

# Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB<sup>1</sup>

*Constitutionality of the Right to Error of the Public Manager of art. 28 of the New LINDB*

*Constitucionalidad del Derecho al Error del Administrador Público del art. 28 del Nuevo LINDB*

*Juliana Bonacorsi de Palma*<sup>2</sup> e *André Rosilho*<sup>3</sup>

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.386>

**Resumo:** o presente artigo apresenta o sentido do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e demonstra a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente com a Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); lei n.º 13.655/2018; MP n.º 966; responsabilização de agentes públicos; dolo; erro grosseiro; gestão pública; STF; TCU.

**Abstract:** this article presents the meaning of art. 28 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) and demonstrates its compatibility with the Brazilian legal system, notably with the Federal Constitution.

**Keywords:** Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB); law No. 13,655 / 2018; MP No. 966; accountability of public agents; deceit; gross error; public Management; STF; TCU.

**Resumen:** este artículo presenta el significado del arte. 28 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB) y demuestra su compatibilidad con el ordenamiento jurídico brasileño, en particular con la Constitución Federal.

**Palabras clave:** Ley de Introducción a las Reglas de Derecho Brasileño (LINDB); ley N ° 13.655 / 2018; MP No. 966; responsabilidad de los agentes públicos; engaño; error grave; gestión pública; STF; TCU.

1 Artigo submetido em 10/11/2020 e aprovado em 24/03/2021

2 FGV Direito SP, Brasil

3 FGV Direito SP, Brasil

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.655, de 2018, atualizou a famosa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42). Nela foram inseridos 10 novos dispositivos que procuraram disciplinar, em caráter geral, a criação e aplicação do direito público no Brasil.

A mudança tem origem em anteprojeto idealizado por professores de direito, no âmbito da academia. O diagnóstico, construído a partir de amplo conjunto de pesquisas empíricas, foi o de que seria preciso melhorar a qualidade da atividade jurídico-decisória sobre questões públicas no Brasil, exercida nos vários níveis da federação e nos diferentes Poderes e órgãos autônomos de controle. Por essa ótica, o avanço na produção de normas disciplinadoras da ação do Estado paradoxalmente teria sido acompanhado de um aprofundamento e precarização da segurança jurídica. Haveria a necessidade de mais segurança e previsibilidade no mundo público.

A proposta sensibilizou o Senador Anastasia, também ele professor de direito, que a acolheu como projeto de lei. Depois de tramitar longamente no Congresso, foi submetido à sanção presidencial. Nesse momento, órgãos de controle, internos e externos, reagiram. Ministros do Tribunal de Contas da União (TCU) chegaram a pedir ao Presidente da República que vetasse a inclusão de novos dispositivos na LINDB.<sup>4</sup> O dispositivo que versava sobre a responsabilização de agentes públicos (o atual art. 28 da LINDB) talvez tenha sido o responsável por despertar as maiores paixões.

Órgãos de controle viram no dispositivo a criação de óbices à fiscalização e a abertura para desmandos e desvios. Gestores públicos, por sua vez, nele enxergaram estímulo necessário à boa gestão pública.<sup>5</sup>

Com vetos, a lei foi sancionada, entrou em vigor e a vida seguiu. Órgãos de controle, outrora críticos, passaram a aplicar os novos dispositivos da LINDB, inclusive o art. 28.<sup>6</sup>

Em 2020, no contexto da pandemia, o governo editou a MP n.º 966. O diploma praticamente repetiu

o teor do art. 28 da LINDB com a finalidade de explicitar que agentes públicos envolvidos no enfrentamento da pandemia, ou de seus efeitos, só poderiam ser pessoalmente responsabilizados em caso de dolo ou erro grosseiro.<sup>7</sup>

Na sequência, houve a proposição, no Supremo Tribunal Federal (STF), de uma série de ações diretas de inconstitucionalidade visando tornar o diploma sem efeitos<sup>8</sup>. Duas dessas ações se voltaram não só contra a MP, mas também contra o art. 28 da LINDB.

A ADI 6421 e a ADI 6428, propostas respectivamente pela REDE Sustentabilidade e pelo Partido Democrático Trabalhista, requereram “*no mérito, a inconstitucionalidade da MP 966/2020 e do art. 28 da LINDB*”. Na ADI 6421, a REDE ainda requereu medida cautelar para suspender os arts. 12 e 14 do Decreto n.º 9.830/2019, regulamentador da LINDB na esfera federal.

