



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

O TCU e a responsabilidade civil: uma discussão sobre a interpretação da Corte de
Contas da União acerca do art. 28 da LINDB.

Gabriel Pedro Mendes Nunes da Silva Cruz

Brasília
2025

Gabriel Pedro Mendes Nunes da Silva Cruz

O TCU e a responsabilidade civil: uma discussão sobre a interpretação da Corte de Contas da União acerca do art. 28 da LINDB.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Orientadora: Claudia Rosane Roesler

Coorientador: Celso Rodrigo Lima dos Santos

Brasília
2025

Faculdade de Direito – FD
Bacharelado em Direito

GABRIEL PEDRO MENDES NUNES DA SILVA CRUZ

O TCU e a responsabilidade civil: uma discussão sobre a interpretação da Corte de
Contas da União acerca do art. 28 da LINDB.

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Cláudia Rosane Roesler – Orientadora

Prof. Celso Rodrigo Lima dos Santos – Coorientador

Prof. Dr. Rodrigo Valgas dos Santos – Examinador

Prof. Dr. Angelo Gamba Prata de Carvalho – Examinador

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e à minha irmã, cuja dedicação e apoio incondicional permitiram a realização deste sonho. Às pessoas próximas, que estiveram ao meu lado nesta jornada, em especial, aos queridos Vitor Neves, Matheus Freitas, João Paulo Alves, Isabela Lopes, Roberta Louzada, Diego Becker e Gabriel Leite. Com vocês, a vida fica mais leve.

Gostaria de agradecer a Celso Rodrigo Lima dos Santos, cuja orientação, paciência e dedicação foram fundamentais para a realização desta monografia. Seu conhecimento e suas sugestões foram essenciais para o desenvolvimento deste trabalho, e sua constante disposição em me auxiliar tornou todo o processo mais enriquecedor.

À Professora Claudia Rosane Roesler, minha mais sincera gratidão por sua orientação, sabedoria e empenho. Suas contribuições foram essenciais para superar desafios e elaborar este trabalho. Seu comprometimento com o ensino é uma inspiração que levarei comigo.

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar e avaliar a adesão da interpretação do Tribunal de Contas da União, acerca do art. 28, do Decreto-Lei nº4.657/1942 (LINDB), consolidada no Acórdão 2391/2018-Plenário, em relação aos requisitos do Estado de Direito propostos por Neil MacCormick. Em um primeiro momento, realizou-se revisão bibliográfica das obras de Stephen Toulmin, Neil MacCormick e Cavalieri Filho. Em seguida, foi realizada análise do Voto do Relator do Acórdão nº 2391/2018, utilizando o *layout* de Toulmin. Nessa etapa, os argumentos referentes à responsabilização civil foram separados dos demais, inclusive dos de responsabilização administrativa, concentrando o esforço de análise nas razões referentes à obrigação de reparação do Erário. Na sequência, os argumentos foram avaliados pelos critérios de Neil MacCormick (universalizabilidade retrospectiva e prospectiva; consistência; coerência normativa e narrativa; e adequação das consequências). Assim, chegou-se à conclusão de que o referido acórdão não atende os requisitos do Estado de Direito sob a perspectiva de MacCormick. O trabalho contribui para a compreensão do processo decisório do Tribunal de Contas da União e fornece subsídios para futuras pesquisas sobre o tema.

Palavras-chave: TCU; responsabilidade civil; LINDB; Neil MacCormick; Stephen Toulmin

ABSTRACT

The present study aimed to analyze and evaluate the adherence of the interpretation provided by the Federal Court of Accounts regarding Article 28 of Decree-Law No. 4.657/1942 (LINDB), as consolidated in Judgment 2391/2018-Plenary, to the Rule of Law requirements established by Neil MacCormick. Initially, a literature review was conducted on the works of Stephen Toulmin, Neil MacCormick, and Cavalieri Filho. Following this, an analysis was carried out of the Reporter's Opinion in Judgment No. 2391/2018, using Toulmin's argumentative framework. In this stage, the arguments related to civil liability were separated from others, including those concerning administrative liability, with the analysis focusing on the justifications for the obligation to repair the Treasury. Subsequently, the arguments were assessed according to Neil MacCormick's criteria: retrospective and prospective universalizability; consistency; normative and narrative coherence; and the adequacy of consequences. Based on this evaluation, it was concluded that the aforementioned judgment does not meet the requirements of the Rule of Law from MacCormick's perspective. This study contributes to the understanding of the decision-making process of the Federal Court of Accounts and provides insights for future research on the topic.

Keywords: TCU; civil liability; LINDB; Neil MacCormick; Stephen Toulmin.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E QUADROS

Figura 01 – Esquema de Toulmin	31
Figura 02 – Exemplo.....	31
Figura 03 – Esquema de Toulmin completo.....	32
Figura 04 – Exemplo 2.....	32
Figura 05 – Estrutura organizacional do TCU.....	36
Figura 06 – Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	45
Figura 07 – Relação dos diferentes graus de erro.....	48
Figura 08 – Esquema de Toulmin completo.....	64
Quadro 01 – Apresentação dos argumentos.....	64

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – AS FERRAMENTAS DE ANÁLISE E AVALIAÇÃO.....	15
1. Avaliando decisões?.....	15
A. O requisito da universalizabilidade	22
I. A derrotabilidade das normas (defeasibility) em MacCormick.....	24
B. O requisito do consequencialismo.....	25
C. Os requisitos da consistência e da coerência	26
2. Um método de análise	29
CAPÍTULO II – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A	
RESPONSABILIDADE CIVIL	35
1. O funcionamento do TCU.....	35
2. Tomada de Contas Especial.....	37
3. O Art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	42
4. Responsabilidade civil.....	44
5. Sintetização das ideias apresentadas	48
CAPÍTULO III – ANALISANDO E AVALIANDO O ACÓRDÃO DO TCU	50
1. Resumo do caso.....	52
A. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente P	56
B. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente E	57
C. Das considerações do Ministro Relator em relação a Empresa A	59
D. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente C.....	60
E. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente W.....	62
2. Análise dos argumentos utilizando o esquema de Stephen Toulmin	63
3. Avaliação dos argumentos utilizando os critérios de Neil MacCormick.....	67
4. Conclusão da análise e da avaliação	81
CONCLUSÃO.....	89
BIBLIOGRAFIA	91

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propôs investigar o discurso consignado no voto do Ministro Relator e na deliberação do colegiado referente ao Acórdão 2391/2018-Plenário, sob a perspectiva de sua aderência ao Estado de Direito. A partir de tal julgado, o Tribunal de Contas da União passou a entender que a redação do artigo 28 da LINDB estaria restrita aos casos de responsabilidade administrativa, de maneira que o agente público ainda estaria sujeito a ser civilmente responsabilizado nos casos de dano ao Erário, mesmo que o erro seja considerado leve ou médio.¹

Como se sabe, a Lei nº 13.655/2018 inseriu no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) os artigos que vão do art. 20 ao 30. O objetivo principal desses dispositivos foi disciplinar a atuação dos entes estatais com poderes para responsabilizar pessoas físicas ou jurídicas - seja na esfera cível, administrativa ou penal - visando, como prevê sua ementa, a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito público. Esses entes, que podem ser uma autoridade administrativa, controladora ou judicial, no presente trabalho, passam a ser tratados por “entes responsabilizadores”.

Umas das inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 é o art. 28², o qual, a partir da leitura mais ordinária do seu texto, pode-se dizer que limitaria a responsabilidade pessoal do agente público³ aos casos de dolo ou erro grosseiro, sem fazer qualquer restrição quanto à natureza dessa responsabilidade, vale dizer, se penal, civil ou administrativa. Assumida essa interpretação é possível pensarmos que o referido dispositivo contribuiria para mitigar o fenômeno conhecido pelas expressões “Administração Pública do Medo” e “Direito Administrativo do medo”, utilizadas por Rodrigo Valgas do Santos (2020), o qual as conceitua da seguinte maneira:

¹ Aqui, entende-se a responsabilidade administrativa como uma responsabilidade sancionatória que visa multar ou inabilitar o agente ao exercício de cargos e funções. Tal responsabilidade é diferente da responsabilidade civil, a qual visa restituição do dano no caso em questão, o ressarcimento ao erário.

² Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

³ No presente trabalho, será utilizado o conceito de “agente público” adotado por Di Pietro, no sentido de que seria toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta. Disponível em: PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559646784.

Por Direito Administrativo do Medo, queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público. (Santos, R. V., 2020, p. 31).

Esse fenômeno pode contribuir para “engessar” a atuação do gestor público, que teria medo de agir, face à possibilidade de vir a ser responsabilizado, em que pese acreditar estar cumprindo a lei (Santos, R. V., 2020). Percebe-se, portanto, que a limitação de responsabilidade aos casos de dolo ou erro grosseiro (vale dizer, culpa grave) - se assumida a interpretação que parece ser a mais ordinária do texto do Art 28 da LINDB - encorajaria o agente público a agir uma vez que, caso incorresse em erro leve ou médio (vale dizer, culpa leve ou média), não seria responsabilizado por isso.

Ocorre que o TCU, a partir do Acórdão 2391/2018-Plenário, que julgou a Tomada de Contas Especial nº 007.416/2013-0, vem entendendo que a redação do referido artigo estaria restrita aos casos de responsabilidade administrativa, de maneira que o agente público ainda estaria sujeito a ser civilmente responsabilizado nos casos de dano ao Erário, mesmo que o erro seja considerado leve ou médio.

As razões de tal entendimento do TCU estão consolidadas, no voto⁴ do relator do mencionado acórdão, o Ministro Benjamin Zymler. E são essas razões o objeto deste trabalho, o qual foi conduzido sob a perspectiva de teóricos da argumentação jurídica, em especial Neil MacCormick (2008) e Stephen Toulmin (2006), e da responsabilidade civil, principalmente Cavalieri Filho (2014), como será explicitado nas próximas linhas desta introdução. A pergunta que a presente pesquisa visa responder é, na perspectiva de Neil MacCormick (2008), qual a aderência da argumentação do TCU, constante no voto e parte deliberativa do Acórdão 2391/2018, em relação às exigências do Estado de Direito?

Uma hipótese levantada é que o TCU, ao argumentar, no Acórdão 2391/2018, que a responsabilidade civil não estaria compreendida pelo Art 28, da LINDB (de modo que o agente público estaria sujeito à obrigação de reparar o Erário no caso de culpa leve, média ou grave), o faria de maneira não aderente às exigências de equilíbrio entre a

⁴ A decisão é dividida da seguinte forma: relatório, voto e parte deliberativa do acórdão. É no voto que o relator apresenta as razões de decidir.

previsibilidade e o caráter argumentativo do Direito que marcam o Estado de Direito, sob a perspectiva do marco teórico escolhido.

Nessa linha, a fim de contextualizar as obras de Neil MacCormick e Stephen Toulmin, é importante explorar o contexto histórico e filosófico nos quais foram desenvolvidas. Na primeira metade do Século XX, a perturbação social contribuiu, de certa forma, para o renascimento da retórica e a reabilitação da filosofia prática. Nesse contexto, a lógica formal deixa de ser tida como um modelo único de racionalidade em razão dos limites do formalismo e da impossibilidade de se estender a verdade matemática como absoluta em todos os campos da vida (Roesler, 2001, p. 9 e 10).

Nesse contexto, Wittgenstein apresenta a ideia de “jogos de linguagem”, na qual cada linguagem apresenta uma lógica própria (Roesler, 2001, p. 15). A linguagem possui múltiplos significados, mas ainda é possível interpretar o funcionamento de cada jogo. Nessa linha, o foco de estudo passa a ser como os produtos de pensamentos são gerados, de modo que os processos de comunicação se tornam objeto de interesse teórico (Roesler, 2001, p. 17). Dessa forma, conforme afirma Roesler (2001, p. 17), o objetivo é, no âmbito jurídico, compreender a estrutura desse tipo de prática e determinar padrões argumentativos capazes de garantir a racionalidade desses discursos.

Assim, a Teoria da Argumentação Jurídica foi sendo construída a partir do pensamento de quatro autores, os chamados precursores: Theodor Viehweg; Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca; e Stephen Toulmin.⁵ Posteriormente, em meados da década de 1970, autores, como Robert Alexy e Neil MacCormick, seguiram desenvolvendo a teoria, orientando-se por novas preocupações, permitindo denominar essa nova fase de Teoria da Argumentação Jurídica *Standard* (Atienza, 2017, p. 25 e 26; Atienza, 2014, p. 132).

As Teorias da Argumentação Jurídica *Standard* são focadas em decisões judiciais. O seu principal escopo a delimitação de parâmetros que seriam suficientes para definir uma decisão como justificada (Roesler, 2018, p. 30). De tal modo, essas teorias apresentam modelos de análise e de avaliação que visam demonstrar o caminho percorrido pelas razões que fundamentam uma decisão judicial – análise – e julgar se

⁵ Desses autores, apenas Theodor Viehweg desenvolveu seu pensamento no campo do Direito por meio da obra “*Topik und Jurisprudenz*” de 1953. Os demais autores, embora sejam tidos como referência na Teoria da Argumentação Jurídica, desenvolveram seus pensamentos em outros campos.

essas razões atendem a critérios teoricamente construídos – avaliação (Roesler, 2018, p. 31). Isto é, demonstrar como ocorre a passagem de “enunciados universais a decisões para casos concretos, mostrando os padrões decisórios e justificando-os de acordo com indicadores de racionalidade” (Roesler, 2018, p. 28).

Nesse sentido, a análise e a avaliação da decisão se mostram essenciais para o controle da sua racionalidade. No presente trabalho, a racionalidade das decisões corresponde ao equilíbrio entre os ideais da previsibilidade jurídica e o caráter argumentativo, o qual pode ser alcançado pelo atendimento dos requisitos propostos por Neil MacCormick. Nesses termos:

A ideia central é que a racionalidade das decisões, portanto, o equilíbrio entre os dois ideais políticos do Estado de Direito contemporâneo, é atingida quando o julgador justifica seu posicionamento atendendo às exigências de universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências. Essa tarefa passa pela inteligibilidade das razões consignadas pela autoridade decisora ao justificar suas escolhas interpretativas, permitindo assim que seja combatida em seu mérito – no exercício do direito de defesa (dimensão argumentativa) –, além de orientar, de forma segura, a adoção de condutas futuras por parte de indivíduos (previsibilidade). (Santos, C. R. L., 2019, p. 73).

Indo um pouco mais além sobre a análise e a avaliação, pode-se dizer que a avaliação de uma decisão pressupõe que esta tenha sido previamente analisada. Nesses termos, analisar uma decisão seria a atividade de apresentação de seus argumentos e seus elementos, identificando e elaborando uma representação adequada da argumentação utilizada. Por exemplo, por meio da análise é possível identificar as bases teóricas e fáticas de um argumento, bem como o seu peso relativo em relação a outros argumentos (Atienza, 2017, p. 80).

A atividade de avaliar, por sua vez, seria a verificação da argumentação de uma decisão, cotejada a critérios específicos. No Brasil, os órgãos decisores possuem o dever de fundamentação,⁶ de modo que o controle desse dever estatal passa a ser um direito daqueles que se interessem, em alguma medida, pela decisão. Assim, na presente

⁶ Art. 93, IX e X, da Constituição Federal; Art. 20 e seguintes do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB).

pesquisa, foram utilizados os critérios de Neil MacCormick como ferramenta de avaliação para verificar a aderência do Acórdão 2391/2018-Plenário do TCU ao Estado de Direito.

No primeiro capítulo, abordou-se as concepções de MacCormick (2008). Na visão desse autor, uma decisão aderente ao Estado de Direito deve equilibrar dois ideais: a previsibilidade jurídica; e o caráter argumentativo. Para tanto, ele sugere que tal equilíbrio pode ser alcançado pelo decisor através do atendimento dos seguintes requisitos: universalizabilidade; consistência; coerência; e adequação das consequências. Ainda no primeiro capítulo, foram abordados os conceitos do *layout* proposto por Stephen Toulmin (2001), a saber: alegação (*claim*); dados (*data*); garantia (*warrant*); apoio (*backing*); qualificadores modais (*qualifiers*); e condições de refutação (*rebuttals*). Tal esquema será utilizado como ferramenta de análise da argumentação utilizada no acórdão, de modo que será possível mapear a fundamentação do acórdão e identificar seus principais pontos.

No segundo capítulo desta pesquisa, foram explanadas as atribuições e estrutura do Tribunal de Contas da União, com enfoque na competência julgadora e na natureza jurídica da Tomada de Contas Especial. Além disso, foram explorados o conceito de responsabilidade civil e dos seus elementos, utilizando-se a obra de Cavalieri Filho (2014) como base. A análise desses pontos se mostra necessária, uma vez que a responsabilidade civil é a matéria central tratada no acórdão.

No terceiro capítulo, a fundamentação do Acórdão 2391/2018-Plenário foi analisada através do *layout* proposto por Stephen Toulmin e, posteriormente, avaliada de acordo com os critérios de Neil MacCormick. Na conclusão, apresentou-se os principais pensamentos e considerações constatados diante do resultado obtido.

CAPÍTULO I – AS FERRAMENTAS DE ANÁLISE E AVALIAÇÃO

1. Avaliando decisões?

De início, é necessário levantar algumas perguntas: É possível avaliar objetivamente uma decisão? Nos chamados “casos difíceis” ou “casos problemáticos” (*hard cases*), existe apenas uma resposta correta? Quais são os critérios para avaliar uma decisão? Essas perguntas são capazes de gerar, cada uma, um trabalho, uma dissertação ou tese a depender da profundidade com que se pretende abordar o tema. Não existe resposta simples aos questionamentos apresentados. As respostas vão variar de acordo com a corrente filosófica/jurídica adotada. Contudo, os órgãos julgadores, seja na esfera judicial, administrativa ou legislativa, lidam com questões práticas tais como as perguntas apresentadas, de modo que elas não podem ficar sem respostas. Nesse contexto, a obra de Neil MacCormick (*Rethoric and the Rule of Law*) pode ajudar a responder essas perguntas.

Neste capítulo, pretende-se explorar brevemente os principais conceitos utilizados por MacCormick (2008) na obra “Retórica e o Estado de Direito” (*Rethoric and the Rule of Law*). Para tanto, será apresentada a visão do autor acerca do Direito. Em seguida, explorar-se-á a importância da argumentação para a sua teoria. Posteriormente, serão feitas considerações acerca do silogismo jurídico e dos critérios de avaliação.

A obra “Retórica e o Estado de Direito” apresenta uma teoria da argumentação jurídica que parte de uma visão pós-positivista do Direito, a qual o autor nomeia como “Teoria Institucional do Direito”. Apesar de uma variedade de autores serem taxados como “pós-positivistas”, mesmo apresentando teorias divergentes, é possível denominar algumas características comuns, tais como: a atenção dada ao aspecto argumentativo do fenômeno jurídico; e a recusa da perspectiva positivista de que é necessário isolar o fenômeno jurídico dos fenômenos sociais correlatos, como a moral ou a política. (Roesler, 2014, p. 52).

Seguindo essa linha, MacCormick entende o Direito como uma ordem normativa institucional. Isso quer dizer que o Direito é um conjunto de regras institucionalizadas no qual as pessoas acreditam e baseiam suas expectativas. Essas pessoas podem ter razoável certeza sobre as regras e sobre os padrões pela qual sua conduta será julgada e sobre o

que precisa ser feito para que suas transações tenham validade jurídica (MacCormick, 2008, p. 22) Essa característica é denominada como o ideal da previsibilidade jurídica.

O Estado de Direito é marcado pela submissão dos cidadãos e, principalmente, do Estado às normas jurídicas, de modo que a prática social/estatal é realizada dentro de uma “moldura ditada pelo Direito” (MacCormick, 2008, p. 17). Essa moldura é capaz de fornecer um certo grau de previsibilidade nas relações ocorridas não apenas entre os cidadãos, mas também entre eles e o Estado. Assim, essa ‘moldura’ delimitada pela ordem normativa institucional (o Direito) é essencial para as relações sociais, uma vez que concede previsibilidade para que os agentes possam atuar de maneira a planejar suas ações e saberem antecipadamente as consequências de seus atos. Além disso, mostra-se essencial também para coibir intervenções estatais arbitrárias (Santos, C. R. L., 2017, p. 20 a 22). Esses pontos evidenciam o caráter da previsibilidade do Estado de Direito, o qual poderia ser questionado, em tese, pelo caráter argumentativo do Direito.

Apesar da existência de um aparato de normas destinado a assegurar as expectativas construídas pelas relações entre os cidadãos/Estados, não é possível ignorar que o Direito é marcado por controvérsias. Por exemplo, ao mesmo tempo em que é garantido ao cidadão determinado direito, é garantido a ele também a possibilidade de defender seu ponto de vista desse determinado direito. Nesses termos, é possível que haja discordância sobre a interpretação de uma palavra ou norma, sobre algum elemento de prova, sobre a interpretação dos fatos, sobre a classificação de determinado fato. Essa possibilidade de defender determinada visão, convicção ou opinião, aliada à ambiguidade e à vagueza da linguagem natural, evidencia o caráter argumentativo do Direito.

