal que arremataria a questão adotava a técnica de conferir uma zona de certeza negativa, afirmando o quanto não deveria ser tido por erro grosseiro. Não o seriam nem a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável. O principal, no entanto, nem era isso, mas a parte final do parágrafo, segundo a qual o não aceite posterior dos órgãos de controle ou judiciais não teria o condão de infirmar as fronteiras da tal zona de certeza negativa.

Ora bem, o veto presidencial ao parágrafo 1º firmou seu fundamento na segurança jurídica, ao argumentar que:

A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.

Tomemos esse conjunto de considerações para analisarmos o recém-publicado [Acórdão 1.628/2018](#).

Sob a relatoria do ministro Benjamin Zymler, o Plenário do Tribunal de Contas examinou “a legalidade da gestão dos recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) utilizados pelo Município de Balneário Camboriú para a terceirização das ações de saúde”. Apuradas algumas responsabilidades envolvendo a contratação de prestadores de serviços médico-odontológicos cujos sócios eram empregados da contratante, enfoco aqui a situação da pregoeira.

Considerando que o pregão conduzido em precedência à contratação se deu em 2013, e as sociedades empresárias vencedoras do certame já prestavam serviços “ao hospital desde junho de 2012, mediante contratações por dispensa de licitação”, como não havia, pela administração local, “a preocupação em se verificar se os sócios das empresas detinham vínculo profissional com a municipalidade”, o voto do ministro relator entendeu que a pregoeira teria sido “induzida em erro, ao adotar a presunção de que as empresas estariam em situação regular pelo fato de já estarem prestando serviços ao hospital”. A ausência de parecer jurídico ou manifestação do Tribunal de Contas estadual em sentido diverso também pesaria em seu favor.

Tendo a pregoeira agido de “acordo com a prática comumente adotada na municipalidade”, a falha, ainda que caracterizada, seria de reprovabilidade insuficiente para justificar a aplicação de sanção.

A mesma sorte não alcançaria o então secretário de Gestão Administrativa, devido à sua condição de autoridade homologadora. Dele, se esperaria o acionamento da Procuradoria para se manifestar sobre a matéria, de modo a evitar a falha. Além do mais, teria de algum modo autorizado “a contratação por dispensas de licitação de empresas cujos sócios eram funcionários da municipalidade”, assim induzindo “as pessoas a ele subordinadas, inclusive a mencionada pregoeira, a supor que a prática era lícita”.

Em síntese, haveria erro escusável da pregoeira, ao passo que o erro do secretário teria sido grosseiro. Nada contra o resultado da decisão em si. O mesmo não se diga de sua justificativa última. Para concluir, o voto encerra por afirmar que a conduta do secretário importaria em erro grosseiro por fugir “do referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação”.

Estamos em boa altura para retomar ao veto do parágrafo 1º do artigo 28. Ausentes os parâmetros positivos ou negativos legalmente dispostos para delimitar o erro grosseiro, manteve-se espaço para que o Tribunal de Contas siga determinando o próprio parâmetro de controle que empregará. Definindo parâmetros para si, nada melhor do que fazê-lo elasticamente, de preferência com categorias inexistentes, e assim vazias de substância. Assim, dê-se as boas-vindas ao “administrador médio”, aquele que nem o TCU sabe quem é, mas avoca para si a competência para dizê-lo, no caso concreto, ao “avaliar a razoabilidade” da conduta sob exame. Por vezes, acrescenta: administrador médio, cauteloso e diligente.

O veto pela segurança jurídica nos traz ao controle pautado em categoria inexistente. Possivelmente, também em nome da segurança jurídica. Do controlador, e não dos controlados, claro. Nesse contexto, espera-se mesmo é pelo surgimento de um “administrador médium”, dotado da presciência capaz de antecipar as visões futuras do controlador.

Date Created

08/08/2018