Em 21 de maio de 2020, o Plenário do STF analisou a medida cautelar e, por maioria de votos, deferiu parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição dos arts. 1º e 2º da MP n.º 966/2020. Nos termos do voto do relator, afastou a apreciação do art. 28 da LINDB, considerando a vigência há mais de dois anos da Lei n.º 13.655/2018 e seu caráter de norma geral.

O STF, em decisão liminar, afirmou que nem a MP nem o art. 28 da LINDB contêm qualquer inconstitucionalidade.<sup>9</sup> Ao assim decidir, pôs um ponto final ao debate? Sim e não.

O risco mais imediato, de o art. 28 da LINDB vir a ser declarado inconstitucional, de fato foi afastado. No entanto, há indícios consistentes de que o dispositivo ainda hoje seja visto com certa desconfiança por parte de órgãos de controle. A reação do TCU com a edição da MP 966, por exemplo, sugere resistência profunda ao art. 28 da LINDB.

Nesse contexto, é fundamental explicar sua razão de ser e seu conteúdo e alcance. A LINDB como um todo, e o art. 28 em específico, não se opõem ao

7 É o texto do art. 1º, caput, da MP n.º 966/2020: “[o]s agentes públicos somente poderão ser responsabilizados na esfera civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática e atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: (...)”. A MP n.º 966/2020 perdeu a vigência no dia 21 de setembro de 2020.

8 São elas: ADI 6421, proposta pela Rede Sustentabilidade; ADI 6428, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); ADI 6427, proposta pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI); ADI 6425, proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B); ADI 6422, proposta pelo Cidadania; e ADI 6424, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

9 Cf. Surpresa positiva no STF no julgamento da MP 966, JOTA, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/surpresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>.

4 Cf. Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB, Consultor Jurídico, 18 abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb>.

5 Cf. Presidentes da ENAP e da ANESP defendem sanção ao PL 7448 em audiência pública no TCU, ANESP, 24 abril de 2018. Disponível em: <https://anesp.org.br/todas-as-noticias/2018/4/24/presidentes-da-enap-e-da-anesp-defendem-sano-do-pl-7448-em-audincia-pblica-no-tcu>.

6 Cf. Pragmatismo no TCU?, JOTA, 11 dezembro 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/pragmatismo-no-tcu-11122019>.

controle. Aliás, muito ao contrário. O que procuram fazer é abrir espaço para a boa gestão pública, corrigindo disfuncionalidades (constatadas a partir de estudos empíricos) na construção e aplicação de normas de direito público (por autoridades da administração, do Judiciário e de órgãos de controle).

Trata-se de medida necessária e totalmente compatível com o direito brasileiro. É o que se passa a demonstrar no artigo que se segue.

## 2. ART. 28 DA LINDB: MAIS SEGURANÇA JURÍDICA PARA OS GESTORES PÚBLICOS

A LINDB limitou a responsabilização pessoal dos agentes públicos, por suas decisões ou opiniões técnicas, aos casos de dolo ou erro grosseiro:

LINDB

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

A gestão pública pressupõe a adoção de soluções criativas, céleres e eficientes, que não raro destoam de entendimentos controladores, determinadas leituras doutrinárias ou sejam inovadoras. O gestor público é instado a tomar as decisões necessárias aos desafios de seu tempo, interpretando as normas jurídicas para o desenho de soluções sem referencial em modelos ou fórmulas sacramentadas. Como qualquer ser humano, o gestor público se encontra sujeito a erro. Aliás, o erro é esperado na gestão pública. Pelo acúmulo de aprendizados institucionais com os erros honestos e acertos, a gestão pública se torna melhor.<sup>10</sup>

Dada a importância em se limitar a responsabilização pessoal, vários diplomas expressamente a reconheceram para determinadas categorias profissionais.