Assim, MacCormick (2008, p. 8) deduz que a ordem institucional pode ser vista como uma moldura de compreensão e interpretação entre várias pessoas num contexto social. Tal interpretação envolve interesses e valores de grande importância para os indivíduos, de modo que, num contexto de uma decisão judicial, a interpretação é acompanhada de uma prática argumentativa e por decisões que são geradas a partir da “guerra” de argumentos rivais.

A descrição apresentada dos dois ideais – a previsibilidade jurídica e o caráter argumentativo do Direito – faz parecer que eles são antagônicos, de modo que sua conciliação seria inviável. Mas ambos visam proteger os indivíduos contra as arbitrariedades estatais. A previsibilidade jurídica está ligada à ideia de as pessoas

saberem, antecipadamente, o que é permitido, proibido e obrigado e, com isso, poderem planejar suas vidas, conhecendo previamente as consequências dos seus atos. (Santos, C. R. L., 2019). Por outro lado, o ideal argumentativo do Direito liga-se à possibilidade de os indivíduos defenderem-se contra intervenções ou omissões estatais que entendam por indevidas. Tal caráter ganha espaço diante da imprecisão inerente à linguagem natural e dos princípios gerais do Direito, que evidenciam normas com conceitos gerais, as quais passam a ser adaptadas a depender do caso (Santos, C. R. L., 2019, p. 20 a 22).

A relação entre esses dois ideais não é de oposição ou de antagonismo, mas de complementação. O caráter argumentativo é complementado pela previsibilidade, e o contrário também é válido. Desse modo, ao mesmo tempo em que a ordem normativa institucional fornece parâmetros que funcionam como moldura para a atuação dos agentes, fornece também parâmetros para que esses agentes defendam seus interesses, seja em face do Estado, seja em face de outros agentes:

No final das contas, é preciso reconhecer que a representação original do princípio do Estado de Direito como antítese do "Caráter Argumentativo do Direito" consistia em uma afirmação equivocada da ênfase que esse princípio daria à certeza no Direito. (...)

A certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcional (defeasible), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcional da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos. (MacCormick, 2008, p. 38)⁷

Continuando, percebe-se, portanto, que, diante da igual importância entre esses dois ideais – a previsibilidade e o caráter argumentativo –, é necessário que eles estejam em equilíbrio para atender às exigências do Estado de Direito (Santos, C. R. L., 2019, p. 73). Esse equilíbrio, na visão do autor, pode ser alcançado, no momento da aplicação do

⁷ No presente trabalho, optou-se pela utilização do termo “previsibilidade” no lugar de “princípio do Estado de Direito”. Isso, pois, conforme a nota dos tradutores da obra de MacCormick (2008, p. XXVI e XXVII), a expressão “princípio do Estado de Direito” foi utilizada para traduzir “Rule of law”. Esse sentido corresponde ao termo de “previsibilidade” utilizado por Celso Rodrigo Lima dos Santos na obra O julgamento dos “casos de excessivo rigor” pelo Tribunal de Contas da União” (2019).

Direito, por meio de decisões que se justifiquem observando quatro critérios específicos: a consistência, a coerência, a universalizabilidade e a adequação das consequências. Esses critérios funcionam como um guia que o julgador deve seguir no momento da sua argumentação (Santos, C. R. L., 2019, p. 23 e 80). Assim, a compreensão de MacCormick acerca da argumentação merece ser explorada antes da explanação dos critérios.

A fim de compreender melhor a argumentação na obra de MacCormick, é válido explorar alguns conceitos apresentados por Atienza (2017, p. 31), o qual demonstra que há várias interpretações sobre o que, de fato, seria argumentar. Atienza apresenta três principais concepções sobre a argumentação: formal; material; pragmática. A concepção formal entende a argumentação como uma série de enunciados interligados, de modo que o foco seria a correção/verdade entre os enunciados e suas conclusões. Em outras palavras, na concepção formal se trata da lógica formal. A concepção material, por sua vez, se concentra no conteúdo das premissas fáticas e normativas que constituem o argumento. A concepção pragmática entende a argumentação como uma atividade linguística, de modo que pode ser subdividida em dois enfoques: o da retórica, que seria voltado para a persuasão; e o da dialética, no qual a argumentação é fruto de uma interação entre os participantes.

Parece que MacCormick adota todas as concepções: formal, material e pragmática de argumentação. Isso porque ele não desconsidera o silogismo jurídico, mas o contrário: como exposto a seguir, o silogismo desempenha papel importante na argumentação jurídica. Essa consideração do silogismo evidencia que a argumentação para MacCormick também teria um caráter formal. Além disso, o caráter material também seria adotado por MacCormick, já que o autor destaca a importância do conteúdo das premissas, de modo que a argumentação seria uma “guerra” pelo estabelecimento das premissas. Ou seja, o conteúdo das premissas, que seriam as bases para a determinação de enunciados, podem ser objetos de discordância entre os litigantes. Por isso, é possível entender que MacCormick adota também uma concepção material da argumentação. Pode-se dizer também que MacCormick adota também a concepção pragmática, pois entende que a argumentação jurídica também apresenta um caráter retórico porque precisa convencer os destinatários.

Diante disso, a argumentação da decisão é peça central da teoria de MacCormick, pois é nesse momento em que o conflito entre o caráter argumentativo e a previsibilidade é solucionado. A argumentação de uma decisão apresenta, então, uma perspectiva

retórica, uma vez que é necessária a persuasão para que determinados argumentos em defesa de determinada asserção prevaleçam sobre os argumentos opostos. Essa perspectiva retórica não satisfaz as necessidades do Estado de Direito, uma vez que a persuasão, por si só, não é capaz de garantir uma forma de sindicabilidade da argumentação produzida. Desse modo, a argumentação deve apresentar também uma perspectiva procedimental, capaz de fornecer critérios objetivos das conclusões apresentadas. Na visão de MacCormick, tais critérios devem ser buscados, quando o silogismo jurídico não for suficiente, situações que o autor nomeia como “casos problemáticos”.

O silogismo é elemento central dos sistemas jurídicos porque evidencia a fundamentação jurídica das alegações dos litigantes. A fundamentação jurídica utilizada normalmente é a lei, que demonstra quais fatos são relevantes para a questão tratada (MacCormick, 2008, p. 46). Por exemplo, se uma lei dispõe sobre a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, é evidente que os fatos relevantes a serem tratados pelos litigantes giram em torno da existência de um ato, da existência de uma lesão, do nexo causal entre o ato e a lesão, e da ausência de excludentes de responsabilidade. Dessa forma, a lei dispõe de premissas universais a serem aplicadas, e os litigantes discutem se o caso debatido se adequa a tais premissas previstas em lei (MacCormick, 2008, p. 49). Logo, a pretensão deduzida pelo litigante é fruto da aplicação do silogismo, no qual o caso debatido é uma aplicação particular daquilo que está previsto de maneira universal na lei. O silogismo, então, tem sua aplicação justificada porque “fornece a moldura dentro da qual os demais argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos” (MacCormick, 2008, p. 57).

Percebe-se, então, que a premissa maior do silogismo seria aquilo disposto em lei. MacCormick entende que a premissa maior do silogismo é composta por um “Fato Operativo” (FO) e por uma “Consequência Normativa” (MacCormick, 2008, p. 43). Assim, a premissa maior do silogismo seria expressa da seguinte maneira: “sempre que o fato X ocorrer, então haverá a consequência Y”. O “fato X” é o “Fato Operativo” (FO), e a “consequência Y” corresponde à “Consequência Normativa” (CN). Nessa linha, a ocorrência na vida real daquilo que foi previsto na norma (“fato X” - FO) acarreta a consequência Y. Assim, é possível dizer que “sempre que ocorrer FO, a consequência será CN”. De tal modo, a operação do silogismo é composta pela premissa maior (norma jurídica que prevê um Fato Operativo e uma Consequência Normativa) e pela premissa

menor (fato que ocorreu no mundo natural), de modo que a conclusão deriva dessas premissas. A aplicação desse silogismo, contudo, pode ser problematizada pelos interessados, uma vez que qualquer elemento da aplicação do silogismo pode ser passível de questionamento.

Nessa linha, os casos que são resolvidos sem que tenha ocorrido qualquer problematização são chamados por MacCormick de “casos claros”. No outro lado, figuram os “casos problemáticos”, que são os casos em que os interessados apontaram problemas na aplicação de determinada norma, de modo que tal problema não pôde ter sido resolvido de maneira sumária pelo decisor (MacCormick, 2008, p. 68). Nesses “casos problemáticos”, a argumentação gira em torno do estabelecimento de premissas, as quais servem como base para a razão justificadora adotada na decisão.

Então, a seguinte pergunta passa a surgir: os problemas na aplicação do silogismo são infinitos? Como respostas, tem-se: sim e não. Os problemas são infinitos porque qualquer elemento pode ser problematizado. Assim, qualquer palavra, qualquer elemento fático, tudo. Por outro lado, MacCormick entende que todos esses problemas podem ser divididos em quatro categorias: os problemas de interpretação; os problemas de classificação/qualificação; os problemas de avaliação, os problemas relacionados à prova; e os problemas de relevância.

O problema de interpretação ocorre quando há mais de uma interpretação aplicável à norma, de modo que apenas uma deve prevalecer (MacCormick, 2008, p. 58 e 164). Assim, na aplicação de “sempre que FO, então CN”, é possível questionar qual a interpretação ideal de FO. Ainda utilizando do exemplo da responsabilidade objetiva da relação de consumo, podem ser constatadas dúvidas sobre a interpretação do que é “consumidor”, sobre o que seria “produto”, “consumo”, etc.

O problema de classificação ocorre quando há dúvidas sobre à qual norma o fato discutido deve ser subsumido (MacCormick, 2008, p. 55 e 58). Os fatos discutidos na lide não seriam a concretização de FO. Em outras palavras, os fatos discutidos não podem ser subsumidos pela norma, pois não estão abarcados por ela. Por exemplo, seguindo a ideia de responsabilidade objetiva nas relações de consumo, o réu poderia alegar que: o autor não se encaixa no conceito de “consumidor”; a relação jurídica entre eles não é uma relação de “consumo”; etc. Percebe-se que a problematização gira em torno da inclusão

ou não dos fatos às normas, o que MacCormick denomina como problema de classificação.

O problema de avaliação está relacionado ao alcance da premissa maior do silogismo jurídico. A presença de conceitos indeterminados nas normas pode acarretar dúvidas quanto às situações que se enquadrariam em tal conceito (MacCormick, 2008, p. 58). Percebe-se que o problema de avaliação é bastante similar ao problema de classificação, mas eles não são iguais. O problema de avaliação dispõe sobre o alcance da norma, enquanto o problema de classificação dispõe se os fatos estariam sendo abrangidos na classificação de tal norma (Santos, C. R. L., 2019, p. 41 e 42).

O problema de relevância ocorre quando não é possível determinar a norma aplicável ao caso em questão (MacCormick, 2008, p. 58). Segundo o autor, esse problema costuma ser mais frequente nos sistemas de *common law* ou nas matérias não codificadas dos sistemas que adotam o *civil law*.

O problema de prova ocorre quando há divergência em relação aos fatos do caso (MacCormick, 2008, p. 58). Por exemplo, em relação à responsabilidade objetiva das relações de consumo, um problema de prova que pode ocorrer seria a existência ou não de dano/resultado. A parte ré poderia alegar que, embora tenha praticado determinado ato, não restou comprovada qualquer lesão a determinado consumidor.

Então, diante de tais problemas, que não foram resolvidos sumariamente, o julgador está diante de um “caso problemático”. Na opinião de MacCormick, esses casos não apresentam uma única solução correta. A argumentação da decisão deve, então, ser capaz de solucionar o entrave, mas de maneira razoavelmente racional. Embora não haja uma resposta certa para a resolução do caso, é possível se valer de elementos que conduziriam o julgador a melhor decisão. Desse modo, “uma decisão justificada racionalmente seria a forma de pavimentar o caminho do decisor na busca do equilíbrio entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa” (Santos, C. R. L., 2019, p. 72). A argumentação da decisão se mostra como elemento que concilia esses dois ideais do Estado de Direito, diante das situações em que o silogismo jurídico se mostrou insuficiente. Portanto, a racionalidade da argumentação das decisões judiciais pode ser alcançada pelo atendimento do julgador aos requisitos da universalizabilidade, consistência, coerência e adequação das consequências (Santos, C. R. L., 2019, p. 73).

A. O requisito da universalizabilidade

O primeiro requisito apresentado por MacCormick (2008, p. 28 e 29) é a universalizabilidade, o qual está intimamente ligada com a ideia de aplicação do próprio direito: a de tratar de maneira igual os casos iguais. Nessa linha, no caso de, perante determinadas circunstâncias fáticas, uma razão ser utilizada como justificativa para determinado entendimento, essa mesma razão deverá ser utilizada quando aquelas circunstâncias fáticas se repetirem. Por isso MacCormick entende que as razões devem ser “universalizáveis”, uma vez que a razão deve se repetir nos casos que apresentarem circunstâncias fáticas semelhantes.

É possível perceber, portanto, que o requisito da universalizabilidade apresenta uma perspectiva voltada para o passado e outra para o futuro (MacCormick, 2008, p. 197). Tratar de maneira igual casos iguais exige um compromisso com as decisões prolatadas anteriormente, de modo que a mesma razão seja aplicada no presente caso em razão das mesmas circunstâncias. Essa consideração acerca das decisões passadas é denominada de universalizabilidade retrospectiva. Por outro lado, a universalizabilidade prospectiva é voltada para o futuro, de modo que a razão adotada no presente caso deverá ser aplicada nos casos seguintes. Conforme aponta Santos:

O critério da universalidade, na visão de Atienza (2017) e MacCormick (2008), deve ser compreendido sob duas perspectivas: uma atenta ao passado e outra ao futuro. Com relação ao passado (que, a partir de então, será denominada de “universalidade retrospectiva”), assenta-se na concepção de que uma conduta que venha a ser julgada, no caso presente, como aprovada (ou reprovada), diante de determinadas circunstâncias, deverá ter sido julgada dessa mesma forma em casos anteriores (claro, desde que a decisão do caso presente não seja original). Com relação à perspectiva voltada para o futuro (que, a partir de então, será denominada de “universalidade prospectiva”), a conduta considerada aprovada (ou reprovada), na decisão presente, deverá ser assim considerada em todos os outros julgados em que ela venha a se

repetir, diante das mesmas circunstâncias. (Santos, C. R. L., 2019, p. 83)⁸

As considerações feitas até o momento sugerem o compromisso do julgador em adotar determinada razão, quando se deparar com determinadas circunstâncias. Isso, contudo, não significa que tais razões sejam absolutas.

A aplicação de determinada razão mediante determinados elementos fáticos pode ser excepcionada por circunstâncias adicionais. Por sua vez, essas circunstâncias irão exigir o estabelecimento de uma nova razão justificadora. Essa nova razão justificadora, então, deverá ser aplicada nos demais casos em que as circunstâncias adicionais se configurarem. Percebe-se, então, que todo caso, por mais singular que seja, deve apresentar uma razão justificadora universalizável, pois essa razão deverá ser replicada sempre que as mesmas circunstâncias se constituírem. Assim, MacCormick (2008, p. 116) não descarta completamente o particularismo, mas o enxerga de maneira diferente: qualquer proposição universal pode estar sujeita a exceções, de modo que a nova razão diante de tais exceções passa a ser uma proposição universal. É possível notar que o conceito de universalizabilidade está relacionado diretamente aos ideais da previsibilidade jurídica e do caráter argumentativo do Direito. Na universalizabilidade, a previsibilidade reside no fato de que a aplicação da razão julgadora será reproduzida mediante situações já previstas pelos agentes. Isso, porém, não interfere na possibilidade de argumentar ou problematizar essa razão julgadora diante de novos fatos. Essa derrotabilidade ou excepcionalidade da razão justificadora é apresentada por MacCormick como “*defeasibility*”.

Nas palavras do autor, a excepcionalidade ou *defeasibility* ocorreria quando “um arranjo desenhado para atingir certos efeitos jurídicos deixa de operar para atingir tais efeitos por causa da ocorrência de circunstâncias anômalas” (MacCormick, 2008, p. 311). Em outras palavras, é a “não aplicação” de uma razão por causa de circunstâncias únicas, de modo a preservar outros valores. Por exemplo, o herdeiro que pratica homicídio contra o testador a fim de receber a herança. A partir desse exemplo, o qual é mencionado pelo próprio autor, é possível observar que, num primeiro momento, o argumento seria a de que o herdeiro faz jus à herança, conforme previsto em regras do direito sucessório. Contudo, a situação anômala consistente no fato de que o próprio herdeiro provocou o

⁸ A expressão “universalidade” utilizada por Santos, C. R. L. corresponde à expressão “universalizabilidade” utilizada neste trabalho.

falecimento do testador, de modo que demonstra uma particularidade do caso concreto na qual a razão que seria aplicada deve ser excepcionalizada. Assim, para o autor, não é o direito subjetivo que é excepcionável, mas sim as condições para a concretização desse direito é que podem ser excepcionadas (MacCormick, 2008, p. 315).

I. A derrotabilidade das normas (*defeasibility*) em MacCormick

Defeasibility pode ser expressa ou implícita. No primeiro caso, as condições de excepcionalidade para aplicação de um direito são previstas expressamente pela lei ou pelo precedente. A *defeasibility* implícita, por outro lado, ocorreria quando os princípios e valores implícitos interagem de forma evitar a aplicação do direito.

A excepcionalidade – *defeasibility* – é, pois, uma característica inerente ao Estado de Direito em razão da forma dialética do processo judicial. No ordenamento jurídico brasileiro, em um processo jurídico, inicialmente, pode ser solicitada ao juízo a constituição de uma nova relação jurídica, a condenação do réu à uma obrigação, ou até mesmo a declaração do modo de ser de uma relação jurídica ou da autenticidade de um documento. Seja qual for, até mesmo nos casos de jurisdição voluntária, é concedido a outra parte a possibilidade de apresentar circunstâncias que excepcionariam a pretensão deduzida.

É possível notar, então, que a ideia de *defeasibility* está intimamente ligada com a ideia de universalizabilidade. Este requisito visa a consideração da reprodução de uma razão justificadora para casos em que determinadas condições estejam configuradas. Contudo, conforme demonstrado acima, situações anômalas podem surgir, de forma a ser um caso excepcional no qual aquela razão justificadora não deve ser aplicada. É assim, portanto, que MacCormick (2008, p. 125) aceita o particularismo: uma forma de abertura para novas circunstâncias particulares, as quais são excepcionais em um primeiro momento, mas passam a ser universalizáveis em seguida, pois deverão ser aplicadas sempre que aquelas circunstâncias anômalas se repetirem. A ideia de universalizar determinada razão justificadora deve levar em consideração também algumas consequências de tal ato (MacCormick, 2008, p. 330), o que evidencia outro requisito para uma boa argumentação: o consequencialismo.

B. O requisito do consequencialismo

O requisito do **consequencialismo** está associado à ideia de que a argumentação consequencialista não deve focar em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas sim na conduta possível e em seu determinado *status* normativo à luz da decisão que está sendo considerada. Essa concepção está inserida de maneira intermediária entre duas concepções extremas: a) de um lado, a concepção de que o julgador deve levar em consideração todas as consequências que poderão ser geradas por determinado entendimento; b) de outro lado, a concepção de que o julgador não deve considerar qualquer consequência. Nenhuma dessas concepções é aceitável para MacCormick (2008, p. 136).

Na visão do autor, a primeira concepção apresentada exclui qualquer possibilidade de uma decisão racionalmente justificada. Isso porque a consideração da totalidade das consequências está relacionada à maximização de um custo-benefício. Essa concepção, então, adotaria um critério único de valor, a partir do qual os cálculos de custo-benefício seriam feitos. É possível concluir que essa concepção apresenta um viés utilitarista, de modo que levaria o julgador a reduzir importantes questões morais a meras comparações de custo-benefício, algo que violaria claramente o Estado de Direito. Além disso, a busca por tal maximização encontraria óbice na prática, uma vez que o futuro é incerto e as cadeias de consequências se estendem infinitamente (MacCormick, 2008, p. 136).

A segunda concepção ignora completamente as consequências da decisão, de forma que também excluiria qualquer justificativa racional. As decisões ou demais atos são, por sua natureza, constituídas por suas consequências. Além disso, conforme já exposto neste trabalho, o estabelecimento de uma razão justificadora consiste em afirmar que tal razão será replicada para os demais casos iguais. Ignorar esse ponto, que é essencial ao Estado de Direito, é impraticável.

Desse modo, MacCormick (2008, p. 142) propõe que o julgador considere apenas as consequências jurídicas de sua decisão. Para tanto, o julgador poderia se fazer a seguinte pergunta: “quais comportamentos serão permitidos e quais comportamentos serão proibidos com essa decisão?” (Rubinger-Betti, Roesler, 2019, p. 145). A escolha mais acertada seria aquela que mais se adequa aos valores da área do Direito no qual a

decisão está inserida (MacCormick, 2008, p. 152). Assim, a avaliação das consequências deve considerar os valores de determinada área do Direito. Como definição de valores, MacCormick aduz:

[Valores são] estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins. Se essas duas proposições são aceitas, então parece haver considerável sobreposição entre "valores" e "princípios". (MacCormick, 2008, p. 251)

Sobre a diferença entre valores e princípios, MacCormick entende que “Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga” (MacCormick, 2008, p. 251) de modo que “Princípios fornecem orientação ampla sobre a busca de valor num contexto de atividade regulada por regras” (MacCormick, 2008, p. 252).

C. Os requisitos da consistência e da coerência

A consistência é um requisito satisfeito pela não-contradição (MacCormick, 2008, p. 248). Esse requisito compreende dois aspectos: o lógico-formal e a justificação de eventual conflito de regras (Santos, C. R. L., 2019, p. 88). No lógico-formal, tem-se que a decisão não pode apresentar conflitos internos na dedução das conclusões. No aspecto relacionado ao conflito de regras, é necessário que seja justificada a escolha de determinada regra em desfavor de outra. Nesses termos, uma decisão não pode contradizer normas, tampouco apresentar contradições em relação a si mesma (Rubinger-Betti, Roesler, 2019. p. 143). Enquanto a consistência é atrelada, em parte, às normas, a coerência está ligada aos princípios e aos fatos.

MacCormick (2008, p. 248) define “coerência” como um “grupo de proposições que, tomadas em conjunto, faz sentido na sua totalidade”. De acordo com Santos, C. R. L., (2019, p. 89 e 90) o critério da coerência pode ser visto como a expressão de uma ligação dos argumentos utilizados ao ordenamento jurídico (coerência normativa) e aos fatos narrados (coerência narrativa). A coerência normativa, então, está associada a todo o conjunto da ordem normativa institucional, e a coerência narrativa está associada aos fatos discutidos na realidade.

Diante desses conceitos, pode-se questionar: o que é ‘fazer sentido’? MacCormick entende que uma determinada razão justificadora, seja ela uma decisão ou norma, é capaz de apresentar sentido (‘fazer sentido’) quando está de acordo com os valores e princípios de determinada atividade. No caso de normas, seria a existência de um valor ou grupo de valores aos quais as leis sirvam (MacCormick, 2008, p. 249 e 250). No caso da argumentação no âmbito judicial, seria a expressão de valores de determinado ramo do Direito.

A coerência normativa está fortemente relacionada ao ideal de previsibilidade do Direito. A ordem normativa expressa valores de um grupo de pessoas por meio de regras que detalham tais valores. Essas agem em conformidade com o ordenamento e baseiam suas expectativas considerando esses valores. O julgador, portanto, deve buscar a expressão desses valores, de modo que a decisão seria desdobramento de princípios mais gerais.

É fácil perceber que o conceito de coerência normativa é simples, mas não é possível dizer o mesmo sobre a sua aplicação. “Casos problemáticos” são problemáticos justamente porque não podem ser resolvidos pela simples aplicação do silogismo jurídico, de modo que são caracterizados pelo conflito de valores essenciais. Diante desse conflito, é possível dizer que um novo Direito é criado, mas com base em um Direito existente, de modo que a coerência funciona como uma moldura de referência. A decisão proferida (o Direito novo), portanto, estaria sendo feita sob os limites daquilo que o julgador considerou como princípios mais relevantes extraídos do conflito (MacCormick, 2008, p. 267).

Ao lado da coerência normativa, está a coerência narrativa. MacCormick (2008, p. 288) parte do pressuposto de que as descrições do passado são sempre parciais e que, em um contexto processual, não se debate os fatos em si, mas sim as narrativas apresentadas, uma vez que cada parte tem sua própria reivindicação a fazer e seleciona os fatos que a sustentam. Isso, pois, a narrativa apresentada em um processo judicial visa, por óbvio, uma pretensão não atendida. Dessa forma, ao relatar os fatos, a parte autora ou a parte ré relatariam de maneira a preservar sua versão, não por má-fé, mas por ser essa a natureza.

A coerência narrativa “fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos” (MacCormick, 2008, p. 294). Esse

teste utiliza a percepção para averiguar a possibilidade de explicar uma proposição (ou determinado fato) utilizando o mesmo esquema explicativo que explica as demais proposições (demais fatos) considerados verdadeiros. Assim, entende o autor que “[...] [a] história mais coerente entre histórias mutuamente inconsistentes é aquela que envolve o menor grau de improbabilidade por meio de tal teste” (MacCormick, 2008, p. 294).

MacCormick define coerência narrativa da seguinte maneira:

Uma descrição de um evento ou de um complexo de eventos passados é digna de crédito somente se for coerente. Para tanto, é necessário que não haja inconsistências lógicas inexplicáveis entre quaisquer de seus elementos factuais, e que haja alguma explicação causal ou motivacional de todo o complexo de eventos formulados por meio de frases factuais, complexo que, como um todo, constitui uma explicação satisfatória de tais eventos. (MacCormick, 2008, p. 295).

Desse modo, é possível notar que, em uma perspectiva, o requisito da coerência admite gradação, enquanto o requisito da consistência não (Atienza, 2017, p. 107). O fato de valores e princípios serem conceitos vagos evidencia que o atendimento ao critério da coerência normativa ocorre de forma gradativa. Por outro lado, o requisito da consistência não admite gradações: ou esse requisito é atendido ou não. Isso porque a não-contradição pode ser facilmente verificada, seja a não-contradição das deduções da decisão ou a não-contradição do conflito de regras.

Os requisitos apresentados por MacCormick devem ser utilizados como uma forma de guiar o julgador perante os casos problemáticos. Ou seja, os requisitos são aplicados durante a elaboração da argumentação. Então seria possível fazer o caminho contrário? O caminho contrário consistiria em analisar uma decisão ou sua argumentação através dos requisitos apresentados por MacCormick. Conforme o trecho colecionado abaixo, Manuel Atienza entende que sim. Da mesma maneira que o decisor se vale desses requisitos como guia, seria possível avaliar, de maneira objetiva, a decisão por meio desses requisitos:

Importante destacar que, embora MacCormick (2008) não apresente os requisitos como critérios para avaliar decisões, essa seria uma ideia implícita em sua teoria. Afinal, a exigência de se construir os fundamentos da decisão guiados por determinados requisitos, que consubstanciariam exigências dos ideais do Estado de Direito

contemporâneo, permite que se utilize esses mesmos requisitos como instrumentos para avaliar se a decisão está acolhida pelos ideais do Estado de Direito contemporâneo. Portanto, a proposta de Atienza (2017) é um convite à mudança de perspectiva, a partir desses requisitos, de modo a agregar a eles o viés de controle estatal, presente nas aspirações fundantes do Estado de Direito. (Santos, C. R. L., 2019, p. 81).

Feitas as considerações acerca da teoria de MacCormick, vale a pena voltar às perguntas apresentadas no início deste capítulo: é possível avaliar objetivamente uma decisão? Nos chamados “casos difíceis” ou “casos problemáticos” (*hard cases*), existe apenas uma resposta correta? Quais são os critérios para avaliar uma decisão?

É possível avaliar objetivamente⁹ uma decisão? À luz da teoria de MacCormick e do pensamento de Manuel Atienza, sim. Embora MacCormick entenda que não há uma única resposta correta para os casos problemáticos, os requisitos apresentados podem guiar o julgador a uma boa argumentação. Nesse sentido, seguindo as ideias de Atienza, esses mesmos requisitos podem ser utilizados como forma de avaliação dessa decisão.

Para tanto, antes de qualquer avaliação, é essencial uma análise dos argumentos apresentados, a qual fornecerá um mapeamento dos argumentos e, por conseguinte, maior clareza. Assim, o esquema proposto por Stephen Toulmin é capaz fornecer as ferramentas necessárias para análise.

2. Um método de análise

Conforme exposto na introdução, Stephen Toulmin foi um dos precursores da Teoria da Argumentação Jurídica. Sua obra, *The Uses of Argument*, publicada originalmente em 1958, propõe a uma nova visão sobre a lógica. Para tanto, Toulmin sugere uma “lógica de jurisprudência”, a qual apresentaria maior aplicabilidade prática. Compreender esse contexto é essencial para compreender os elementos do *layout* proposto por esse autor, que será utilizado como ferramenta para analisar o acórdão

⁹ É importante destacar que, aqui, não se trata de uma objetividade pura e simples, mas da construção de uma possibilidade de verificação intersubjetiva em um auditório composto pelos diretamente envolvidos e pela comunidade jurídica.

Acórdão 2391/2018-Plenário. Desse modo, primeiro será explorada a proposta do autor de “lógica como jurisprudência”. Em seguida, serão explicados os elementos do modelo de Toulmin. A exploração das preposições apresentadas pelo autor é necessária para que seja possível compreender, mesmo que de maneira superficial, a limitação do modelo tradicional de argumentos.

Toulmin (2001, p. 10) propõe uma nova visão da lógica, de modo que a compara com a “jurisprudência”. O autor utiliza o termo “jurisprudência” não como um entendimento proveniente de decisões judiciais, mas sim como uma prática na qual os argumentos são construídos. Na prática jurídica, os argumentos são postos à prova de maneira procedimental, de modo que cada elemento do argumento deve ser provado como se alguém estivesse questionando sua validade. O autor propõe, então, aplicar esse procedimento à lógica, de modo a “caracterizar (...) os procedimentos e as categorias mediante os quais se podem discutir e decidir todas as “causas” (Toulmin, 2001, p. 10). Logo, na visão do autor, ver a lógica como “jurisprudência generalizada” fornece maior possibilidade para compreender os diferentes tipos de raciocínio, os quais não podem ser compreendidos pela lógica formal, a qual foi limitada ao estabelecimento de premissas e à uma única divisão de argumentos em indutivos ou dedutivos (Toulmin, 2001, p. 8).

Assim, na visão do autor, é possível pensar em um modelo que supere o método tradicional de representação de argumentos (premissa universal, premissa particular e conclusão). No *layout* proposto, há pelo menos seis preposições: alegação (*claim*); dados (*data*); garantia (*warrant*); apoio (*backing*); qualificadores modais (*qualifiers*); e condições de refutação (*rebuttals*), os quais passam a ser explicados.

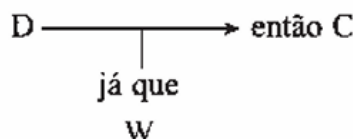
A **alegação** (*claim*) é o ponto de partida e o ponto de chegada de um argumento. É a ideia principal que se preocupa em transmitir, a qual pode vir a ser contestada pelo receptor da mensagem. Caso não haja contestação, não haverá necessidade de demonstrar o suporte. Porém, há casos em que é necessário evidenciar o porquê de determinada alegação. Nesses casos, será necessário a apresentação de um contexto fático que sirva como suporte (Toulmin, 2001, p. 140), o qual é denominado como **dados** (*data*).

Nessa linha, é possível perceber uma relação entre **dados** e **alegação**, uma vez que o primeiro serve como base fática para o segundo. Essa relação, por sua vez, também é uma preposição do esquema de Toulmin, que é denominada como **garantia** (*Warrant*), a qual é responsável por estabelecer uma ponte ou autorizar a passagem de **dados** para

alegação (Toulmin, 2001, p. 142). Percebe-se, então, que a garantia é hipotética e permissiva (Toulmin, 2001, p. 163), de forma que, através de inferências como “sempre que X, então Y”, permite a passagem dos **dados** para uma determinada **alegação**.

Para ilustrar a relação entre essas três preposições – alegações, dados e garantia –, é possível se valer do exemplo utilizado pelo próprio autor. A **alegação** “Harry é súdito britânico” exige um suporte fático (**dados**), que pode ser “Harry nasceu nas Bermudas”. A relação entre o suporte e a alegação pode ser realizada pela afirmação hipotética (**garantia**) “um homem nascido nas Bermudas é súdito britânico”. Nesses termos, é possível visualizar o seguinte esquema:

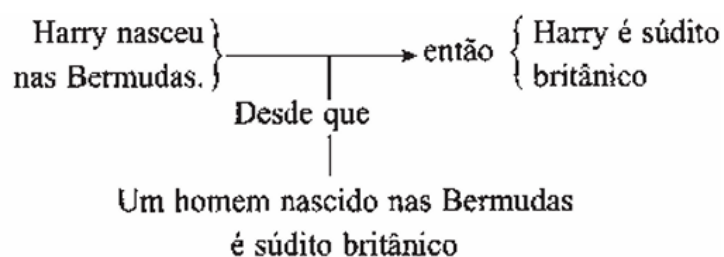
Figura 01 – Esquema de Toulmin.



Fonte: TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 143.

Pelo exemplo do autor, tem-se:

Figura 02 – Exemplo



Fonte: TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 143.

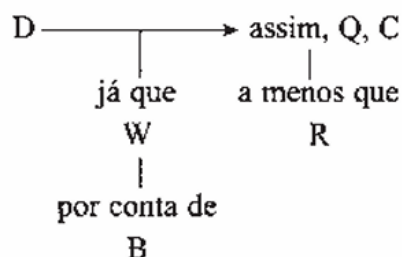
A garantia, por ser uma afirmação hipotética, pode precisar, a depender do caso, de um respaldo. Esse respaldo fornece autoridade à garantia e é denominado como **apoio** ou “*Backing*” (Toulmin, 2001, p. 148). Enquanto a garantia é caracterizada por ser uma

inferência permissiva, o apoio é caracterizado por ser um relato factual das observações (Toulmin, 2001, p. 165).

Além desses elementos, também se destacam os **qualificadores** (*qualifiers*) e as **condições de refutação** (*rebuttals*). Os qualificadores concedem peso aos argumentos, de modo que eles podem ser percebidos por meio de uma gradação de força. As condições de refutação são circunstâncias excepcionais que evitariam a ligação entre “dados” e “alegação”, de modo que seriam uma exceção à garantia apresentada (Toulmin, 2001, p. 145).

Considerando as preposições apresentadas nos parágrafos acima, é possível ilustrar o esquema da seguinte forma:

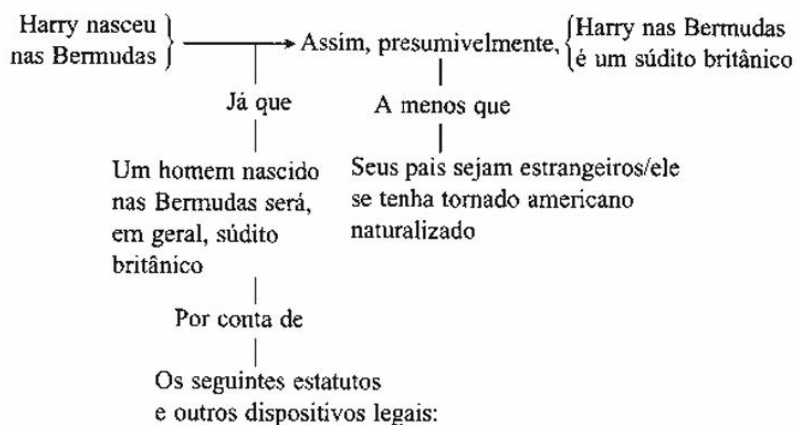
Figura 03 – Esquema de Toulmin completo



Fonte: TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 150.

Valendo-se do exemplo utilizado, tem-se:

Figura 04 – Exemplo 2



Fonte: TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 151.

Apresentadas as preposições do esquema, vale a pena exemplificar sua aplicabilidade considerando o ordenamento jurídico brasileiro. A **alegação** “*X deve indenizar Y*” é baseada nos **dados/data** de que “*X causou danos a Y*”. Mas o que poderia ligar os “**dados**” à “**alegação**”? A **garantia**, a qual assegura que “*aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo*”. Essa garantia é baseada em que? É baseada, no ordenamento jurídico brasileiro, nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil:

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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

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

Assim, repetindo o exemplo utilizado, é possível dizer: “*X deve indenizar Y*” (**alegação**), uma vez que “*X causou danos a Y*” (**dados**). Isso, pois, “*aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo*” (**garantia**), por conta da previsão dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil (**apoio**), desde que “*X não tenha praticado o ato em legítima defesa*” (**condição de refutação**, prevista no art. 188 do Código Civil).

As diferentes proposições propostas por Toulmin evidenciam, segundo o autor, a fragilidade da fórmula tradicional de expor argumentos, constituída por duas premissas – uma singular, outra universal – e uma conclusão. Isso, pois, esse modelo impede o reconhecimento de diferenças importantes, colocando-as sob uma classificação única de “premissas” (Toulmin, 2001, p. 162 e 163). Como exemplo, pode-se mencionar a diferença entre **garantia** e **apoio**, a qual não é perceptível à luz do modelo tradicional de análise de argumentos, que os considera como iguais, considerando-os como “premissa universal”. Isso, contudo, é insuficiente na prática. Conforme exposto acima, **garantia** e **apoio** são diferentes, funcionando a primeira como uma permissão para partir dos **dados** à **alegação**, enquanto o **apoio** é categórico e factual. A confusão entre garantia e apoio pode gerar, no silogismo, um modelo que considera algo factual (**apoio**) como uma premissa universal. Ocorre, porém, que o **apoio** pode variar a depender do campo em que está inserido. Isto é, uma alegação no campo matemático necessitará de um determinado tipo de **apoio**, enquanto uma alegação no campo do direito ou da ética, necessitará de outro tipo de **apoio**. Desse modo, ao ignorar essas diferenças, a fórmula tradicional de expor argumentos se mostra insuficiente nos diversos campos práticos.

Essa insuficiência do modelo tradicional de análise de argumentos pode ser melhor compreendida considerando a classificação de argumentos analíticos e argumentos substanciais proposta pelo autor. Analíticos são os argumentos que apresentam, no apoio, uma informação já contida na conclusão. Por sua vez, quando o apoio não apresentar informação presente na alegação, os argumentos serão considerados como substanciais (Toulmin, 2001, p. 179). Percebe-se, então, que os argumentos analíticos, os quais podem ser representados de maneira satisfatória pelo modelo tradicional, seriam constatados quase que exclusivamente no campo da matemática, e não no campo da razão prática.

Compreendidas as ferramentas de análise e avaliação, faz-se mister explorar as atribuições e estrutura do Tribunal de Contas da União, bem como o processo de uma Tomada de Contas Especial, o que será realizado no próximo capítulo.

CAPÍTULO II – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

1. O funcionamento do TCU

Esclarecidos o modelo de análise e o modelo de avaliação, é necessário explorar o papel do Tribunal de Contas da União e os instrumentos utilizados por essa Corte que culminaram no acórdão 2391/2018.

Nos termos do art. 71 da Constituição Federal, o TCU possui legitimidade para auxiliar o Congresso Nacional no Controle Externo. Isso significa que, cabe ao TCU, em linhas gerais, fiscalizar e julgar entes públicos ou privados que receberam ou gerenciaram dinheiros, bens e valores da esfera patrimonial da União.

O artigo 71 da Constituição Federal elenca as competências do TCU em onze incisos. Destaca-se o inciso II, no qual há previsão de a Corte de Contas julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por “dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta” e as contas “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”.

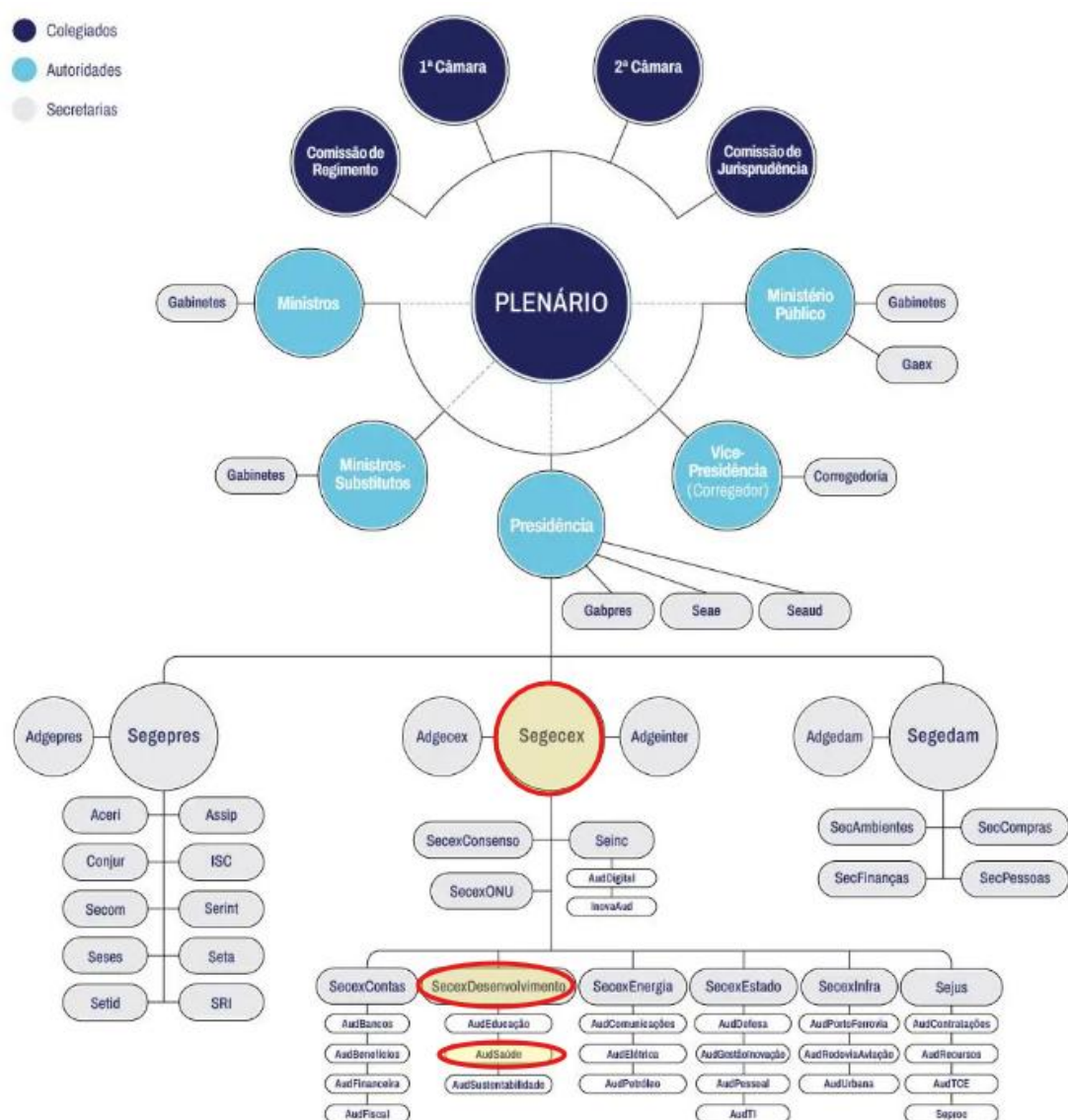
Para o exercício dessas atribuições, a Corte de Contas é organizada em órgãos colegiados, autoridades e secretarias. Integram o TCU como órgão colegiado o (i) Plenário, (ii) duas câmaras, compostas por quatro ministros cada uma, e (iii) as comissões de regimento e jurisprudência. Em relação às autoridades, constam (i) os ministros, (ii) os ministros substitutos, (iii) o Ministério Público e (iv) os auditores. Nos termos da art. 73 da Constituição Federal, o TCU é integrado por nove ministros.