10 O ordenamento jurídico brasileiro não se ocupou de definir, com precisão, o que seriam erros honestos, escusáveis. Limitou-se a dizer que só se admitiria responsabilização pessoal em caso de dolo e erro grosseiro, sem defini-los. Originalmente, o projeto da Lei n.º 13.655, de 2018, planejava conceituar erro honesto no § 1º do art. 28 da LINDB. O dispositivo, contudo, foi vetado pelo Presidente da República. A despeito disso, a redação da norma que foi aprovada pelo Congresso Nacional, mas rejeitada pelo Presidente da República, pode ser útil para ilustrar o que, na prática, se poderia considerar como erro honesto, escusável. Transcrevemos, abaixo, a redação do citado dispositivo:

“Art. 28 (...)

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

Pelo Código de Processo Civil, somente nos casos de dolo ou fraude podem ser responsabilizados civil e regressivamente, por perdas e danos: juízes (art. 143, inc. I);<sup>11</sup> membros do Ministério Público (art. 181);<sup>12</sup> membros da Advocacia Pública (art. 184);<sup>13</sup> e membros da Defensoria Pública (art. 187).<sup>14</sup> Pela Lei n.º 13.327/2016, os ocupantes dos cargos de advogado da União, procurador da Fazenda Nacional, procurador federal e procurador do Banco Central “*não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude*”.<sup>15</sup> A Lei de Mediação expressamente afasta a responsabilização pessoal civil, administrativa e penal dos servidores e empregados públicos que participem do processo de composição extrajudicial do conflito, salvo quando, “*mediante dolo ou fraude, recebam qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem*”.<sup>16</sup> Por sua vez, os conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) somente podem ser responsabilizados civilmente, em processo judicial ou administrativo, por suas decisões quando procederem comprovadamente com dolo ou fraude.<sup>17</sup> Já os agentes públicos que participem do processo de celebração de transação tributária somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem.<sup>18</sup>

O art. 28 da LINDB buscou reforçar a segurança jurídica do gestor público honesto para decidir. Nessa

11 Art. 143, I, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (...)”. Cf., ainda, Lei Complementar n.º 35/79, art. 49, inc. I.

12 Art. 181, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

13 Art. 184, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

14 Art. 187, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

15 Cf. art. 38, §2º, Lei n.º 13.327/2016.

16 Cf. art. 40, Lei n.º 13.140/2015.

17 Cf. art. 48, parágrafo único, inc. I, da Lei n.º 11.941/2009.

18 Cf. art. 29, Lei n.º 13.988/2020.

linha de conforto decisório, vão outros preceitos da LINDB, notadamente o seu art. 22, caput e §1º<sup>19</sup>:

LINDB

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

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

Tomando como referência o gestor público honesto, a LINDB espera contribuir para uma gestão pública mais eficiente e inovadora, em que seus gestores não tenham receio de tomarem as decisões necessárias, mesmo que impopulares, trágicas, urgentes ou contrárias à interpretação controladora.

### 3. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LINDB

O art. 28 da LINDB limita a responsabilização pessoal do agente público apenas aos casos de dolo ou erro grosseiro, mas ele continua respondendo por seus atos de má-fé ou culpa grave, sem afastar as responsabilidades política, penal e por improbidade administrativa. Nessa linha, diversas são as decisões do STJ que aduzem que a responsabilização por improbidade administrativa “*deve alcançar o administrador desonesto, não o inábil*”<sup>20</sup>.

Para todos os efeitos, a noção de erro grosseiro equipara-se à de culpa grave, mas a Constituição não estabeleceu um sentido de culpa. Natural que a lei se ocupasse de determinar o conteúdo jurídico de culpa, como de fato fez.

19 Aprofundar em Eduardo Jordão, *Acabou o Romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro* in Revista de Direito Administrativo, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018). Rio de Janeiro: FGV, nov. 2018. Segundo o autor, “[n]ão surpreenderia ninguém a afirmação de que um dos maiores objetivos do art. 22 é gerar uma empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor. Está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um número considerado de bem intencionados. Estes gestores podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores. Mas, sendo estas suas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito. O tipo específico de proteção que o caput do art. 22 determina é a ‘consideração’ das circunstâncias em que a decisão foi tomada”. Idem, p. 73.