Dada à natureza técnica da matéria que trata a Corte de Contas, unidades técnicas de apoio são necessárias para sua atuação. Dessa forma, subordinadas à presidência desse tribunal, apresentam-se três secretarias básicas, as quais têm por finalidade desempenhar atividades estratégicas, técnicas e administrativas necessárias ao pleno exercício das competências do TCU.¹⁰ São elas: Secretaria-Geral da Presidência (Segepres); Secretaria-Geral de Administração (Segegram); e Secretaria-Geral de Controle Externo (SEGECEX).

¹⁰ Art. 2º, Resolução-TCU nº 373, de 23 de dezembro de 2024.

A SEGECEX, por sua vez, tem por finalidade gerenciar as atividades de controle externo, com vistas a prestar apoio e assessoramento às deliberações do TCU.¹¹ Subordinada à essa secretaria, estava a SECEX SAÚDE, a qual foi a responsável pela elaboração da proposta de encaminhamento que foi utilizada como relatório no Acórdão 2391/2018-Plenário. Entretanto, foram feitas alterações na estrutura do TCU, de modo que a SECEX SAÚDE passou a ser denominada como AudSaúde (Unidade de Auditoria Especializada em Saúde), vinculada à SECEXDESENVOLVIMENTO (Secretaria de Controle Externo de Desenvolvimento Sustentável), a qual é vinculada à SEGECEX. Assim, tem-se a seguinte estrutura:

FIGURA 05 – Estrutura organizacional do TCU



¹¹ Art. 32, Resolução-TCU nº 373, de 23 de dezembro de 2024.

Fonte: <https://portal.tcu.gov.br/conheca-o-tcu/estrutura-organizacional-do-tcu>

A AudSaúde (antiga SECEX SAÚDE) tem por finalidade assessorar os relatores em matéria inerente ao controle externo e oferecer subsídios técnicos para o julgamento das contas e apreciação dos demais processos relativos às unidades jurisdicionadas ao TCU.¹²

Nesses termos, considerando que compete ao Tribunal de Contas da União o julgamento de contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize valores públicos,¹³ foi instaurada a Tomada de Contas Especial nº 007.416/2013-0, na qual foi proferido o Acórdão 2391/2018-Plenário, objeto desta pesquisa. Passa-se, então, à explanação desse procedimento.

2. Tomada de Contas Especial

Na sua função de fiscalização, o Tribunal de Contas da União analisa as contas dos agentes listados no rol do art. 5º, da lei 8.443/1992. Essa fiscalização pode ocorrer por meio de uma Tomada de Contas, nas quais o TCU investiga irregularidades nas contas, mas sem que haja notícias de dano ao erário. Além dessa Tomada de Contas, existe também a Tomada de Contas Especial, a qual é instaurada em razão (i) da omissão no dever de prestar contas, (ii) da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, (iii) da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos e (iv) da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário.¹⁴

A Tomada de Contas Especial é regida pela Instrução Normativa - TCU nº 98, de 27 de novembro de 2024, que dispõe sobre sua instauração, organização e encaminhamento ao Tribunal de Contas da União. Conforme dispõe o art. 2º desse diploma legal, a TCE pode ser conceituada como processo administrativo devidamente formalizado para apurar a responsabilidade por ocorrência de dano à Administração

¹² Art. 43, Resolução-TCU nº 373, de 23 de dezembro de 2024.

¹³ Art. 1º e 5º do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

¹⁴ Art. 8º, Lei 8.443/1992.

Pública Federal, com apuração dos fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis, e obter o respectivo ressarcimento.

Esse procedimento apresenta um caráter subsidiário. Constatado qualquer indício de irregularidade que indique prejuízos ao erário, a autoridade competente, que é o dirigente máximo do ente público, deve tomar medidas administrativas visando a elisão do dano. Caso essas medidas se mostrem insuficientes, essa autoridade deve providenciar imediatamente a instauração da TCE no prazo de 120 ou 360 dias, a depender do caso.¹⁵ Eventual descumprimento do prazo pode gerar aplicação de multa à autoridade responsável. Percebe-se, então, que primeiro devem ser adotadas medidas para afastar o dano ao erário, de modo que a TCE figura como *ultima ratio* para averiguação das responsabilidades e busca pela reparação do dano. Após sua instauração, a TCE deverá ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União dentro de 180 dias. Eventual descumprimento desse prazo caracteriza infração grave e sujeita a autoridade responsável às sanções legais (arts. 19 e 20, IN 98/2024).

O art. 18 dessa instrução normativa lista alguns documentos necessários à composição da TCE, dentre eles (i) o relatório do tomador das contas, (ii) o certificado de auditoria, (iii) parecer conclusivo do dirigente do órgão e (iv) pronunciamento do Ministro de Estado. A TCE pode ser dispensada quando o débito for inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) ou se houver transcorrido o prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente (art. 6º, IN 98/2024).

O recolhimento do débito, a comprovação da não ocorrência do dano e a constatação de que o débito é menor que R\$120.000,00 acarretam o arquivamento da TCE, ainda na fase interna, antes do seu envio ao TCU (art. 7º, IN 98/2024). Vale ressaltar que a dispensa ou o arquivamento nos casos de débitos inferiores ao valor de R\$120.000,00 não eximem a autoridade administrativa de adotar medidas para obtenção do ressarcimento do débito, de modo que o limite estabelecido não consiste em uma excludente de ilicitude, mas é apenas um valor mínimo para a instauração da TCE.

Enquanto o art. 18 da IN 98/2024 trata dos documentos necessários, o art. 5º versa sobre os pressupostos essenciais para a instauração da TCE, os quais são a existência de

¹⁵ Art. 4º, Instrução Normativa - TCU nº 98, de 27 de novembro de 2024.

elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao Erário. Desse modo, o ato que determinar a instauração da TCE deve indicar (i) os agentes públicos responsáveis, (ii) a situação que gerou o dano devidamente comprovada, (iii) o exame da adequação das informações contidas e o (iv) nexos de causalidade.

Em seguida, a autoridade competente deve remeter a TCE ao órgão de controle interno, que analisará a formalização do procedimento. Posteriormente, os autos serão encaminhados ao TCU para julgamento. Desse modo, é possível dizer que a TCE apresenta uma fase interna, que ocorre primordialmente no órgão da autoridade que o instaurou, e uma fase externa, que ocorre no âmbito do Tribunal de Contas da União.

No caso do acórdão 2391/2018, a análise interna ocorreu na Fundação Nacional de Saúde – Funasa. Essa entidade instaurou a TCE TC 007.416/2013-0 em razão de supostas irregularidades na execução do Contrato 7/2006, cujo objeto era a prestação de serviços de transporte executivo a servidores e dirigentes da Funasa. No TCU, o processo foi autuado em 20 de agosto de 2013, portanto, início da fase externa do processo.

No julgamento da TCE, o TCU pode concluir que as contas são regulares, regulares com ressalvas ou irregulares (art. 16 da Lei nº 8.443/1992). Serão julgadas como “regulares” as contas que expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável (inciso I, art. 16). Serão julgadas como “regulares com ressalvas” as contas que evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário (inciso II, art. 16). O inciso III, art. 16 da lei 8.443/1992 dispõe que as contas serão “irregulares” quando comprovadas as seguintes ocorrências: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

O art. 19 do mesmo diploma legal aduz que, nos casos em que as contas forem julgadas irregulares, o TCU condenará o responsável ao pagamento do débito, ou seja, a reparação do dano provocado ao erário, juntamente, se for o caso, com a aplicação de multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário (art. 57, Lei

8.443/1992). Além da reparação do dano e da multa, o TCU pode inabilitar o responsável para o exercício de cargo, junto à Administração Pública por um período de cinco a oito anos, bem como declarar a inidoneidade do licitante que fraudou licitação (arts. 270 e 271, Regimento Interno do TCU). O trabalho se concentrará na condenação do responsável ao pagamento do débito. Ao condenar os responsáveis à reparação do dano, o TCU faz uma leitura do Art. 28 da LINDB que, ao que tudo indica, se afasta daquela mais ordinária do texto, conforme já tratado em linhas anteriores.

O art. 61 da lei nº 8.443/1992 possibilita que o Tribunal, por intermédio do Ministério Público de Contas ou Advocacia-Geral da União, tome as medidas necessárias ao arresto de bens dos responsáveis julgados em débito. O art. 19 e a alínea b, inciso III, do art. 23, e art. 24, do mesmo diploma legal, dispõem que as decisões podem servir como título executivo extrajudicial. E o art. 28 da lei nº 8.443/1992 prevê a possibilidade de o TCU determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável.

Ademais, é possível dizer que a decisão que condena o agente público ao ressarcimento ao erário pode ser tão temida quanto à decisão que o condena à uma sanção. Isso, pois, a sanção leva em consideração a culpabilidade do agente. Já em relação ao ressarcimento ao erário, embora o TCU analise o elemento subjetivo da conduta ao analisar a responsabilidade civil, o tribunal não faz distinção entre os diferentes graus de culpa. Assim, a sanção guarda proporção com as particularidades do agente, enquanto a ressarcimento não acompanha essas particularidades. Portanto, a condenação ao ressarcimento pode ser tida como mais temida do que a condenação ao pagamento de uma multa (Santos, C. R. L., 2023).

É possível perceber, portanto, que o Tribunal de Contas da União apresenta um forte aparato sancionatório e indenizatório. Tudo isso faz com que as decisões dessa corte de contas desempenhem um relevante papel na orientação dos agentes públicos sobre o que é permitido, proibido e obrigado, portanto, do próprio Direito, especificamente, o Direito Administrativo (Santos, C. R. L., 2019, 31).

Diante desses pontos, mesmo que o Tribunal de Contas da União não faça parte do poder judiciário, é possível concluir que suas decisões podem ser avaliadas pelos critérios de Neil MacCormick. Reforçando essa ideia, Manuel Atienza entende que a argumentação presente nas decisões dos órgãos administrativos é um campo relevante de

estudos sob a perspectiva da argumentação, pois o aumento desses órgãos é uma característica do Estado contemporâneo:

Tudo o que foi dito anteriormente não esgota, entretanto, os contextos jurídicos em que se produzem argumentações. Deve-se fazer referência, também, por exemplo, a esses outros:

1) a argumentação levada a cabo pelos órgãos administrativos. A proliferação destas entidades é, seguramente, um dos traços mais característicos do Estado contemporâneo. Seu caráter é muito heterogêneo e, em alguns casos, poder-se-ia equiparar (mais ou menos), às argumentações dos juízes, dos advogados, dos legisladores, mas, naturalmente, só até certo ponto. Esse é, assim, um campo muito relevante de estudo a partir de uma perspectiva argumentativa, embora muito pouco cultivado; (Atienza, 2017. p. 130).

Por sua vez, MacCormick apresenta um conceito amplo de decisão jurídica, de modo que é possível estender tal conceito às decisões do TCU:

Recapitulando alguns pontos de capítulos anteriores: decisões jurídicas pressupõem disputas jurídicas. Elas pressupõem casos nos quais uma parte pleiteia algo em relação a outra pessoa - que ela ou ele seja culpado por alguma ofensa, que ela ou ele deva indenizar ou deva desistir de fazer algo ou alguma coisa parecida, e que tais pleitos sejam formalmente negados ou contestados pela parte contrária. Nesse sentido amplo de "disputa" e "pleito", decisões jurídicas devem ser entendidas como decisões sobre pleitos no contexto de disputas; mais do que isso, elas devem ser entendidas como decisões sobre pleitos especificamente jurídicos. (MacCormick, 2008. p. 195).

Isto posto, assume-se que os critérios de MacCormick podem ser aplicados às decisões do TCU, haja vista que contribuem na conformação do Direito, servem de parâmetro para a conduta de agentes públicos, podem ser enquadradas no conceito de decisão jurídica utilizado por MacCormick e são prolatadas por um órgão administrativo, algo mencionado por Atienza como campo promissor para a Teoria da Argumentação Jurídica.

3. O Art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Conforme apontado na introdução desta pesquisa, a possibilidade de responsabilização pessoal em casos de culpa leve ou média pode ser maléfica à Administração Pública. Isso, pois, conforme aponta Rodrigo Valga dos Santos (2020), o gestor público passa a desempenhar sua função, visando sua proteção contra eventual sanção em vez de priorizar o interesse público. Tal fenômeno é conceituado pelo autor como “Direito Administrativo do Medo”:

“Por Direito Administrativo do Medo, queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.” (Santos, R. V., 2020, p. 31).

Semelhantemente, outros autores tratam de temas relacionados a esse fenômeno. Fabrício Motta e Irene Nohara denominam como “apagão das canetas” o receio por parte dos gestores em tomar decisões em razão de uma ação que é tida como justa, mas que pode vir ser contra as orientações dos entes controladores. (Motta; Nohara, apud. Santos, R. V., 2020, p. 33). Na mesma linha, Fernando Vernalha Guimarães (2016) denominou como “crise de ineficiência pelo controle” a situação fática em que os gestores deixam de buscar as melhores soluções ao interesse administrativo para priorizar sua proteção contra os órgãos controladores.

Diante desse contexto, a Lei nº 13.655/2018 acrescentou os arts. 20 ao 30 no Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB), dentre os quais se destaca, para os objetivos do presente trabalho, o art. 28, o qual aduz que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Celso Rodrigo Lima dos Santos (2023, p. 160) demonstra que a interpretação ordinária desse dispositivo (art. 28 da LINDB) sugere que ele valeria tanto para responsabilidade civil, como para a administrativa. Isso, pois, o dispositivo não faz especificação quanto a sua aplicabilidade, “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Assim, a locução “responderá pessoalmente” demonstraria que o agente público seria responsabilizado apenas em caso de dolo ou erro grosseiro na responsabilidade sancionatória e na responsabilidade indenizatória.

Assim, tomando como base essa interpretação, é possível dizer que o art. 28 da LINDB forneceria maior conforto decisório ao gestor, uma vez que, caso incorresse em erro leve ou médio (vale dizer, culpa leve ou média), não seria responsabilizado por isso. O art. apresentaria, então, um antídoto ao “apagão das canetas” (Marques Neto; Freitas, 2018).

Juliana Banacorsi de Palma (2020) entende que a Lei nº 13.655/2018, a qual introduziu os artigos 20 a 30 da LINDB, apresenta como pressuposto o fato de que o gestor precisa de maior segurança para decidir. Diante da paralisia decisória dos gestores, a Lei nº 13.655/2018 apresenta soluções que visam mitigar esse fenômeno. Nessa linha, o art. 28 apresenta um caminho para fornecer maior segurança ao gestor, de forma que pode acarretar também o bom funcionamento da máquina pública e a atração de bons quadros de servidores, os quais são atraídos pela boa remuneração e pelo conforto decisório.

Além da paralisia decisória, conforme aduz o Ministro do TCU Bruno Dantas (2018), o excesso de controle gera também a “infantilização da gestão pública”, fenômeno que exprime ideia semelhante às outras expressões aqui mencionadas. Os gestores públicos, por medo de serem questionados/responsabilizados, deixam de tomar decisões ordinárias à espera do posicionamento do Tribunal de Contas da União. Nesse raciocínio, Bruno Dantas (2018) cita o jurista argentino Roberto Dromi para ressaltar que o Brasil deve evitar ao máximo o “código do fracasso da administração pública”, que se apresenta da seguinte maneira: “Art. 1º: não pode; Art. 2º: em caso de dúvida, abstenha-se; Art. 3º: se é urgente, espere; Art. 4º: sempre é mais prudente não fazer nada”.

Seguindo essa linha, Antônio Anastasia (2023, p. 16-21), Ministro do TCU, também alerta sobre a paralisação do gestor público. Partindo do pressuposto que a segurança jurídica é um difícil desafio a ser superado no contexto brasileiro, uma vez que é concretizada quando garantidos os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, o Ministro entende que o temor de eventual responsabilização do agente público/gestor acarreta o receio de tomar decisões e o apego ao formalismo, em detrimento da busca por resultados.

Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018) entendem que o art. 28 visa proteger o agente público com boas intenções, aquele que busca agir de maneira ética, mas que nem sempre obtém sucesso como fruto dessas ações. Assim, a norma protege esse agente

público, enquanto repudia aqueles que agem com dolo ou erro grosseiro, de modo que a responsabilização do agente passa a ser auferida juntamente com o elemento subjetivo de sua ação.

Pela síntese apresentada acima, é possível perceber que há um certo consenso entre ministros do Tribunal de Contas da União, advogados e pesquisadores. Afinal, quem poderia ser contra a solução apresentada pelo art. 28 da LINDB? Quem se opõe à ideia de que agentes públicos honestos tenham mais liberdade para tomar decisões que trarão benefícios à Administração Pública?

A bem da verdade, não parece haver dúvidas sobre a potencialidade benéfica do art. 28 da LINDB às práticas administrativas. Entretanto, sua aplicação ainda é fruto de debates, especialmente no âmbito do Tribunal de Contas da União. Isso, pois, nos termos do Acórdão 2391/2018-Plenário, o art. 28 só deve ser aplicado aos casos de responsabilidade administrativa. Isto é: a consideração do dolo ou erro grosseiro na conduta do agente só deve ser enfrentada, quando se tratar de aplicação das medidas sancionatórias mencionadas (multa, inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança e declaração de inidoneidade). Entende o TCU que, no caso da responsabilidade civil, uma vez que esta se destina à reparação de danos e não à punição, não haveria motivos para observações à gradação da culpa da conduta do agente, de modo que ele deve ser responsabilizado independentemente de ter agido com culpa grave, média ou leve.

Diante do exposto, percebe-se que a responsabilidade civil é tema central do acórdão analisado e avaliado nessa pesquisa. Desse modo, vale a pena explorar o seu conceito e outros correlatos.

4. Responsabilidade civil

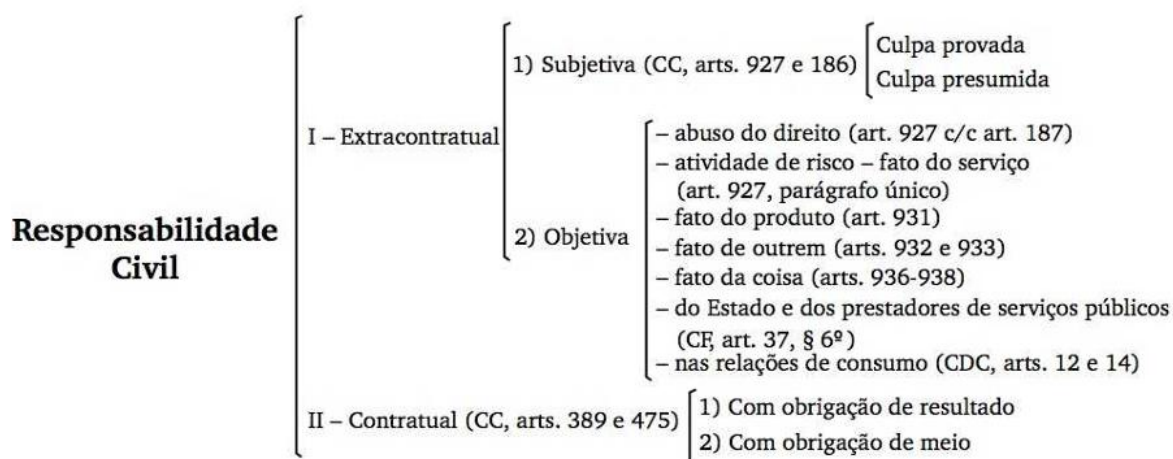
Cavaliere Filho (2014, p. 14) afirma, resumidamente, que a responsabilidade civil é um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente de uma violação a outro dever jurídico. Dessa forma, para que haja responsabilidade civil, é necessário a existência prévia de um dever jurídico a ser cumprido pelo causador do dano. Após a lesão gerada por um ato ilícito praticado pelo causador do dano, surge um outro dever jurídico (responsabilidade civil), o de reparar o dano. Percebe-se então que não há

responsabilidade sem violação de dever jurídico preexistente, de modo que a identificação do responsável depende da especificação do dever jurídico que foi descumprido.

O autor apresenta algumas espécies de responsabilidade, dentre as quais se destacam – para fins deste trabalho – a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil subjetiva. É possível dizer que a responsabilidade civil extracontratual é o contraponto da responsabilidade civil contratual. Nesta, a responsabilidade decorre da violação de um dever contratual. Na extracontratual, a responsabilidade decorre de uma lesão a um direito subjetivo, sem que haja uma relação jurídica (como um contrato) entre o ofensor e a vítima (Cavaliere Filho, 2014, p. 30).

Cavaliere Filho (2014, p. 35) apresenta um quadro sucinto, mas que ajuda a compreender a classificação da responsabilidade civil contratual e extracontratual:

Figura 06 – Responsabilidade civil contratual e extracontratual.



Fonte: CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 35.

Em relação à responsabilidade civil subjetiva, deve-se fazer alguns esclarecimentos. Cavaliere Filho (2014, p. 25) entende que o ato ilícito pode ser desmembrado em ato ilícito em sentido estrito e ato ilícito em sentido amplo. No ato ilícito em sentido estrito, leva-se em consideração o elemento da culpa do agente. No ato ilícito em sentido amplo, a culpa não é considerada como elemento integrante da

responsabilidade. É possível dizer, então, que a responsabilidade civil subjetiva está fulcrada no ato ilícito em sentido estrito, pois leva em consideração a culpa do agente. Pode-se dizer também que a responsabilidade civil objetiva está fulcrada no ato ilícito em sentido amplo, pois não considera a culpa do agente, mas apenas a violação do dever jurídico. Essas duas espécies de responsabilidade estão previstas no art. 927 do Código Civil e em seu parágrafo único.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil subjetiva extracontratual apresenta alguns pressupostos: uma conduta culposa manifestada por meio de uma ação ou omissão; dano, que é a lesão gerada; e o nexo de causalidade, elemento que evidencia a relação entre a conduta praticada e o dano gerado. Além disso, conclui-se também que o conceito de culpa é um elemento de diferenciação entre a responsabilidade subjetiva e objetiva. Assim, é imperiosa a explicação dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e do conceito de culpa para Cavalieri Filho.

O primeiro pressuposto é a conduta. A conduta é o comportamento humano voluntário que gera uma ação ou omissão. A ação e a omissão compõem o aspecto objetivo da conduta, enquanto a vontade compõe o aspecto subjetivo (Cavalieri Filho, 2014, p. 38). O nexo causal, por sua vez, é o pressuposto jurídico-normativo que relaciona a conduta do ofensor com o resultado (Cavalieri Filho, 2014, p. 63). Esse pressuposto apresenta dois elos: primeiro, o elo naturalístico, que consiste na relação de causa e efeito que ocorre no mundo dos fatos; segundo, o elo jurídico-normativo, que se mostra necessário para delimitar os contornos e limites para apuração da causa do dano. O último pressuposto é o dano, que pode ser definido como “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza” (Cavalieri Filho, 2014, p. 93). Apresentados os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, é importante também adentrar o conceito de culpa.

Seguindo o que leciona Cavalieri Filho (2014, p. 43), a culpa, no Direito, apresenta três sentidos distintos: (i) culpa no sentido de culpabilidade; (ii) culpa em sentido amplo (*lato sensu*); e (iii) culpa em sentido estrito (*stricto sensu*). A culpabilidade corresponde ao juízo de censura ou de reprovação do agente. A culpa em sentido amplo (*lato sensu*) abrange os comportamentos contrários ao Direito praticados pelo agente de forma intencional – com dolo – ou de forma não intencional – com culpa (Cavalieri Filho, 2014, p. 45). Esses dois últimos sentidos de culpa – *lato sensu* e *stricto sensu* – estão presentes

no voto do relator quando este tratou da responsabilidade civil. Assim, deve-se adentrar também o conceito de culpa *stricto sensu*.

Cavaliere Filho (2014, p. 50) conceitua culpa “como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou imprevisível”, de modo que a culpa seria composta pelos elementos (a) conduta voluntária com resultado involuntário, (b) previsibilidade e (c) falta de cuidado.

No caso da culpa em sentido estrito, a ação (ou omissão) é manifestação de uma vontade gerada por intermédio de uma conduta voluntária, mas cujo resultado não fora desejado pelo agente. Dessa forma, a conduta é voluntária, mas o resultado é involuntário (Cavaliere Filho, 2014, p. 51).

Além da conduta voluntária com resultado involuntário, outro elemento da culpa é a previsibilidade. Cavaliere (2014, p. 51) entende que a previsibilidade pode ser aferida por dois critérios: o objetivo e o subjetivo. O critério objetivo considera que um resultado é previsível quando puder ser percebido por um “indivíduo de atenção e diligência ordinárias”. O critério subjetivo considera as características pessoais do agente para determinar que o resultado possa acontecer.

O último elemento da culpa é a falta de cuidado. Esse elemento pode ser externalizado pelo agente através da imprudência, da negligência e da imperícia. Conforme relata Cavaliere Filho (2014, p. 52), a imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva. A negligência é a falta de cuidado, mas dessa vez através de uma conduta omissiva. A imperícia, por sua vez, resulta da ausência de habilidade na execução de uma atividade técnica.

Após relatados os conceitos dos pressupostos da responsabilidade civil e de culpa, faz-se mister analisar também algumas espécies de culpa e sua relação com o acórdão 2391/2018. Cavaliere Filho apresenta três modalidades de culpa, a saber: a culpa grave, leve e levíssima. Ressalta-se que Cavaliere Filho (2014, p. 53) afirma que essas modalidades de culpa são “maneiras de violação do dever jurídico de cuidado”, de modo que tratam do mesmo fenômeno, mas sobre ângulos diversos.

A culpa grave ocorre quando o agente atua com um descuido injustificável. A culpa leve se manifesta nos casos em que a lesão poderia ter sido evitada por um grau de

cuidado ordinário. A culpa levíssima é caracterizada pela ausência de habilidade especial. Esses conceitos são apresentados por Cavalieri Filho (2014, p. 53) e possuem relação com os conceitos abordados pelo relator do acórdão 2391/2018 do TCU, Ministro Benjamin Zymler.

Naquela oportunidade, o Ministro relator Benjamin Zymler apresentou os conceitos de erro leve e de erro grosseiro, bem como relacionou o conceito de erro grosseiro ao conceito de culpa grave: “o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.”¹⁶ Em seu voto, na página 11, o Ministro Relator colecionou também uma tabela para esclarecer os diferentes graus de erro:

Figura 07 – Relação dos diferentes graus de erro.

Gradação do Erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária - acima do normal	Não anulável

Fonte: página 11 do voto do Min. Relator.

É possível perceber a relação direta das modalidades de culpa apresentadas anteriormente (culpa grave, leve e levíssima) com as modalidades de erro (erro grosseiro, erro sem qualificação e erro leve) mencionadas no voto.

5. Sintetização das ideias apresentadas

Nesse capítulo, foram abordados (i) a estrutura do Tribunal de Contas da União, (ii) o processo de Tomada de Contas Especial, o qual foi utilizado na TCE nº 007.416/2013-0, que culminou no Acórdão 2391/2018 – Plenário do TCU, (iii) a

¹⁶ Página 11 do voto do relator.

problemática em torno do art. 28 da LINDB e (iv) algumas considerações sobre a responsabilidade civil. Foi possível perceber que a responsabilidade administrativa é uma responsabilidade sancionatória que visa multar ou inabilitar o agente ao exercício de cargos e funções. Tal responsabilidade é diferente da responsabilidade civil, a qual visa restituição do dano, o ressarcimento ao erário.

Nesses termos, foi possível constatar que o Tribunal de Contas da União profere entendimentos que são seguidos pelos agentes públicos em todas as funções administrativas dos três poderes, de modo que a Corte apresenta grande relevância na efetivação de políticas públicas e da manutenção da atividade estatal como um todo. Constatou-se também que essa corte dispõe de forte aparato sancionatório e indenizatório a fim de garantir seus objetivos. Tais aparatos são utilizados na sua função fiscalizadora e julgadora que acarretam a responsabilidade civil (recomposição do dano) e administrativa (sancionatória) dos agentes. Nessa linha, explorou-se as ideias dos ministros do TCU Bruno Dantas e Antonio Anastasia, de advogados e de pesquisadores acerca do art. 28, inserido na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, o qual poderia incentivar a atuação do agente público na tomada de decisões e evitaria o fenômeno conhecido como ‘apagão das canetas’. Entretanto, foi possível notar que o Tribunal de Contas da União não aplica esse artigo quando se trata de responsabilidade civil.

O caminho percorrido evidencia o problema investigado nesta pesquisa: qual é a aderência do entendimento do TCU consolidado no acórdão 2391/2018 do TCU ao Estado de Direito? Foi uma decisão racional? Para responder essas perguntas, utilizará o esquema proposto por Toulmin e os critérios de avaliação propostos por MacCormick, ambos explanados no primeiro capítulo. Então, a análise e avaliação da decisão são abordadas no próximo capítulo.

CAPÍTULO III – ANALISANDO E AVALIANDO O ACÓRDÃO DO TCU

O Tribunal de Contas da União analisou a responsabilidade de três dirigentes da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA e da empresa contratada, os quais serão denominados neste trabalho como “agente P”, “agente E”, “agente C”, “agente W” e “empresa A”.

Nesse capítulo, será feito um breve resumo do caso, utilizando o relatório apresentado no acórdão 2391/2018-Plenário, a fim de demonstrar a responsabilidade de cada envolvido, segundo o Ministro Relator, e de situar o leitor acerca dos problemas jurídicos debatidos.

Em seguida, valendo-se do esquema proposto por Stephen Toulmin, os argumentos apresentados serão analisados de modo que será possível a observação das premissas fáticas, das questões de direito invocadas, do fundamento jurídico e das conclusões obtidas.

Posteriormente, os argumentos serão avaliados seguindo os critérios de Neil MacCormick, a saber: universalizabilidade (retrospectiva e prospectiva); consistência; coerência; adequação das consequências. Para tanto, será utilizado o roteiro de avaliação elaborado por Santos, C. R. L. (2019), em sua dissertação de mestrado, o qual é composto pelas seguintes perguntas:

1) UNIVERSALIZABILIDADE RETROSPECTIVA.

- a. A autoridade julgadora enuncia precedente(s) para justificar sua decisão? Qual(is)?
- b. Qual(is) é(são) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) do(s) precedente(s) mencionado(s)?
- c. Qual(is) é(são) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) da Decisão avaliada?
- d. A(s) premissa(s) do(s) precedente(s) é(são) análoga(s) à(s) do caso em julgamento? Explique.
- e. Qual(is) regra(s) é(são) possível(is) extrair do(s) precedente(s) mencionado(s)?
- f. O(s) precedente(s) contribui(em) para justificar a decisão em avaliação? Em outras palavras, a(s) conduta(s) (re)aprovada(s)

na decisão em avaliação também foi(ram) (re)aprovada(s) no(s) precedente(s) citado(s)? Explique.

2) CONSISTÊNCIA.

- a. Qual(is) regra(s) foi(ram) escolhida(as) para justificar a decisão?
- b. Há erro(s) de lógica entre a(s) premissa(s) da decisão? Qual(is)?
- c. Há regras que conflitam com a regra (legislada ou jurisprudencial) escolhida para fundamentar a decisão? A autoridade julgadora enfrentou o conflito? Explique.

3) COERÊNCIA.

- a. A autoridade julgadora explica o(s) princípio(s) subjacente(s) à(s) regra(s) escolhida(s) para sustentar a sua decisão?
- b. A narrativa dos fatos é coerente?

4) ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E UNIVERSALIZABILIDADE PROSPECTIVA

- a. Há princípio(s) em colisão com o princípio subjacente à regra que fundamentou a decisão? Qual(is)?
- b. Quais razões ponderativas foram consignadas pela autoridade julgadora para justificar a escolha do princípio subjacente?
- c. A autoridade julgadora aponta as condutas que passaram a ser proibidas, autorizadas ou obrigatórias com sua decisão? Quais seriam elas?
- d. Quais os termos e condições para que as mudanças mencionadas acima ocorram? Em outras palavras, qual regra seria possível extrair da decisão (se existir)? Enuncie, identificando o Fato Operativo (FO) e a Consequência Normativa (CN). Há presença de indeterminações nos termos da estrutura dessa regra jurisprudencial?

A utilização desse roteiro é adequada por dois motivos. Primeiro, em razão da semelhança entre o objetivo desta pesquisa e a proposta pela qual o roteiro foi elaborado. O roteiro foi aplicado em pesquisa na qual se utilizou os critérios de MacCormick para avaliar decisões do Tribunal de Contas da União, algo que é semelhante ao proposto no

presente trabalho. Segundo, o fato de que a dissertação de mestrado, na qual o roteiro foi aplicado e desenvolvido, foi aprovada, de modo que se entende que há legitimidade científica do roteiro perante a comunidade acadêmica. Por essas razões, a utilização do roteiro se mostra ideal para a avaliação da decisão à luz da teoria de Neil MacCormick.

1. Resumo do caso

A FUNASA, em razão de supostas irregularidades na execução do Contrato 7/2006, que tinha por objeto a prestação de serviços de transporte executivo a servidores e dirigentes da autarquia, instaurou a tomada de contas especial para apurar possíveis prejuízos ao erário no cumprimento desse contrato.

O contrato foi celebrado com a **Empresa A** em 8/3/2006, e tinha como prazo de vigência o período de 12 meses, a contar da data de assinatura, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos, até o limite de 60 meses, de acordo com o disposto no inciso II, do art. 57 da Lei 8.666/1993, vigente à época.

Conforme a cláusula quinta do contrato, a FUNASA deveria pagar mensalmente à contratada o valor de R\$ 2,72 por quilômetro efetivamente rodado, de modo que o valor mensal estimado era de R\$ 28.535,08, totalizando um valor estimado anual de R\$ 342.420,96.

Ocorre que a FUNASA apurou o débito original de R\$ 678.415,01, correspondentes a 56,23% dos valores pagos à empresa contratada, de forma que foi constatada a cobrança por quilometragens acima dos limites franqueados entre os meses de abril/2006 a setembro/2007. Isso porque a cláusula quarta, alínea s.3, do contrato 7/2006, que determinava a elaboração de Boletins Diários de Tráfego (BDT), não estava sendo cumprida. A ausência desses boletins ocasionou a extrapolação rotineira da franquia mensal contratada.

Para quantificação do débito, uma vez que não houve registros por meio de BDT, o relator seguiu o posicionamento do Ministério Público do Tribunal de Contas da União (MPTCU), que se manifestou de acordo com a proposição do auditor da SECEX, no sentido de que os valores superiores ao limite contratado consistem em prejuízo ao erário. Isso, pois, constatada a violação da obrigação da contratada em registrar a quilometragem

percorrida, entende-se que a contratada não deveria receber por valores superiores ao valor estimado anual:

17. O MPTCU manifestou-se de acordo com a proposição do auditor responsável, em discordância com a proposta do dirigente da Unidade Técnica, nos termos transcritos a partir do trecho referente ao posicionamento do Parquet (peça 55):

5. Pedimos vênias para discordar do último encaminhamento proposto, visto que, a despeito da impossibilidade de se precisar a quilometragem efetivamente percorrida à serviço da Funasa, as regras contratuais exigiam a realização de medições sob responsabilidade da empresa contratada para a efetuação do pagamento por distâncias eventualmente percorridas além dos limites franqueados.

6. De acordo com a Cláusula Quarta, alínea s.4, da avença, “para efeito de pagamento do excedente da franquia, serão considerados a quilometragem percorrida e o valor do quilômetro cotado”. A Cláusula Quarta, alínea s.3, fixava que “a contagem da quilometragem se iniciará somente após o embarque do usuário, ficando sob responsabilidade da CONTRATADA a anotação da quilometragem, submetendo-a à apreciação do usuário, que deverá assiná-la após a conferência”.

7. Portanto, o Contrato n.º 7/2006 não permitia o pagamento de valores a título de excedente de franquia senão da forma fixada na alínea s.3, vale dizer, calculados com base nas medições da quilometragem percorrida exclusivamente a serviço dos usuários da Funasa.

8. Ante a inexistência dessas medições, não deveriam ter sido efetuados pagamentos simplesmente com base nos registros do hodômetro de cada veículo – pois também foram utilizados a serviço da contratada, como evidenciado nos autos –, mas pelo valor contratualmente previsto, correspondente, no caso, ao limite franqueado. É precisa, destarte, a quantificação do dano, não por uma questão material em si, mas em respeito à vontade das partes.

9. Pelo exposto, uma vez que os pagamentos foram realizados em desacordo com o Contrato n.º 7/2006, esta representante do Ministério Público manifesta-se em linha de concordância com a proposta do auditor da SecexSaúde, que contou com a anuência da sua instância imediatamente superior, para que as contas dos responsáveis sejam julgadas irregulares, com a imputação de débito e aplicação de multa, conforme o encaminhamento constante da peça 52. (negritou-se)

Dessa forma, considerando que a média de rodagem dos veículos era de 1.514 km/mês e 69 km/dia por carro, o relator entendeu que a execução contratual demonstra total incompatibilidade com a realidade, uma vez que a média registrada foi de 172 km/dia por carro, o que supera em mais de cem por cento a média histórica de utilização.

Nessa linha, esse foi o ato antijurídico que ocasionou o dano ao erário, nas palavras do relator:

“21. Diante desse quadro fático, de pagamento por serviços cuja execução não foi comprovada segundo a forma preconizada no contrato, em quantidades muito acima do razoável, entendo configurada **a existência de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico, passível de gerar a responsabilização dos agentes públicos que praticaram o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado** (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992). (Pag. 3 do voto).

Diante dessas circunstâncias fáticas, é importante destacar também as questões jurídicas em relação ao tema de investigação deste trabalho. Conforme já abordado, a proposta é analisar a aderência ao Estado de Direito do entendimento firmado pelo TCU ao afastar o art. 28 da LINDB nos casos de responsabilidade civil.

Na visão da corte, o art. 37, §6º da CF não especifica qualquer tipo de gradação da culpa ao falar sobre a responsabilidade pela recomposição do dano, de modo que não caberia a ato normativo inferior tal delimitação. Aliás, não só a CF não prevê tal distinção entre os graus de culpa, mas também o Código Civil não faz menção alguma nesse sentido. Desse modo entendeu o Ministro Relator:

145. Sendo assim, compreendo que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do (...) [Agente C] impõem um tratamento distinto do responsável quanto à sua punibilidade. Porém, entendo que tais aspectos não alteram a sua responsabilidade pelo débito.

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

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

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

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

149. No presente caso, compreendo que o responsável agiu com culpa na consumação da irregularidade, não havendo nenhuma desproporcionalidade entre o seu grau de negligência, verificado no cometimento do ato inquinado, e o dano que causou ao erário.

Portanto, a análise e a avaliação serão centradas nesses pontos relacionados ao afastamento jurisprudencial do art. 28 da LINDB nos casos de ressarcimento ao erário. Antes de iniciar a análise, é importante delimitar os elementos da responsabilidade civil presentes no caso analisado. Conforme exposto supra, foi possível a constatação do primeiro elemento: o dano. Passa-se, então, à especificação das condutas dos agentes, do elemento subjetivo e do nexo de causalidade.

A. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente P

O Min. Relator entendeu que sua responsabilidade decorre do fato de (i) que era dever do **Agente P**, o qual detinha o cargo de Coordenador Geral de Logística, a fiscalização e controle dos quilômetros rodados, e (ii) que ele dispensou os fiscais para realizarem tal fiscalização:

52. Nesse contexto, cabia ao **[Agente P]**, na condição de Coordenador Geral de Logística, supervisionar a atividade de fiscalização do ajuste, o que envolvia o cumprimento dessas obrigações e a verificação do respeito, pela contratada, dos deveres contratuais que lhe foram impostos.

(...)

54. Em verdade, os elementos acostados nos autos atestam que a deficiente atuação da fiscalização decorreu da atuação direta do Sr.**[Agente P]** que dispensou os fiscais de promoverem o controle na forma especificada no contrato.