20 STJ, REsp 213.994, Primeira Turma, Min. Rel. Garcia Vieira, 17 de agosto de 1999.

A experiência constitucional brasileira demonstra que não há um conceito constitucional de culpa, cabendo à lei defini-la. Não há que se falar em limitação do texto constitucional do art. 37, §6º. Nem se diga que a locução “*funcionários*” remete unicamente à categoria de agentes públicos submetida ao regime estatutário, limitando-se o alcance do texto constitucional a apenas essas categorias. Na história constitucional brasileira, a referência à classe de agentes estatais sempre foi ampla, embora sua terminologia variasse entre as Cartas – *empregados públicos* no Império e *agentes públicos* na Constituição de 1988, por exemplo.

Recentemente o STF consagrou a diretriz da dupla proteção no RE 1.027.633 (Tema 940),<sup>21</sup> firmando a seguinte tese de repercussão geral: “*a teor do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”. O Supremo extrai do texto do §6º do art. 37 da Constituição dupla proteção, dirigida tanto ao particular, que detém legitimidade para ingressar com ação de indenização em face do Estado ou de delegatárias de serviço público, quanto ao agente público, que somente será acionado pela pessoa jurídica a que se vincular funcionalmente.

Com este julgado, o STF firma importante diretriz de hermenêutica constitucional do art. 37, §6º, da Constituição, qual seja, a proteção do gestor público. Elucidativa é a passagem do Min. Alexandre de Moraes:

“A possibilidade de responsabilização direta, per saltum, submeteria a pessoa do agente público a um grau irrazoável de exposição a questionamentos judiciais por atos praticados no exercício da função. (...) Titulares de interesses desfavorecidos pela atuação do Poder Público poderiam estrategicamente demandar contra os agentes públicos responsáveis, como forma de intimidação ou represália”.

A diretriz da proteção do gestor público na interpretação do art. 37, §6º, da Constituição certamente se aplica quando da compreensão do elemento sub-

21 Cf. RE 327904, RE 344.133, RE 1.027.633 RG, RE 470.996 AgR (2ªT), RE 593.525 AgR-segundo, ARE 991.086 AgR, ARE 908331 AgR.

jetivo nas ações regressivas e nas responsabilizações diretas dos gestores públicos.<sup>22</sup>

O conceito de “erro grosseiro” vem da jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilização dos advogados públicos por pareceres no acórdão paradigmático MS 24.631: “[s]alvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”. Em recente precedente (MS AgR 35.196), a 1ª Turma do STF reafirmou este entendimento à luz da Nova LINDB:

“A relevância dos graus de culpa ganhou destaque com a Lei 13.655/18, que introduziu o artigo 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito. Ao restringir a responsabilização pessoal do agente público aos casos ‘de dolo ou erro grosseiro’, a LINDB visa a conferir segurança jurídica para o agente público na tomada de decisão, evitando a presença de um temor excessivo em ser pessoalmente responsabilizado no exercício da função pública. (...) Assentada a responsabilidade dos advogados públicos face ao Tribunal de Contas da União quando do exercício de suas prerrogativas, **haverá a responsabilização caso presentes dolo, culpa grave ou o erro evidentemente escusável**”.

No âmbito dos Tribunais de Contas, o Acórdão 2.391/2018 firmou entendimento no sentido de que o erro grosseiro definido no art. 28 da LINDB corresponde à culpa grave.

Assim, o art. 28 da LINDB se coaduna com o modelo de responsabilização dos agentes públicos construído pela experiência constitucional, legal e jurisprudencial brasileira. Neste modelo, cabe à lei definir o grau de culpa dos gestores públicos, que sempre será subjetiva. Não há qualquer vedação constitucional para que o Legislador faça gradações e estipule graus de culpa.

A tutela do gestor público é uma diretriz interpretativa do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que

em absoluto significa limitar o alcance do preceito, mas antes prestigiar outros valores públicos insculpidos na Constituição, notadamente a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade – não se lê a Constituição em tiras.<sup>23</sup> Por fim, o conceito de erro grosseiro não é estranho ao vocábulo jurídico brasileiro, sendo há muito consagrado por este Supremo Tribunal Federal nos casos de responsabilização de pareceristas públicos.