Em relação ao elemento subjetivo da conduta, o Min. Relator considerou a necessidade de culpa *stricto sensu* para que seja constatada a obrigação de ressarcir o dano (responsabilidade civil) da seguinte maneira:

79. Quanto à alegação de que não existem indícios de que o defendente tenha agido dolosamente, destaco que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, 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 instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário (Acórdãos 9004/2018-1ª Câmara, 635/2017-Plenário, 2781/2016-Plenário, dentre outros).

O nexo de causalidade foi evidenciado pelo Min. Relator nos seguintes termos:

60. Dessa forma, compreendo que, em verdade, está configurada a culpa grave do Sr. (...) **[Agente P]** pela deficiente fiscalização

verificada no Contrato 7/2006. Tal situação possibilitou a apresentação de notas fiscais pela empresa contendo quilometragens muito acima da média histórica da Funasa, sem qualquer documentação de suporte, in casu, os boletins diários de tráfego, como exigido no contrato.

B. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente E

Em relação a **Agente E**, o Min. Relator aplica o mesmo raciocínio desenvolvido em relação a **Agente P**, uma vez que o **Agente E** substituiu o **Agente P** na função de Coordenador Geral de Logística. Dessa forma, os atos/omissões do **Agente E** foram listados da seguinte maneira:

“91. A despeito disso, compreendo que a partir do momento que o Sr. (...) [**Agente E**] ocupou, ainda que interinamente, a função de Coordenador Geral de Logística, ele evidentemente assumiu as competências e as obrigações inerentes à nova posição institucional, dentre as quais se incluem o respeito às normas legais de liquidação e pagamento de despesas públicas e a estrita obediência aos termos dos contratos.

92. Nessa condição, ele herdou o plexo de atribuições regimentais e o poder de comando sobre os atos dos subordinados, o que lhes dava a possibilidade de corrigir eventuais irregularidades verificadas em sua órbita de atuação, como as falhas verificadas na supervisão do Contrato 7/2006.

93. Além da possibilidade de atuação institucional, por força de sua plena competência regimental, observo que o responsável possuía todas as condições fáticas para perceber as irregularidades em análise e corrigi-las, pois havia atuado como pregoeiro na licitação que deu ensejo ao Contrato 7/2006 e, por consequência, conhecia o termo de referência e os termos da contratação.

(...)

96. Quanto ao argumento de que a fiscalização mais eficiente e perfeita seria do próprio usuário, por meio de simples relatórios que permitissem confirmar os deslocamentos, concordo que essa afirmativa. Aliás, esse

era o objetivo da cláusula quarta, item s.3, do Contrato, que foi ignorada pelo responsável: permitir que o usuário conferisse a quilometragem anotada pelo motorista, em cada percurso, assinando-a na sequência.

97. Porém, não houve condições fáticas para que os usuários cumprissem tal atribuição, pois os motoristas foram orientados a não usar os boletins diários de tráfego, por atuação direta do Sr. **[Agente P]**, falha que não foi corrigida pelo Sr. **[Agente E]**, durante o período que exerceu a função de Coordenador Geral de Logística substituto.”

No que tange ao elemento subjetivo, o Min. Relator considerou novamente que, para fins de reparação de dano ao erário, não é necessária a constatação de dolo, mas apenas uma conduta negligente (conduta culposa):

95. Sendo assim, observo que o defendente exerceu a função em um período de tempo suficiente para perceber a irregularidade e saná-la. Se ele não o fez, seja por negligência, seja para não contrariar o modo de atuação estabelecido pelo titular da Coordenador Geral de Logística, na supervisão do Contrato 7/2006, deve sofrer as consequências de sua atuação irregular, o que inclui a responsabilidade financeira pelos prejuízos gerados.

(...)

103. Tomando por base essas premissas, observo que o Sr.(...) **[Agente E]**, no presente caso, não atuou de acordo com a conduta esperada de um homem cauteloso e diligente, pois deixou de observar normas expressas no termo do contrato, o que contribuiu de forma direta e relevante para a existência de graves prejuízos ao erário.

(...)

107. Sobre a alegação de que não houve intenção de causar dano aos cofres públicos, invoco as considerações que fiz no capítulo anterior, no sentido de que a responsabilidade perante esta Corte de Contas prescinde da comprovação de dolo. No caso, as circunstâncias relatadas no subitem 87 a 91 retro demonstram que o responsável negligenciou na supervisão do contrato, sendo cabível a sua responsabilização.

O nexos de causalidade é destacado pelo parágrafo 103 (transcrito acima) e pelo parágrafo 105:

“105. Conforme a tabela consignada no item 94 supra, o Sr. (...) [Agente E] emitiu vários despachos autorizando o encaminhamento das notas fiscais para pagamento, o que denota a sua participação relevante na consumação da irregularidade e, por conseguinte, a pertinência de sua inclusão no rol de responsáveis pelo débito.”

C. Das considerações do Ministro Relator em relação a Empresa A

A empresa foi responsabilizada em razão da omissão na fiscalização do contrato e da orientação dada aos motoristas para que eles aumentassem a quilometragem, o que atraiu a responsabilidade da empresa por ter concorrido para o cometimento do dano, nos termos do art. 16, §2º, da lei 8.443/1992:

114. Com relação ao assunto, destaco que a empresa descumpriu, sem nenhuma razão plausível, obrigação expressa na cláusula quarta, item s.3. do termo do contrato, a qual estabelecia que “a contagem da quilometragem se iniciará somente após o embarque do usuário, ficando sob responsabilidade da CONTRATADA a anotação da quilometragem, submetendo-a a apreciação do usuário, que deverá assiná-la após a conferência” (grifos acrescidos).

115. Ademais, a empresa violou a cláusula quarta, alíneas “g” e “m” do contrato, que lhe impunham os deveres de “responsabilizar-se pelo fiel cumprimento dos serviços constantes neste Contrato” e de “relatar à FUNASA toda e qualquer anormalidade observada em virtude da prestação dos serviços”.

116. Nesse quadro, embora tenha havido falha do órgão na supervisão e fiscalização do ajuste, está sobejamente demonstrado nos autos que a empresa descumpriu suas obrigações contratuais e se beneficiou da situação de descontrole na execução do ajuste. In casu, o dano decorreu da conduta concorrente dos agentes da Funasa e da própria empresa, o que atrai a aplicação do art. 16, § 2º, alínea “b” da Lei 8.443/1992, o qual impõe a responsabilidade solidária do terceiro que de “qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”.

117. Ademais, não se pode olvidar, como argumento subsidiário, que há depoimento no processos administrativo disciplinar aberto pela

Funasa, no sentido de que a própria empresa, por meio de seus prepostos, agiu para aumentar a quilometragem e, assim, auferir maiores ganhos com o contrato.

123. Nesse ponto, cabe invocar o art. 70 da Lei 8.666/1993, segundo o qual “o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

D. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente C

Em relação ao **Agente C**, o Min. Relator entendeu que os elementos fáticos não são suficientes para evidenciar a culpa grave do defendente, o que afastaria a sua condenação à multa. Contudo, isso não afastaria a sua responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados ao erário, uma vez que, na visão do Relator, o art. 28 da LINDB não deveria ser aplicado neste tipo de responsabilidade, mas apenas em relação à responsabilidade sancionatória:

150. Sendo assim, compreendo que o Sr. (...) [**Agente C**] deve ser condenado em débito, mas, diante da ausência de culpa grave, deve ser dispensado da aplicação de multa.

Nessa linha, os atos praticados pelo **Agente C** são mencionados pelo Ministro Relator nos seguintes termos:

140. Inicialmente, destaco que o Sr.(...) [**Agente C**] foi arrolado no processo por ter autorizado, na condição de Coordenador Geral de Logística Substituto, o pagamento da nota fiscal no valor de R\$ 82.641,09 (abril/2007), o que gerou um débito de R\$ 52.086,19, por meio do despacho consignado na peça 10, p. 179, “sem a comprovação da efetiva prestação dos serviços correspondentes na forma especificada no Contrato 7/2006 (cláusulas terceira, letra “h”, e quarta, letra “s3”), ou seja, sem que fosse apresentado pela contratada boletim de tráfego diário assinado pelo usuário do serviço, com as informações indicadas no contrato”.

(...)

142. Com relação ao assunto, entendo que a participação do Sr. (...) [Agente C] está configurada a partir do momento em que, assumindo a função de Coordenador Geral de Logística, permitiu a liquidação irregular da despesa, em desacordo com os termos do contrato. No caso, aplicam-se a ele as mesmas ponderações emanadas no item 107 supra, no sentido de que a sua participação no pagamento irregular do dispêndio está plenamente demonstrada, pois agiu em desacordo com o art. 63 da Lei 4.320/1964 e as disposições contratuais e está inserido na cadeia causal do débito identificado.

Apesar disso, o Ministro Relator entende que os elementos não são suficientes para a caracterização de culpa grave:

143. **A despeito disso, entendo que os elementos disponíveis nos autos não são suficientes para evidenciar a culpa grave** do defendente na consumação da irregularidade. Isso porque, diferentemente dos Srs. (...) [Agente P] e [Agente E], não há evidências de que o Sr. (...) [Agente C] participou da licitação que deu ensejo ao Contrato 7/2006 nem de que atuou diretamente, como o primeiro responsável, na orientação irregular dos fiscais do contrato.

Contudo, o Ministro Relator aduz que a ausência de culpa grave contribui apenas para afastar a condenação do Agente C à pena de multa, e não se aplica à responsabilidade de reparar os danos ao erário:

145. Sendo assim, compreendo que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do Sr. (...) [Agente C] impõem um tratamento distinto do responsável quanto à sua punibilidade. Porém, entendo que tais aspectos não alteram a sua responsabilidade pelo débito.

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

147. **O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação,** como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive

para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:

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

148. Como regra, a legislação civil **não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar.** A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

E. Das considerações do Ministro Relator em relação ao Agente W

O **Agente W** foi responsabilizado por ter autorizado o pagamento das notas fiscais dos meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2007. Seu ato praticado, portanto, é resumido pelo Min. Relator da seguinte maneira:

152. Na ocasião, o responsável concluiu o processo de liquidação, ocorrido sob a sua responsabilidade, e enviou as notas fiscais para pagamento “sem a comprovação da efetiva prestação dos serviços correspondentes na forma especificada no Contrato 7/2006 (cláusulas terceira, letra “h”, e quarta, letra “s3”), ou seja, sem que fosse apresentado pela contratada boletim de tráfego diário assinado pelo usuário do serviço, com as informações indicadas no contrato.

O nexo de causalidade é evidenciado do seguinte modo:

“159. Dessa forma, entendo que está comprovada a atuação deficiente do Sr. (...) [**Agente W**] na supervisão do Contrato 7/2006. Considerando o período em que ele esteve à frente de sua função, na Diretoria de Administração, entendo que o gestor teve tempo suficiente para tomar conhecimento das falhas na fiscalização do contrato e do

descumprimento das condições contratuais pela empresa, a ponto de poder corrigi-las antes do pagamento.”

Essas circunstâncias ocasionaram a condenação do **Agente W** à sanção administrativa e à reparação do dano:

161. Sendo assim, julgo configurada a culpa grave do defendente, na medida em que agiu, de forma reiterada, em quatro pagamentos, com grande distanciamento do parâmetro esperado de conduta, que era o cumprimento das disposições contratuais. Comparativamente aos Srs. **[Agente P]** e **[Agente E]**, o Sr. **[Agente W]** atuou com menor grau de culpa, o que deve ser sopesado por ocasião da dosimetria da sanção.

162. Dessa forma, julgo adequada a inclusão do referido gestor no rol de responsáveis pelo débito e, diante da existência de culpa grave, a aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor a ser especificado a seguir, conforme a análise a ser efetuada adiante.

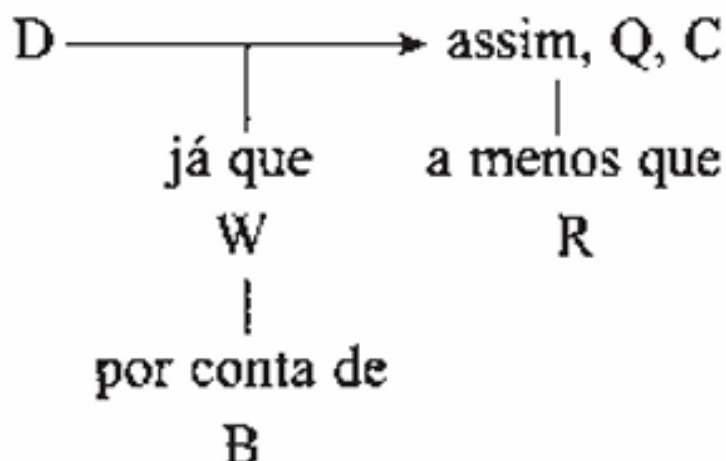
2. Análise dos argumentos utilizando o esquema de Stephen Toulmin

No tópico anterior, buscou-se apresentar os principais pontos do voto do Min. Relator em relação aos elementos da responsabilidade civil (conduta, nexo de causalidade, dano e culpa em sentido amplo). No presente tópico, será feita análise do argumento apresentado em relação à não aplicação do art. 28 da LINDB nos casos de responsabilidade civil.

Para tanto, a análise será focada na responsabilização do **Agente C**, pois foi em relação a esse responsável que o Min. Relator teceu maiores considerações acerca da não aplicação do art. 28 da LINDB. Considerando que o raciocínio desenvolvido em relação a este ponto é repetido em relação aos demais responsabilizados, entende-se, então, que é desnecessária uma análise da argumentação tida para cada responsável, de modo que a análise da responsabilidade do **Agente C** já é suficiente para atingir os objetivos propostos por este trabalho.

Conforme abordado no primeiro capítulo, o esquema de Toulmin pode ser sintetizado da seguinte maneira:

Figura 8 – Esquema de Toulmin completo.



Fonte: TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 150.

Para recapitular, o esquema composto por seis elementos: dados; alegação; garantia; apoio; qualificadores modais; e condições de refutação (Carvalho, 2018, p. 52). Os “dados” são as questões de fato e servem como fundamentos para a “alegação”. A “alegação” é o produto da argumentação, ou seja, é o “fim de raciocínio argumentativo a ser fundamentado pelas razões apresentadas” (Carvalho, 2018, p. 53). A “garantia”, por sua vez, está relacionada às questões de direito, de modo que são responsáveis pela ligação entre os “dados” e a “alegação”. O “apoio” dá suporte à “garantia”, de forma que a torna mais aceitável (Carvalho, 2018, p. 58). Os “qualificadores modais” são responsáveis por modular as forças de determinada informação do argumento. Semelhantemente, as “condições de refutação” expressam as ressalvas que podem evidenciar uma situação específica que enfraqueceria uma evidência do argumento.

Desse modo, ao dividir o argumento elaborado pelo Relator, tem-se o que segue:

Quadro 1 – Apresentação dos argumentos.

Elementos de Toulmin	Argumentos apresentados
<i>Claim/Alegação</i>	a) “compreendo que o Sr. [Agente C] deve ser condenado em débito, mas, diante da ausência de culpa grave, deve ser dispensado da aplicação de multa.”

	b) “145. Sendo assim, compreendo que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do [Agente C] impõem um tratamento distinto do responsável quanto à sua punibilidade. Porém, entendo que tais aspectos não alteram a sua responsabilidade pelo débito.” c) “146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.”
<i>Data/Dados</i>	a) Na condição de Coordenador Geral de Logística Substituto, Agente C autorizou o pagamento da nota fiscal no valor de R\$ 82.641,09 (abril/2007), o que gerou um débito de R\$ 52.086,19 em desacordo com os termos do contrato; b) “142. Com relação ao assunto, entendo que a participação do Sr. [Agente C] está configurada a partir do momento em que, assumindo a função de Coordenador Geral de Logística, permitiu a liquidação irregular da despesa, em desacordo com os termos do contrato. No caso, aplicam-se a ele as mesmas ponderações emanadas no item 107 supra, no sentido de que a sua participação no pagamento irregular do dispêndio está plenamente demonstrada, pois agiu em desacordo com o art. 63 da Lei 4.320/1964 e as disposições contratuais e está inserido na cadeia causal do débito identificado.”
<i>Warrant/Garantia</i>	a) “A responsabilidade perante esta Corte de Contas prescinde da comprovação de dolo” Pág. 42 fazendo referência ao parágrafo 107 da pág. 38. b) Aquele que violar direito e causar dano a outrem deve repará-lo. Nesses termos, considerando que o art. 37, §6º, da Constituição Federal não faz menção à gradação da culpa nos casos de ressarcimento ao erário, entendeu-se que o art. 28 da LINDB não deve ser aplicado. Assim, a simples presença de culpa é suficiente para caracterizar a responsabilização do Agente C, não havendo restrição aos casos de culpa grave ou dolo. c) “as alterações promovidas na LINDB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.” Pág. 18 do voto. d) “143. A despeito disso, entendo que os elementos disponíveis nos autos não são suficientes para evidenciar a culpa grave do defendente na consumação da irregularidade. Isso porque, diferentemente dos Srs. [Agente P] e [Agente E], não há evidências de que o Sr. [Agente C]

	participou da licitação que deu ensejo ao Contrato 7/2006 nem de que atuou diretamente, como o primeiro responsável, na orientação irregular dos fiscais do contrato.” e) “147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição (...)” f) “148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.”
<i>Backing/Apoio</i>	a) §6º, art. 37 da Constituição Federal;¹⁷ b) Art. 927 do Código Civil.¹⁸ c) Art. 944 do Código Civil.¹⁹ d) Art. 186 do Código civil.²⁰
<i>Rebuttals/Condições de refutação</i>	a) Art. 188 do Código Civil.²¹

¹⁷Art. 37. § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁸ 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.

¹⁹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

²⁰ 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.

²¹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

3. Avaliação dos argumentos utilizando os critérios de Neil MacCormick

1) UNIVERSALIDADE RETROSPECTIVA

a. A autoridade julgadora enuncia precedente(s) para justificar sua decisão? Qual(is)?

Sim. Ao versar sobre a responsabilidade do **Agente C**, o Min. Relator destaca que algumas ponderações emanadas sobre a responsabilização dos **Agentes P e E** são aplicadas ao **Agente C**. Assim, na página 10 do voto, parágrafo 79, o Min. Relator mencionou os seguintes precedentes: Acórdãos 635/2017-Plenário, 2781/2016-Plenário e 9004/2018-1ª Câmara.

b. Qual(is) é(são) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) do(s) precedente(s) mencionado(s)?

Acórdão 635/2017-Plenário e Acórdão 183/2015 - Plenário:²²

i. Premissas normativas.

1. Art. 71, II, da Constituição Federal.
2. Art. 5º, II; art. 16, inciso III, alíneas “b”, “c” e “d”; art. 19, caput; e 23, inciso III, todos da Lei 8.443/92.
3. Implicitamente: arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.

ii. Premissas fáticas.

1. Circunstância: responsabilidade civil em razão de prejuízo ao erário.
2. Fato: Foram feitos depósitos indevidos a pessoas sem vínculo com o Exército, ou com vínculo, mas sem direito aos recursos.
3. Conduta: O agente assinou diversas ordens bancárias e relações de ordens bancárias, resultando no depósito

²² Apesar de o Min. Relator não mencionar o Acórdão 183/2015 – Plenário como precedente, faz-se mister sua menção, pois o acórdão mencionado pelo relator, Acórdão 9004/2018-1ª Câmara, analisou recurso interpostos contra o Acórdão 183/2015 – Plenário. Dessa forma, foi nesse último acórdão que foi possível ter melhor conhecimentos das premissas normativas e fáticas. Essa mesma consideração é válida para os precedentes mencionados em sequência.

indevido dos valores nas contas bancárias dos favorecidos. Tinha o responsável ainda o dever funcional de verificar a emissão de tais documentos em sua unidade. Suas condutas foram consideradas culposas.

Não houve análise dos graus de culpa do agente. Isto é, fora constatada a culpa do agente, mas sem as considerações acerca da gradação da culpa, tampouco em relação à constatação da culpa grave. Essa ausência de análise talvez possa ser atribuída ao fato de que o acórdão é anterior ao art. 28 da LINDB. Abaixo foram transcritas passagens do Acórdão 635/2017-Plenário a respeito dos elementos subjetivo e objetivo da conduta do agente:

*“5.29. No presente caso, pode-se observar claramente a atuação pessoal do recorrente sobre os fatos irregulares e, também, com **considerável negligência** no exercício do papel de Ordenador de Despesas do Comando da 1ª Região Militar.*

(...)

*5.51. Assim, tendo em vista a celeuma envolvendo a responsabilização do Ordenador de Despesas, o caminho mais adequado ao ordenamento é observar os atos questionados sob o prisma da **responsabilidade subjetiva, avaliando dolo e culpa, exteriorizada por meio da imprudência, da negligência ou da imperícia.***

5.52. Na espécie, as provas contidas nos autos não permitem que se conclua pela irresponsabilidade do recorrente por pagamentos milionários no decorrer da gestão dele como Ordenador de Despesas, nos anos de 1993 e a 1996. Ao contrário, a desorganização administrativa, a leniência e a transparente ausência de dever de cuidado objetivo do ex gestor constituíram fatores primordiais para a instauração e manutenção das

fraudes por anos. A responsabilidade de Reinaldo, seja pessoalmente ou pela não formatação de sistema de controle suficiente para inibir as irregularidades, está demonstrada, como se discutiu na deliberação recorrida e nesta instrução.

*5.53. Dessa forma, situação em que a atuação do Ordenador de Despesas não pode ser desconsiderada ocorre quando se identifica que ele praticou atos executórios, ainda que na condição de última instância decisória, a exemplo da assinatura de planos de trabalho, cheques, ordens bancárias e outros documentos de pagamento ou na homologação de licitações, responsabilizando-se pessoalmente. Além disso, a ausência de cuidado objetivo desse gestor na condução do órgão ou entidade, sem a formatação ou o exercício de sistema de controle adequado a inibir fraudes, constitui **conduta culposa passível de responsabilização, em caso de dano ao erário.***

4. Consequência: Condenado a ressarcir os danos ao erário.

Acórdão 2781/2016-Plenário e Acórdão 1637/2016 - Plenário:

i. Premissas normativas.

1. Art. 16, inciso III, alínea “c” e § 2º; art. 19; e art. 23, inciso III, todos da Lei 8.443/1992.
2. Implicitamente: arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.

ii. Premissas fáticas.

1. Circunstância: responsabilidade civil em razão de prejuízo ao erário.
2. Fato: Houve superfaturamento no aditamento contratual de serviços com preços excessivos, apurado nas obras de duplicação da BR-364/RO, no trecho compreendido entre

Candeias do Jamari e Porto Velho, no Estado de Rondônia.

3. Conduta: Os responsáveis assinaram dois termos aditivos contratuais, o que resultou, por meio do acréscimo de itens com preços supervalorizados e da supressão de serviços com valores unitários depreciados, na ocorrência de superfaturamento. Conduta essa que não foi considerada como de difícil detecção.

Não houve análise dos graus de culpa do agente. Isto é, fora constatada a culpa do agente, mas sem as considerações acerca da gradação da culpa, tampouco em relação à constatação da culpa grave. Essa ausência de análise talvez possa ser atribuída ao fato de que o acórdão é anterior ao art. 28 da LINDB. No trecho colecionado abaixo, embora haja menção à utilização de um “homem médio” como parâmetro de conduta, não é possível dizer que houve análise do grau de culpa pelo Min. Relator do Acórdão 2781/2016-Plenário:

“73. No âmbito dos processos nesta Corte de Contas, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, segue a regra geral da responsabilidade civil, ou seja, é de natureza subjetiva. São, portanto, exigidos simultaneamente três pressupostos para a responsabilização, quais sejam: (i) o ato ilícito na gestão dos recursos públicos, o que se encontra bem delineado na deliberação embargada; (ii) a conduta dolosa ou culposa e; (iii) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Há de ser investigado, ainda, se houve a ocorrência de algum eventual excludente de culpabilidade, tal como a inexigibilidade de conduta diversa ou a ausência de

potencial conhecimento da ilicitude. Todas essas condições encontram-se detalhadamente evidenciadas no acórdão embargado.

(...)

75. Em suma, avalio que o Sr. [XXXX] não teve o padrão de conduta exigido para um administrador público, segundo o critério frequentemente adotado por esta Corte de Contas no exame acerca da existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotando como parâmetro para comparação a conduta esperada de um homem médio, diligente e probo, da qual decorre que o agente público deve agir como se estivesse cuidando dos seus próprios negócios, respondendo pelos danos que vier a causar em decorrência de condutas desidiosas ou temerárias.”

4. Consequência: Condenados ao ressarcimento do dano causado ao erário.

Acórdãos nº 9004/2018-1ª Câmara, nº 4740/2018 – TCU – 1ª Câmara e nº 1.890/2017-TCU-Primeira Câmara:

i. Premissas normativas.

1. Art. 1º, inciso I; art. 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e § 2º; art. 19; e art. 23, inciso III; todos da Lei 8.443/1992.
2. Implicitamente: arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.

ii. Premissas fáticas.

1. Circunstância:

- a. Acórdão nº 9004/2018 - 1ª Câmara: recurso de embargos de declaração no qual é discutida a responsabilidade administrativa;

- b. Acórdão nº 4740/2018 – 1ª Câmara: recurso de reconsideração no qual visa reverter a condenação ao pagamento de dano ao erário e de multa administrativa.
 - c. Acórdão nº 1890/2017 – 1ª Câmara: condenação à reparação de dano ao erário e ao pagamento de multa administrativa.
2. Fato: não foi comprovada a entrega do objeto do Convênio 180/2009 (Siconv 712190), cuja finalidade era a aquisição de medicamentos para o Município de Cambira/PR, mediante aporte de R\$ 100.000,00 pela União, repassados em parcela única no dia 12/11/2010.
3. Conduta: recebimento de pagamentos sem a comprovação de que os medicamentos tivessem sido efetivamente entregues ao município.

Contudo, apesar de esse acórdão ter sido mencionado como precedente da corte no que tange à obrigação de ressarcir ao erário quando caracterizada a presença simples da culpa (não sendo necessário dolo), o acórdão parece ter como matéria central, na verdade, a responsabilidade administrativa. Ou seja, apesar de o agente ter sido condenado ao ressarcimento do dano ao erário, o Acórdão 9004/2018-1ª Câmara versa primordialmente sobre a sanção do agente, e não sobre a gradação de culpa na obrigação de ressarcimento ao erário. Isso pode ser percebido pelas seguintes passagens do **Acórdão 9004/2018-1ª Câmara**:

“2. Nesta oportunidade, a embargante alega que a deliberação recorrida teria sido omissa quanto ao reconhecimento da existência de boa-fé ou má-fé da embargante, tratado nos subitens 5.17 e 5.18 da instrução da Serur adotada como fundamento da decisão. Em síntese, assevera que tal omissão teria implicações sobre

a **multa a ela aplicada** por força do Acórdão 1.890/2017-TCU-Primeira Câmara, devendo ser aclarada pela Casa.
(...)

10. Ademais, não procede a alegação da embargante de eventual reconhecimento de boa-fé conduzirem ao **afastamento da multa aplicada**. Ainda que a recorrente lograsse comprovar o argumento, isso não seria capaz, por si só, de afastar penalidade. A jurisprudência desta Casa é lúcida no sentido de que a responsabilização não depende de má-fé no agir:

“Para que o agente público seja responsabilizado é necessário que se estabeleça o liame causal entre a sua conduta irregular e o débito apurado. A comprovação da má-fé é desnecessária, basta o resultado danoso ao Erário, o elemento subjetivo e o vínculo causal” (Acórdão 3.441/2012-TCU Plenário, Revisor Ministro Walton Alencar Rodrigues).

“Não é necessário que haja má-fé ou ação dolosa do agente para fins de responsabilização perante o TCU” (Acórdão 243/2010-TCU-Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz)”.

Além disso, outro ponto analisado foi a solidariedade de obrigação de ressarcir, mas não – conforme afirmado acima – análise do elemento subjetivo da conduta quanto aos graus da culpa. Seguindo a lógica das considerações feitas nos outros precedentes mencionados, pode-se entender que essa ausência de análise talvez possa ser atribuída ao fato de que o acórdão julgou um recurso de embargos de declaração opostos contra o Acórdão nº 4740/2018. Tal acórdão, por sua vez, julgou recurso de reconsideração interpostos contra o Acórdão nº 1.890/2017-TCU. Os acórdãos que julgaram os recursos se limitaram em reproduzir as razões de decidir do Acórdão nº 1.890/2017-TCU, o qual é anterior à vigência

art. 28 da LINDB, de modo que não discute a possibilidade ou não de gradação da culpa na responsabilidade civil.

4. Consequência: manutenção da condenação de pagamento da multa. (apesar de o acórdão mencionado não versar expressamente sobre os graus de culpa, mas sim sobre a sanção – multa).

c. Qual(is) é(são) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) da Decisão avaliada?

i. Premissas normativas.

1. §6º, art. 37 da Constituição Federal;
2. Arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.
3. Arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas “b” e “c”; 19 e 23, inciso III, todos da Lei 8.443/1992.

ii. Premissas fáticas.

1. Circunstâncias: responsabilidade civil em razão de prejuízo ao erário mesmo sem culpa grave ou dolo.
2. Fato: foi constatada cobrança por quilometragens acima dos limites franqueados, entre os meses de abril/2006 a setembro/2007, na execução do Contrato 7/2006, que tinha por objeto a prestação de serviços de transporte executivo a servidores e dirigentes da Funasa.
3. Conduta: Os responsáveis, na função de Coordenador Geral de Logística, permitiram a liquidação irregular da despesa, em desacordo com os termos do contrato, de modo que agiram em desacordo com o art. 63 da Lei 4.320/1964 e com as disposições contratuais.
4. Consequência: Condenados à indenização do dano causado ao erário.

d. A(s) premissa(s) do(s) precedente(s) é(são) análoga(s) à(s) do caso em julgamento? Explique.

Sim, mas há ressalvas. Em todos os casos mencionados, houve a delimitação de todos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil: dano ao erário, presença de dolo ou culpa na conduta e nexo de causalidade. Nos precedentes analisados, o Tribunal de Contas da União entendeu que a responsabilidade pelo ressarcimento do dano ao erário resta configurada quando constatada a presença desses elementos (dano, nexo de causalidade e conduta dolosa ou culposa), de modo que não houve consideração acerca dos graus de culpa das condutas praticadas..

Entretanto, faz-se mister dizer que todos os precedentes mencionados pelo Ministro Relator (em relação à responsabilidade civil) são anteriores à 25 de abril de 2018, data em que entrou em vigor a Lei nº 13.655/2018, a qual inseriu o artigo o atual art. 28 da LINDB.

e. Qual(is) regra(s) é(são) possível(is) extrair do(s) precedente(s) mencionado(s)?

A regra de que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de dano, nexo de causalidade de conduta culposa ou dolosa. Assim, a análise do elemento subjetivo da conduta não leva em consideração os graus de culpa, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário.

f. O(s) precedente(s) contribui(em) para justificar a decisão em avaliação? Em outras palavras, a(s) conduta(s) (re)aprovada(s) na decisão em avaliação também foi(ram) (re)aprovada(s) no(s) precedente(s) citado(s)? Explique.

Não. As condutas praticadas pelos agentes do acórdão em avaliação não são iguais às condutas praticadas pelos agentes dos acórdãos mencionados como precedentes, mas é possível dizer que o elemento subjetivo das condutas é semelhante. Isso, pois, conforme abordado no capítulo II deste trabalho, a conduta pode ser analisada sob um viés objetivo e um viés subjetivo. Em relação ao viés objetivo, analisa-se a ação praticada (ou omissão) pelo sujeito. Em relação ao viés subjetivo, analisa-se o dolo e a culpa.

Os precedentes mencionados tratam de situações distintas (aditivos contratuais, ordem de pagamentos e não atendimento às disposições contratuais). Ou seja, sob um viés objetivo, as condutas foram diferentes. Contudo, sob um viés subjetivo, é possível afirmar

que foram constadas, nos precedentes mencionados, condutas que acarretaram a responsabilização do agente ao ressarcimento ao erário. Porém, tais precedentes não versaram sobre a responsabilização restrita aos casos de dolo ou culpa grave.

Conforme apontado acima, a maioria dos precedentes mencionados pelo Ministro Relator (em relação à responsabilidade civil) são anteriores à 25 de abril de 2018, data em que entrou em vigor a Lei nº 13.655/2018, a qual inseriu o artigo o atual art. 28 da LINDB. Assim, uma vez que os precedentes não tinham condições materiais de dispor sobre a aplicação ou não do art. 28 da LINDB aos casos de responsabilidade civil, entende-se que tais precedentes não contribuíram para justificar a decisão em avaliação.

Os precedentes mencionados (acórdãos 9004/2018 e o acórdão 4740/2018, o qual não foi expressamente mencionado) que são posteriores ao início da vigência do art. 28 da LINDB tratam de julgamento de recursos, de modo que foram reproduzidos nesses julgamentos as razões de decidir do acórdão que condenou os responsáveis. Dito de outro modo, apesar de serem posteriores, eles não consideram o art. 28 da LINDB em suas ponderações, tampouco versam sobre responsabilidade civil em caso de dolo ou culpa grave.

2) CONSISTÊNCIA

a. Qual(is) regra(s) foi(ram) escolhida(as) para justificar a decisão?

Implicitamente, as regras dispostas nos artigos 186 e 944, do Código Civil, bem como §6º, art. 37, da Constituição Federal.

b. Há erro(s) de lógica entre a(s) premissa(s) da decisão? Qual(is)?

É possível dizer que esse requisito foi atendido, embora haja dúvidas em determinadas passagens do acórdão. Há momentos em que o Min. Relator aborda a responsabilidade administrativa (multa) e a responsabilidade civil (indenização) sem especificar claramente, o que poderia gerar dúvidas sobre qual responsabilidade o relator trata.

Além disso, é possível dizer que as garantias (*warrant*) utilizadas não são suficientes para estabelecer a passagem dos dados (*data*) à conclusão (*claim*). Conforme exposto no “Quadro 1 – Apresentação dos argumentos” (páginas 67 e 68 desta pesquisa), uma das garantias utilizadas pelo Min. Relator foi a de que:

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

Essa garantia, cujo apoio (*backing*) é o art. 37, §6º, da CF, faz referência aos casos de dano praticados por agentes públicos contra terceiros, o que fundamentaria o direito de regresso do Estado. Porém, a situação fática do acórdão 2391/2018 é diferente, pois não é o caso de danos a terceiros, mas sim de danos à FUNASA. Portanto, a utilização dessa garantia para chegar à alegação de que o art. 28 não é aplicável aos casos de responsabilidade civil parece evidenciar uma ausência de encadeamento lógico entre os dados e a alegação. Assim, em relação a este ponto, pode-se dizer que a argumentação apresentada não atende ao aspecto lógico-formal do requisito da consistência.

c. Há regras que conflitam com a regra (legislada ou jurisprudencial) escolhida para fundamentar a decisão? A autoridade julgadora enfrentou o conflito? Explique.

De certa forma, é possível dizer que houve conflito de regras entre o art. 28 da LINDB e o §6º, art. 37, da Constituição Federal e as disposições do Código Civil, mas não é possível dizer que o aspecto do conflito entre regras do requisito da consistência foi atendido.

O Min. Relator entendeu que o §6º, art. 37, da CF, o qual dispõe sobre o direito de regresso contra o agente público no caso de dolo ou culpa, não faz distinção entre os diferentes graus de culpa. É possível dizer, então, que o Min. Relator enfrentou o suposto conflito utilizando norma de hierarquia maior (Constituição Federal). Contudo, conforme as observações feitas no tópico anterior, é possível entender que o art. 37, §6º, CF trata

de responsabilidade civil dos agentes públicos nos casos de danos causados a terceiros, enquanto o art. 28 da LINDB trata da responsabilidade dos agentes públicos em relação aos danos causados à própria Administração Pública. Assim, entende-se que a prevalência do art. 37, §6º, CF sobre o art. 28 da LINDB não é devida, pois, na verdade, não haveria conflito entre esses dispositivos, uma vez que tratam de circunstâncias distintas.

Em relação ao suposto conflito entre o art. 28 da LINDB e as disposições do Código Civil, o Min. Relator entendeu que:

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

A leitura do trecho colecionado acima sugere que a prevalência da “legislação civil” em detrimento do art. 28 da LINDB ocorreu porque aquela seria uma norma mais específica aos casos de responsabilidade civil. Assim, uma vez que o Código Civil não dispõe sobre gradação de culpa nos casos de responsabilidade civil não seria possível considerar que a responsabilidade civil no caso analisado dependa da constatação do dolo ou erro grosseiro. Entretanto, não ficou claro o porquê de a “legislação civil” prevalecer em detrimento do art. 28 da LINDB, uma vez que uma interpretação ordinária desse dispositivo sugere sua aplicação também nos casos de responsabilidade civil. Dessa forma, como não ficou demonstrada a solução desse suposto conflito de normas, não é possível dizer que a argumentação apresentada atendeu ao requisito da consistência.

3) COERÊNCIA

- a. A autoridade julgadora explica o(s) princípio(s) subjacente(s) à(s) regra(s) escolhida(s) para sustentar a sua decisão?**

Não. A autoridade julgadora não evidenciou expressamente a utilização de princípios em sua decisão. Porém, é possível considerar que houve a utilização implícita dos princípios da prevenção e da reparação integral.

b. A narrativa dos fatos é coerente?

Sim.

4) ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E UNIVERSALIZABILIDADE PROSPECTIVA

a. Há princípio(s) em colisão com o princípio subjacente à regra que fundamentou a decisão? Qual(is)?

Sim. Embora a autoridade não tenha expressamente mencionado qualquer princípio, é válido dizer que, implicitamente, houve uma colisão. Por um lado, há os princípios da prevenção e da reparação integral do dano, que fundamentam a busca pela responsabilização dos agentes públicos. Por outro lado, há os valores da proteção ao gestor público de boa-fé, positivados no art. 28 da LINDB.

Embora não haja consenso na prática jurídica sobre os princípios do art. 28, é possível perceber, após toda a exposição feita nesta pesquisa, que esse dispositivo se coaduna com a ideia de proteção do agente público em face dos órgãos de controle, de modo que ele só deveria ser responsabilizado nos casos de dolo ou culpa grave.

Portanto, no caso em análise, é possível dizer que houve um conflito entre os princípios e valores mencionados acima.

b. Quais razões ponderativas foram consignadas pela autoridade julgadora para justificar a escolha do princípio subjacente?

É possível dizer que a razão ponderativa foi a especificidade. Isso, pois, o Min. Relator entendeu que o Código Civil, no que se refere às normas que tratam de responsabilidade civil, não faz menções a qualquer grau de culpa, conforme dispõe o art.

28 da LINDB. Isso aliado ao teor do §6º, art. 37 da CF, o qual também não faz menção à gradação de culpa ao falar sobre responsabilidade civil, contribuíram para o entendimento de que o art. 28 da LINDB era aplicado somente à responsabilidade administrativa.

Entende-se, então, que foram priorizados os valores acerca da reparação do dano causado em detrimento dos valores relativos à proteção do gestor de boa-fé e ao incentivo à inovação.

c. A autoridade julgadora aponta as condutas que passaram a ser proibidas, autorizadas ou obrigatórias com sua decisão? Quais seriam elas?

Sim. A decisão deixa claro que o art. 28 da LINDB não é aplicável aos casos de responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados ao erário. Ou seja, conforme é possível observar na página 18 do voto do Min. Relator, as condutas que acarretarem dano ao erário ensejarão a reparação do dano, independentemente do grau de culpa.

d. Quais os termos e condições para que as mudanças mencionadas acima ocorram? Em outras palavras, qual regra seria possível extrair da decisão (se existir)? Enuncie, identificando o Fato Operativo (FO) e a Consequência Normativa (CN). Há presença de indeterminações nos termos da estrutura dessa regra jurisprudencial?

Como o Tribunal deixou de aplicar as inovações inseridas na LINDB em 2018, é possível concluir que essa decisão reproduz a regra anteriormente aplicada nos casos de responsabilidade civil. O relator se limita a afirmar que o art. 28 da LINDB não pode ser aplicado, quando se fala de responsabilidade civil, de modo que não há possibilidade de exclusão da responsabilidade em razão do grau de culpa. A única condição de refutação (*rebuttals*) mencionada, é a hipótese do parágrafo único do art. 944, do Código Civil, que aduz que o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

O enunciado, portanto, pode ser definido da seguinte maneira:

- A) Fato operativo: sempre que houver dano ao erário, o responsável deverá repará-lo, sendo necessária para tanto a constatação do

dano, da conduta e do nexo de causalidade. Em relação a conduta, a mera presença de culpa *stricto sensu* já é suficiente para que haja a responsabilização, independente do grau apurado (leve, média ou grave). O valor da indenização poderá ser reduzido quando houver excessiva desproporção entre a gravidade e o dano.

B) Consequência Normativa: Constatado o quadro fático descrito no Fato Operativo, o responsável deve reparar o dano no limite da sua extensão.

4. Conclusão da análise e da avaliação

Como resultado dessa avaliação, é possível concluir que o Acórdão 2391/2018 não atende aos requisitos do Estado de Direito. Isso porque, conforme é possível observar pelo roteiro utilizado, os critérios de MacCormick não foram plenamente atendidos.

A universalizabilidade, em seu caráter retrospectivo, não foi atendida porque os precedentes utilizados não foram suficientes para justificar a decisão em avaliação. O Min. Relator menciona expressamente os Acórdãos 9004/2018-1ª Câmara, 635/2017-Plenário e 2781/2016-Plenário para fundamentar o posicionamento no sentido de que, para a configuração da responsabilidade de indenizar o prejuízo causado ao erário, basta a mera constatação de culpa *stricto sensu*:

79. Quanto à alegação de que não existem indícios de que o defendente tenha agido dolosamente, destaco que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, 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 instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário (Acórdãos 9004/2018-1ª Câmara, 635/2017-Plenário, 2781/2016-Plenário, dentre outros).