#### 4. O STF CHANCELA O ART. 28 DA LINDB: ANÁLISE DO JULGAMENTO CAUTELAR DAS ADIS CONTRA A MP 966/2020

A MP n.º 966/2020 foi editada em um cenário bastante particularizado de pandemia, em que decisões rápidas com elevado gasto público são fundamentais para enfrentar os efeitos sanitários, econômicos e sociais da Covid-19. Fato é, porém, que os gestores públicos não se sentem confortáveis em tomar decisões dessa natureza. Na verdade, a pandemia potencializou o medo que os gestores públicos já sentiam com relação ao controle.

Em uma verdadeira tragédia sem precedentes, em que cientistas ainda estudam métodos para superar a Covid-19, todas as decisões públicas são tomadas com elevado grau de incerteza e baixíssima previsibilidade. Ademais, a urgência impede que sejam desenvolvidos estudos e análises que melhor informe a decisão pública. Poderia o gestor público ser responsabilizado pessoalmente caso a demanda estimada para um hospital de campanha tenha sido superestimada, sem elementos que indiquem a presença de dolo ou erro grosseiro, incorrendo em dispêndio público acima do que posteriormente se mostrou necessário? Esse gestor poderia ser responsabilizado pessoalmente, com seu próprio CPF, a resarcir os cofres públicos?

Mesmo em um momento de tamanha comoção, o comportamento natural dos gestores públicos seria manter todas as etapas de estudo, análise e consulta prévia aos controladores, deixando de decidir no tempo adequado para lidar com a pandemia. Pior, poderiam simplesmente não decidir. Se o apagão das canetas já é deletério em período de normalidade, na pandemia pode ser mortal.

22 Essa compreensão se coaduna com o enunciado 20 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA, relativo à interpretação e aplicação da LINDB com redação conferida pela Lei n.º 13.655/2018: “[o] art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins de responsabilidade regressiva do agente público”. Destacamos. Cf. IBDA, Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB in Fórum Administrativo, vol. 221. Belo Horizonte: Fórum, jul. 2019.

23 Confira-se o teor do § 6º do art. 37 da Constituição: “Art. 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”.

A MP n.º 966/2020 foi editada justamente para reforçar a segurança jurídica dos gestores públicos. Entendendo que o ambiente de tomada de decisão se tornou mais complexo e desafiador, sem garantias de que os controladores iriam manter seus entendimentos, o Governo fez esse reforço *pela explicitação dos limites da responsabilização dos agentes públicos*. Demarcado de forma mais clara a fronteira da responsabilidade do gestor público por seus atos, esperava-se conferir conforto decisório para que gestores públicos tomassem as providências adequadas ao enfrentamento da pandemia da covid-19, e não aquelas esperadas pelos controladores.

Foram quatro principais estratégias da MP n.º 966/2020 para conferir esse conforto decisório público em contexto de pandemia: (i) os erros honestos não ensejam responsabilização administrativa e civil (ressarcitória); (ii) o decisor não é automaticamente solidário na responsabilização pela opinião técnica, salvo se houver elemento suficientes para aferir o dolo ou o erro grosseiro na opinião técnica ou em caso de conluio; (iii) o mero nexo de causalidade entre conduta e resultado danoso não é suficiente para caracterizar a responsabilização do agente público, que necessariamente tem caráter subjetivo, requerendo a presença de dolo ou erro grosseiro; (iv) definição do erro grosseiro, como “*erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”; (v) definição de balizas para aferir a ocorrência do erro grosseiro, quais sejam, obstáculos e dificuldades reais do agente público, complexidade da matéria e atribuições exercidas pelo agente público, circunstância de ausência de informações completas na situação de urgência ou emergência, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou omissão do agente público, bem como o contexto de incerteza das medidas mais adequadas para o enfrentamento da pandemia de covid-19 e suas consequências, inclusive as econômicas.

Como se pode perceber, a MP n.º 966/2020 não inova verdadeiramente o ordenamento jurídico. É evidente que a LINDB serviu de fonte de inspiração, inclusive com reprodução de seu texto em vários preceitos. Por outro lado, muitas das soluções jurídicas apontadas já seriam depreendidas da análise normativa, como o entendimento que decorre do art. 37, §6º, da Constituição Federal de que o gestor público não pode ser pessoalmente responsabilizado pela simples verificação do nexo de causalidade entre conduta e resultado danoso. A MP n.º 966/2020 apenas explicita os limites da responsabilização pessoal

do agente público com o fito de aumentar o conforto decisório do gestor público que se encontra na linha de frente de combate à pandemia.

O governo foi duramente criticado. O ambiente político pesou muito. A mídia prontamente se posicionou contrariamente à MP n.º 966/2020 entendendo ser ilegítima, já que serviria de salvo-conduto geral, favorecendo a corrupção. Falta conhecimento de gestão pública e de técnica jurídica nessa análise. Por sua vez, parte da comunidade jurídica argumentava que a norma era absolutamente desnecessária, já existindo a LINDB e outras normas jurídicas que respaldassem as enunciações da MP n.º 966/2020. Porém, a crítica mais contundente veio do Presidente do TCU. Em declaração à imprensa, afirmou que a MP estimularia uma “*pandemia de mal-intencionados*”.<sup>24</sup>

Não se pode negar que a MP n.º 966/2020 contraria entendimentos consolidados de órgãos de controle, como o de que o art. 28 da LINDB alcança apenas a *responsabilidade pessoal sancionatória* do agente público, ou seja, as sanções que lhe podem ser aplicadas pela ilegalidade, como multas e advertências. Contudo, o art. 28 não afastaria o *dever de ressarcimento*, pois não tem natureza penal. Esse entendimento de apartação da responsabilidade de caráter sancionatório da responsabilidade de ressarcimento é depreendido a partir do art. 19 da Lei Orgânica do TCU:

#### Lei n.º 8.443/92

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal **condenará o responsável ao pagamento da dívida** atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a **multa** prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução. [Destacamos]

No Acórdão 2.391/2018, o TCU firmou entendimento no sentido de que o erro grosseiro corresponde à culpa grave, bem como que o art. 28 da LINDB não se aplica ao ônus de ressarcimento, nos termos do voto do Min. Benjamin Zymler:

“Sendo assim, compreendo que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do [nome omitido] impõem um tratamento distinto do responsável quanto à sua punibilidade. Porém, entendo que tais aspectos

<sup>24</sup> Cf. MP de Bolsonaro estimula ‘pandemia de mal-intencionados’, diz presidente do TCU, O Estado de SP, 14 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mp-de-bolsonaro-estimula-pandemia-de-mal-intencionados-diz-presidente-do-tcu,70003302838>.

não alteram a sua responsabilidade pelo débito. **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.** 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: (...) 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”. [Destacamos]

Diante dessa jurisprudência de órgão de controle, passou a ser fundamental destacar no texto legal que o erro honesto do gestor público também afasta a responsabilidade civil, ou seja, o dever de ressarcimento. É exatamente isso o que fez a MP n.º 966/2020 em seu art. 1º:

#### **MP n.º 966/2020**

**Art. 1º, caput.** Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas **esferas civil e administrativa** se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: (...). [Destacamos]

No dia 21 de maio de 2020, o STF decidiu cautelarmente pela constitucionalidade da MP n.º 966/2020<sup>25</sup>, nos termos do voto do Min. Relator Luís Roberto Barroso.

Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso toma como referência a jurisprudência do Supremo construída quando do julgamento de demandas relacionadas à proteção da vida e da saúde, cujos julgados indicam (i) o dever de observar *standards* técnicos e evidências científicas e (ii) sujeição aos princípios

constitucionais da prevenção e da precaução. Assim, considera que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “*com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde*”. Ainda, existindo dúvidas sobre o impacto real de determinado medicamento, medida sanitária ou comando, deve o gestor deixar de praticar, pois os princípios da precaução e da prevenção requerem autocontenção.

Desse modo, confere interpretação conforme à constituição ao art. 1º da MP n.º 966/2020 para determinar que a “*autoridade competente deve exigir*” que a opinião técnica com base na qual decidirá “*trate expressamente*” (i) das normas e critérios científicos e técnicos, como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente e (ii) da observância dos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Igualmente, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP n.º 966/2020 para que a análise de ocorrência do erro grosseiro se submeta a ambos os *standards* acima indicados. Essas são as teses firmadas pelo Min. Luís Roberto Barroso:

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científico e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