Os acórdãos mencionados, de fato, exprimem a ideia tratada pelo Min. Relator. Entretanto, esses acórdãos (à exceção do Acórdãos 9004/2018-1ª Câmara) foram proferidos em data anterior a 25 de abril de 2018, data em que entrou em vigor a Lei nº 13.655/2018, a qual inseriu o artigo o atual art. 28 da LINDB. Dessa forma, não faz sentido afirmar que o art. 28 da LINDB não se aplica aos casos de responsabilidade civil

em razão desse ser entendimento firmado na corte, pois tal artigo não estava em vigor na época dos acórdãos mencionados. Além disso, os acórdãos mencionados não versam sobre a relação entre os graus de culpa e a responsabilização de ressarcir os danos causados ao erário, de modo que não é ideal utilizá-los com fundamento para o caso do acórdão analisado, uma vez que os efeitos jurídicos das condutas praticadas são diferentes.

O Acórdão 9004/2018-1ª Câmara, o qual é referente ao julgamento ocorrido em 14/08/2018, sendo, portanto, o único acórdão mencionado que foi julgado após 25/04/2018, consiste em julgamento de embargos de declaração opostos pelo responsável. Tal acórdão julgou recurso de embargos de declaração opostos contra o acórdão 4740/2018, o qual julgou recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 1.890/2017. No julgamento desses recursos, a Corte de Contas repetiu os fundamentos que justificaram a responsabilização do embargante, fundamentos consolidados no Acórdão 1.890/2017-TCU-Primeira Câmara. Esse acórdão, por sua vez, é referente à sessão ocorrida em 28/03/2017 – um ano e cinco meses antes da entrada em vigor Lei nº 13.655/2018.

O Acórdão 635/2017 – Plenário é referente a sessão ocorrida em 05/04/2017. Tal decisão julgou recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 183/2015 – Plenário, que foi julgado em 04/02/2015. O terceiro julgado expressamente mencionado, Acórdão 2781/2016-Plenário, é referente a julgamento ocorrido em 01/11/2016, no qual foram apreciados embargos de declaração opostos contra o Acórdão 1637/2016 – Plenário, elaborado em 29/06/2016.

Evidente, portanto, que os acórdãos foram proferidos considerando pressupostos fáticos e normativos anteriores à entrada em vigor da Lei nº 13.655/2018. Mesmo assim, serviram como fundamento para o entendimento de que a responsabilidade civil perante o TCU dispensa a comprovação de dolo ou de culpa grave. Essa ideia é expressada em outros trechos do acórdão:

107. Sobre a alegação de que não houve intenção de causar dano aos cofres públicos, invoco as considerações que fiz no capítulo anterior, no sentido de que a responsabilidade perante esta Corte de Contas prescinde da comprovação de dolo. No caso, as circunstâncias relatadas no subitem 87 a 91 retro demonstram que o responsável negligenciou na supervisão do contrato, sendo cabível a sua responsabilização.

Por essas razões, entende-se que não foi adequada a utilização de precedentes no que se refere à responsabilização pela indenização dos danos ao erário. Em que pese o ministro não fazer referência apenas aos três acórdãos mencionados acima (isso, pois, ele utiliza a expressão “entre outros”), é possível afirmar que os precedentes não foram adequados ao posicionamento tomado pelo Min. Relator, uma vez que o art. 28 da LINDB não produzia efeitos jurídicos à época dos acórdãos mencionados. Logo, o critério da universalizabilidade não foi atendido.

O critério da coerência foi atendido, mas o da consistência não. Conforme mencionado no capítulo I da presente pesquisa, o requisito da consistência compreende dois aspectos: o lógico-formal e a justificação de eventual conflito de regras (Santos, C. R. L., 2019, p. 88). No lógico-formal, a decisão não pode apresentar conflitos internos na dedução das conclusões. No aspecto relacionado ao conflito de regras, é necessário que seja justificada a escolha de determinada regra em desfavor de outra. Em atenção às respostas do roteiro de avaliação, entende-se que o requisito da consistência não foi atendido em nenhum desses aspectos.

Ao aduzir que a responsabilização dos agentes nos casos de dano ao erário é devida quando constatados o dolo ou a culpa, o Min. Relator utiliza o art. 37 §6º da CF como apoio para essa garantia. Ocorre que esse dispositivo trata de casos em que o agente causa danos a terceiros, e não diretamente ao Estado. Desse modo, o Estado, caso seja responsabilizado perante o terceiro, poderia interpor ação de regresso contra esse agente caso ele tenha agido com dolo ou culpa. Essa circunstância é diferente da circunstância presente no caso do Acórdão 2391/2018, pois o debate gira em torno da responsabilização por danos causados diretamente ao erário, e não a terceiros. A utilização desse dispositivo da CF como apoio para uma das garantias evidencia que a ausência de um encadeamento lógico entre os dados e a alegação. Em outras palavras, é possível perceber uma lacuna na linha de pensamento que liga as circunstâncias fáticas à conclusão. Nesses termos, o aspecto lógico-formal não foi atendido.

No que tange ao aspecto da justificação de eventual conflito de regras, também é possível dizer que tal aspecto não foi atendido. Não seria possível afirmar que houve um conflito entre o art. 37, §6º, da CF, e o art. 28 da LINDB, uma vez que esses dispositivos tratam de fatos operativos distintos. Conforme exposto no parágrafo anterior, o dispositivo da CF trata de responsabilidade civil dos agentes públicos em razão de danos causados a terceiros. Por sua vez, o art. 28 da LINDB trata da responsabilidade dos

agentes públicos em casos de danos causados à Administração Pública. Uma leitura ordinária desses dispositivos sugere que o fato operativo dessas normas trata de coisas distintas, de modo que não seria possível que houvesse um conflito.

Ademais, não ficou evidente a maneira como o Min. Relator solucionou o conflito entre o art. 28 da LINDB e às disposições do Código Civil. A leitura dos parágrafos 147 e 148 do voto sugere que a não aplicação do art. 28 da LINDB nos casos de dano ao erário ocorre porque a legislação civil não faz menção a qualquer tipo de gradação de culpa quando se trata de responsabilidade civil. Entretanto, conforme apontado na introdução desta pesquisa, uma interpretação ordinária do art. 28 da LINDB sugere que tal artigo também pudesse ser aplicado nos casos de responsabilidade civil. Apesar disso, o Min. Relator, conforme o trecho colecionado abaixo, não teceu maiores considerações sobre o tema, de forma que é possível entender que o aspecto da justificação de eventual conflito de regras não foi atendido:

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

149. No presente caso, compreendo que o responsável agiu com culpa na consumação da irregularidade, não havendo nenhuma desproporcionalidade entre o seu grau de negligência, verificado no cometimento do ato inquinado, e o dano que causou ao erário.

Seguindo essa linha de pensamento, é possível dizer que o requisito da adequação das consequências não foi atendido. Ao não aplicar o art. 28 da LINDB à responsabilidade dos agentes, o Min. Relator não considerou, em seus argumentos, os valores propostos pelo art. 28 da LINDB:

142. Com relação ao assunto, entendo que a participação do Sr. (...) [**Agente C**] está configurada a partir do momento em que, assumindo a função de Coordenador Geral de Logística, permitiu a liquidação irregular da despesa, em desacordo com os termos do contrato. No caso, aplicam-se a ele as mesmas ponderações emanadas no item 107 supra,

no sentido de que a sua participação no pagamento irregular do dispêndio está plenamente demonstrada, pois agiu em desacordo com o art. 63 da Lei 4.320/1964 e as disposições contratuais e está inserido na cadeia causal do débito identificado.

143. A despeito disso, entendo que **os elementos disponíveis nos autos não são suficientes para evidenciar a culpa grave do defendente na consumação da irregularidade.** Isso porque, diferentemente dos Srs. [Agente P] e [Agente E], não há evidências de que o [Agente C] participou da licitação que deu ensejo ao Contrato 7/2006 nem de que atuou diretamente, como o primeiro responsável, na orientação irregular dos fiscais do contrato.

144. Ademais, observo que o aludido agente somente participou de um processo de pagamento, de forma que ele pode não ter tido tempo suficiente para tomar conhecimento das falhas na fiscalização do contrato e do descumprimento das condições contratuais pela empresa, a ponto de poder corrigi-la antes do pagamento.

145. Sendo assim, compreendo que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do (...) [Agente C] impõem um tratamento distinto do responsável quanto à sua punibilidade. **Porém, entendo que tais aspectos não alteram a sua responsabilidade pelo débito.**

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

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana (...)

(...)

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Chama a atenção o trecho “*a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano*”. Conforme já mencionado, o artigo 28 da LINDB aduz que “*O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”. O dispositivo, contudo, não menciona se a locução “*responder pessoalmente*” é restrita à sanção ou se deve ser aplicado também à responsabilidade civil. Dessa forma, quando o Min. Relator afirma que “*a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano*”, ele desconsidera o art. 28º da LINDB, mas sem maiores considerações, limitando-se apenas a afirmar que “*as alterações promovidas na LINDB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito*”.

Conforme afirma MacCormick, o julgador deve levar em consideração os valores de determinado campo do Direito, quando profere uma decisão, a qual exprime uma norma, seja no *common law* ou na prática do *civil law*. No caso do acórdão avaliado, não foram considerados os valores subjacentes à norma do art. 28 da LINDB, razão pela qual o critério da adequação das consequências não foi atendido.

Ante o exposto, o não atendimento aos critérios sugere que a argumentação apresentada no acórdão analisado não é adequada aos parâmetros do Estado de Direito. O não atendimento ao critério da universalizabilidade retrospectiva sugere o enfraquecimento do ideal da previsibilidade. Nesse cenário, uma possível alternativa ao Min. Relator seria a invocação dos precedentes mencionados, mas que tal menção fosse acompanhada de uma explanação que evidenciasse a adequação desses precedentes ao caso concreto. Ao apenas mencionar os precedentes – que foram confeccionados observando diferentes pressupostos fáticos e normativos, haja vista terem sido anteriores à Lei nº 13.655/2018 –, o Min. Relator faz uma subsunção incorreta do caso concreto às normas estabelecidas pelos precedentes, ignorando a necessidade de evidenciar quais elementos justificariam a aplicação dos entendimentos anteriores ao caso presente.

O não cumprimento do requisito da consistência sugere não apenas uma inconsistência lógica, mas também uma falta de exposição das razões de decidir do julgador. Quando não é possível determinar como ocorreu a passagem das circunstâncias fáticas às conclusões, constata-se uma argumentação inconsistente. Nessa linha, no acórdão avaliado, a adoção de garantias cujo apoio não é satisfatório evidencia uma lacuna no encadeamento de ideias. Além disso, a ausência das razões adotadas na solução

das antinomias encontradas reforça a ideia de que não é possível determinar o caminho percorrido pelo julgador em sua argumentação. Esses pontos, portanto, tornam a decisão mais obscura, o que levanta dúvidas sobre sua adesão ao Estado de Direito.

Dessa forma, a presente pesquisa buscou responder é a seguinte pergunta: na perspectiva de Neil MacCormick (2008), qual a aderência da argumentação do TCU, constante no voto e parte deliberativa do Acórdão 2391/2018, em relação às exigências do Estado de Direito?

A hipótese levantada foi a de que o TCU, ao argumentar, no Acórdão 2391/2018, que a responsabilidade civil não estaria compreendida pelo Art 28, da LINDB, o faria de maneira não aderente às exigências de equilíbrio entre a previsibilidade e o caráter argumentativo do Direito que marcam o Estado de Direito, sob a perspectiva do marco teórico escolhido.

Diante do exposto, uma vez que não foram atendidos os critérios da universalizabilidade, da consistência e da adequação das consequências, entende-se que a argumentação apresentada no Acórdão 2391/2018 não atende aos requisitos do Estado de Direito sob a perspectiva de MacCormick. Portanto, é possível dizer que a hipótese levantada foi confirmada pela análise e avaliação realizada neste capítulo.

Evidente que não se busca aqui utilizar os critérios de MacCormick como razão universal de um padrão a ser seguido, nem como normas que devem ser seguidas pelas autoridades, tampouco afirmar que o não atendimento aos critérios evidencia que a decisão elaborada merece reforma. Porém, a visão do autor acerca do Direito, bem como sua visão sobre o estabelecimento de critérios para alcançar um equilíbrio entre o caráter argumentativo do Direito e o ideal de previsibilidade, é capaz de fornecer diretrizes na busca de uma boa argumentação e, por conseguinte, de uma boa aplicação do Direito, de modo que vários dispositivos reproduzem a ideia proposta por MacCormick.

Os critérios de MacCormick podem ser observados no ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o art. 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil (CPC) aduz que não se considera fundamentada qualquer decisão que se limite a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Uma decisão que viole tal dispositivo também não atende o critério da universalizabilidade retrospectiva, conforme o acórdão analisado.

O §2º do art. 489 do CPC dispõe, em síntese, que, no caso de colisão de normas e princípios, o juiz deve justificar os critérios gerais da ponderação efetuada enunciando as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão. O §3º, art. 489, do mesmo diploma legal, aduz que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. O atendimento desses dispositivos está em consonância com o critério de adequação das consequências e da universalizabilidade retrospectiva, uma vez que destaca a importância da consideração dos valores de determinado ramo do direito no momento da elaboração da decisão e a necessidade de levar em consideração todos os elementos da decisão na hora de aplicar o entendimento elaborado.

CONCLUSÃO

Como enunciado na introdução, esta pesquisa propôs averiguar a adequação do Acórdão 2391/2018 às exigências do Estado de Direito à luz da teoria de Neil MacCormick, de forma que foi possível compreender se a argumentação realizada na referida decisão conciliou os ideais do caráter argumentativo do Direito e o da previsibilidade jurídica.

A referida decisão estabeleceu – ou ratificou – importantes parâmetros em relação à responsabilidade civil dos agentes públicos por danos causados ao erário. Ao restringir a aplicação do art. 28 da LINDB aos casos de responsabilidade administrativa (sanção), a Corte de Contas entendeu que a responsabilização nos casos de ressarcimento ao erário não leva em consideração os graus de culpa do agente. Ou seja, o agente pode ser responsabilizado também nos casos de culpa média ou leve, e não apenas nos casos de culpa grave ou dolo, como sugere o art. 28 da LINDB.

Assim, fora feita uma revisão bibliográfica das obras “Retórica e o Estado De Direito” (*Rethoric and the Rule of Law*), de Neil MacCormick, “Os usos do argumento” (*The Uses of Argument*), de Stephen Toulmin e do “Programa de Responsabilidade Civil”, de Sérgio Cavalieri Filho, as quais serviram como marco teórico para as investigações feitas.

Além disso, foram explorados o funcionamento do Tribunal de Contas da União e sua estrutura, bem como o procedimento da Tomada de Contas Especial, regulada atualmente pela Instrução Normativa nº 98 de 2024 do TCU. Em seguida, adentrou-se ao problema jurídico debatido no Acórdão 2391/2018, de modo que se buscou explicar os valores subjacentes ao art. 28 da LINDB por meio da opinião de advogados, ministros do TCU e pesquisadores.

No último capítulo, procedeu-se à análise do Voto do Relator do Acórdão nº 2391/2018, valendo-se do *layout* de Toulmin. Nessa etapa, os argumentos referentes à responsabilização civil foram separados dos demais, inclusive dos de responsabilização administrativa, concentrando o esforço de análise nas razões referentes na obrigação de reparação do Erário. Foi possível, então, analisar procedimentalmente a argumentação

por meio da especificação dos elementos propostos por Toulmin: dados, alegação, garantia, apoio, qualificadores e condições de refutação.

Posteriormente, foi feita a avaliação da decisão utilizando os critérios de Neil MacCormick: universalizabilidade, consistência, coerência e adequação das consequências. Para isso, foi utilizado o roteiro de avaliação elaborado por Celso Rodrigo Lima dos Santos na obra “O julgamento dos “casos de excessivo rigor” pelo Tribunal de Contas da União”.

Após a avaliação da decisão, foi possível concluir que a argumentação apresentada no Acórdão 2391/2018 não é aderente às exigências do Estado de Direito, na perspectiva MacCormick, de modo que a hipótese levantada foi confirmada. Percebe-se, portanto, que não foi objetivo deste trabalho apresentar questões a favor ou contra a decisão avaliada. Em vez disso, buscou-se compreender a argumentação apresentada, de modo a entender sua aderência ao Estado de Direito.

Pelas razões expostas acima, conclui-se que a pesquisa elaborada pôde contribuir para a reflexão acadêmica com a compreensão das razões de decidir do Tribunal de Contas da União à luz dos autores da Teoria Standard da Argumentação Jurídica. Ademais, a pesquisa fornece uma perspectiva da argumentação apresentada pelo TCU, a qual pode ser utilizada por servidores e jurisdicionados perante a corte no melhoramento contínuo da prática jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. A insegura Segurança Jurídica. **Revista do TCU**, v. 1, n. 150, 2023. Disponível em < <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1920/1914>>. Acesso em: 31 jan 2025.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. 1 ed. Curitiba: Alteridade, 2017.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias das Argumentações Jurídicas - 2ª Edição 2014**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. E-book. p.132. ISBN 978-85-309-5571-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5571-7/>. Acesso em: 31 mar. 2025.

CARVALHO, Angelo Gamba de. O esquema de Toulmin e a análise argumentativa de decisões judiciais: perspectivas a partir e além de “Harry nasceu nas Bermudas”. In ROESLER, Cláudia. HARTMANN, Fabiano. REIS, Isaac. **Retórica e Argumentação Jurídica: Modelos em Análise**. 1 ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 203–224, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77655. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77655>. Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Instrução Normativa - TCU nº 98, de 27 de novembro de 2024. Disponível em < <https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/77305384>> Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Resolução-TCU nº 373, de 23 de dezembro de 2024. Disponível em < <https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/77357162>> Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Resolução – TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em < <https://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/normativo/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao>> Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm> Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em 25 abr. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/1942, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2391/2018**, de 17 de outubro de 2018. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/741620130.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 635/2017**, de 5 abril de 2017. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Plenário. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%2520635%252F2017/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 183/2015**, de 4 de fevereiro de 2015. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%2520183%252F2015/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2781/2016**, de 1 de novembro de 2016. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25202781%252F2016/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1637/2016**, de 29 de junho de 2016. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201637%252F2016/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 9004/2018**, de 14 de agosto de 2018. Relator: Ministro Bruno Dantas. 1ª Câmara. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25209004%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 4740/2018**, de 22 de maio de 2018. Relator: Ministro Bruno Dantas. 1ª Câmara. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25204740%252F2018/%2520/DIREL EVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1890/2017**, de 28 de março de 2017. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 1ª Câmara. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201890%252F2017/%2520/DIREL EVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BONACORSI DE PALMA, J. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82012. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82012>. Acesso em: 22 jan. 2025.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

DANTAS, Bruno. **O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública**. O Globo, Rio de Janeiro, 6 jan. 2018. Opinião. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 1 mar. 2024.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Colunistas - Direito do Estado**, Salvador, n. 71, 2016. < <https://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle> >. Acesso em: 4 mar. 2025.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Verás. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor jurídico – CONJUR*. 25 de maio de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto/> >. Acesso em: 22 jan. 2025

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOTTA, Fabrício.; NOHARA, Irene Patrícia. LINDB no direito público: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. (Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: administração pública; v. 10). Apud. SANTOS, Rodrigo Valgas do. **Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos: risco, medo e fuga da responsabilização**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559646784.

ROESLER, Claudia. O renascimento da Retórica e a reabilitação da filosofia prática. **Revistas Eletrônicas Unijui**. Ano X, n. 15, jan./jun. 2001.

ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In ROESLER, Claudia. HARTMANN, Fabiano. REIS, Isaac. **Retórica e Argumentação Jurídica: Modelos em Análise**. 1 ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

ROESLER, Claudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 36–54, 2014. DOI: 10.14210/rdp.v4n3.p36-54. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6142>. Acesso em: 27 jan. 2025

RUBINGER-BETTI, Gabriel. ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n.1, jan./abr. 2019.

RUBINGER-BETTI, Gabriel. Os critérios de avaliação das decisões judiciais segundo Neil MacCormick. In ROESLER, Cláudia. HARTMANN, Fabiano. REIS, Isaac. **Retórica e Argumentação Jurídica: Modelos em Análise**. 1 ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

SANTOS, Celso Rodrigo Lima dos. **O julgamento dos “casos de excessivo rigor” pelo Tribunal de Contas da União**. Um olhar sobre a insegurança jurídica dos agentes públicos encarregados de licitações. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, 2019.

SANTOS, Celso Rodrigo Lima dos. “Nova LINDB”, cinco anos. Uma convocação à racionalidade das decisões. Contribuições para os casos de dano ao erário. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 154–188, 2023. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v10i2p154-188. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/205557>. Acesso em: 27 out. 2024.

SANTOS, Rodrigo Valgas do. **Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos: risco, medo e fuga da responsabilização**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2020.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument Updated Edition**. 1 ed. Cambridge. New York: Cambridge University Press, 2003.

VIPIEVSKI JÚNIOR, J. M.; MILLANI, M. L., O Direito Administrativo do Medo e os impactos nas políticas públicas. **Revista de Direito e Atualidades**, [S. l.], v. 2, n. 4, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6431>. Acesso em: 7 jun. 2024.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Apud. ROESLER, Claudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 36–54, 2014. DOI: 10.14210/rdp.v4n3.p36-54. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6142>. Acesso em: 27 jan. 2025