O Min. Gilmar Mendes acompanhou o Relator, enfatizando que as balizas da MP n.º 966/2020 não distanciam do regime de responsabilidade dos agentes públicos mesmo em tempos de normalidade. Fazendo alusão à tese da dupla garantia, adotada no Supremo para interpretar o §6º do art. 37 da Constituição, expôs que o dever de reparar do gestor público se sujeita à configuração do dolo ou culpa. Também firmou o entendimento de que a lei pode prever “*elementares culposas qualificadas*”, já que o texto constitucional é aberto quanto à delimitação da

25 Nos termos do voto do Min. Rel. Luís Roberto Barroso, o art. 28 da Lei n.º 13.655/2018 não foi objeto de análise na cautelar tendo em vista já estar em vigor há mais de dois anos, não se mostrando, portanto, adequada a análise da lei em sede cautelar.

noção de culpa e se esta, por sua vez, deve se moldar à gestão pública. Por isso afirmar a constitucionalidade da MP n.º 966/2020, que apenas qualifica a modalidade culposa, sem afastar ou atenuar a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos.

O Min. Marco Aurélio, vencido, entendeu que o art. 1º da MP n.º 966/2020 termina por restringir a responsabilização do gestor público pela modalidade culposa. O Min. Alexandre de Moraes, também vencido, identificou no preceito uma excludente de ilicitude, devendo a responsabilização pela modalidade culposa se sujeitar aos seguintes vetores constitucionais: (i) fiscalização pelos Tribunais de Contas; (ii) possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa; (iii) garantia de direito de regresso no caso de dolo ou culpa; e (iv) observância de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente. A Min. Cármen Lúcia acompanhou o voto do Min. Alexandre de Moraes.

Desse modo, a MP n.º 966/2020 foi declarada cautelarmente constitucional, tendo sido atribuída interpretação conforme à constituição para que os gestores públicos demandem que a opinião técnica seja proferida com embasamento científico e técnico, bem como sejam observados os princípios da precaução e da prevenção. O *erro grosseiro* passa a ser compreendido como qualquer ação ou omissão do agente público *contrária a consenso científico*. Esse é um ponto extremamente importante na compreensão do alcance da decisão do Supremo, sendo leitura equivocada a definição do erro grosseiro como deixar de decidir com base em consenso científico. Na prática, esta interpretação, errada, engessaria a gestão pública de combate à pandemia, pois demandaria consensos científicos para cada medida sanitária, econômica ou social, contrariando, inclusive, a ordem de preocupações que os Ministros expuseram em seus votos. O consenso científico configura parâmetro para caracterizar o erro grosseiro, se a decisão ou omissão lhe for contrária, mas não como condição necessária da ação administrativa<sup>26</sup>.

Sobre o alcance da MP n.º 966/2020, nos termos do voto do Min. Relator, ela não abarca a responsabilidade penal ou a por improbidade administrativa. Interessante verificar que que praticamente todos os Ministros reconheceram o medo de os gestores públicos tomarem decisões frente à amplitude do controle. Nessa linha, o Min. Luís Roberto Barroso assim dispôs:

“No outro extremo, existe o risco de o ad-

26 Cf. Eduardo Jordão, Sem Precedentes, episódio 20, maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=u-n5uOnwct8k&t=2881s>.

ministrador correto ter medo de decidir o que precisa ser decidido por temor de retaliações duras, por temor de que, ao sistema de videotape, percebam-se coisas que, no calor da decisão, no meio da fumaça e da espuma, não era possível de se ver com clareza”.

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes contextualizou o “apagão das canetas”:

“Em hipóteses delicadíssimas de adoção de políticas públicas como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas, por exemplo, o pior cenário possível é que ocorra o já referido aqui ‘Apagão das Canetas’, situação em que os gestores públicos ficam paralisados pelo medo de responsabilização”.

O julgamento cautelar da MP n.º 966/2020 representa a chancela das preocupações com relação à segurança jurídica na tomada de decisão pública e das soluções que as endereçam. O STF referendou a constitucionalidade do art. 28 da LINDB e a consolidou como uma lei geral de hermenêutica<sup>27</sup>. Outro significado igualmente relevante do julgamento refere-se ao entendimento de que a LINDB se aplica em todas as relações envolvendo o Poder Público, inclusive no controle: os órgãos de controle devem observar as regras da LINDB e não podem construir interpretações jurídicas criativas que mitiguem o alcance de seus preceitos.

Questões políticas levaram a MP n.º 966/2020 a caducar. Sua vigência encerrou no dia 10 de setembro de 2020.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, a mensagem mais relevante desse artigo está na compreensão de que o art. 28 da LINDB *não estabelece um salvo-conduto geral para os gestores públicos*. Qualquer preconceito ou desconfiança que exista na cultura jurídica brasileira nesse sentido precisa ser prontamente limada para evitar distorções na aplicação do Direito Público. Como analisado, são várias as categorias (jurídicas, em sua maioria) que recebem tutela jurídica ao erro, ressalvados os casos de dolo ou fraude. O art.

27 Cf. Carlos Ari Sundfeld, Eduardo Jordão, Egon Bockmann Moreira, Floriano de Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jacintho Arruda Câmara, José Vicente Santos de Mendonça, Marçal Justen Filho e Vera Monteiro, Surpresa Positiva do STF no Julgamento da MP 966, Jota, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>.



28 da LINDB é ainda mais rigoroso. Quando agirem com má-fé (dolo) ou culpa grave (erro grosseiro), a responsabilização dos agentes públicos plenamente se aperfeiçoa na esfera administrativa, de improbidade, penal, patrimonial e política.

A Lei n.º 13.655/2018, que atualizou a LINDB, visou a superar histórica distorção e não tutelar o gestor público honesto, cujo regime de responsabilização é o mesmo do gestor corrupto ou que incorra em grave imprudência, negligência ou imperícia no trato da coisa pública. O erro do gestor público é inerente à atividade administrativa, já que a Administração Pública se vale de humanos – por definição, falíveis – para executar suas competências. Tutelar o direito ao erro na gestão pública é imprescindível para o aprendizado institucional que trabalha para a eficiência administrativa, bem como atrair bons quadros para atuação profissional na Administração Pública. Nessa linha, minimiza os efeitos práticos do medo do gestor público em tomar decisões públicas inovadoras ou controversas (“*apagão das canetas*”) por receio da responsabilização pessoal por entendimento diverso dos órgãos de controle externo (“*crime de hermenêutica*”).

O art. 28 da LINDB alcança as esferas de responsabilização civil e administrativa do gestor público, inclusive na ação de regresso, em perfeita sintonia com o art. 37, §6º, da Constituição. Nessa linha, a res-

ponsabilização dos gestores públicos é sempre subjetiva, como já consolidado na legislação e na jurisprudência. Nessa linha, o art. 28 da LINDB encontra-se em plena convergência com o art. 37, §4º, da Constituição, pois nada mais fez que graduar as sanções.

Para todos os efeitos de aplicação do art. 28 da LINDB, a expressão “*erro grosseiro*” deve ser compreendida como culpa grave, como já convencionado na cultura jurídica brasileira. Ademais, esse sentido foi tomado no processo legislativo que culminou na aprovação da Lei n.º 13.655/2018, com base na jurisprudência judicial e de órgãos de controle, com destaque para a jurisprudência do STF em matéria de responsabilização do parecerista público (MS 24.631).

A responsabilidade do gestor público deve ser sempre analisada no caso concreto, apurada a partir do exame fático-probatório no âmbito do processo, considerando todos os meios de garantia e os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Assim, a LINDB, com as alterações promovidas pela Lei n.º 13.655/2018, orienta a aplicação de todas as normas de direito público. Salvo disposição legal expressa em sentido contrário, a hermenêutica jurídica deve trabalhar sempre para harmonização das normas de direito público com a LINDB.

## BIBLIOGRAFIA

GABRIEL, Yasser. *Pragmatismo no TCU?* JOTA, 11 dezembro 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/pragmatismo-no-tcu-11122019>.

IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, vol. 221., jul. 2019.

JORDÃO, Eduardo. Acabou o Romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018)*, Rio de Janeiro, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. *Sem Precedentes*, episódio 20, maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=un5uOnwct8k&t=2881s>.

SUNDFELD, Carlos Ari e outros. Surpresa positiva no STF no julgamento da MP 966. JOTA, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>.

MP de Bolsonaro estimula ‘pandemia de mal-intencionados’, diz presidente do TCU. *O Estado de SP*, 14 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mp-de-bolsonaro-estimula-pandemia-de-mal-intencionados-diz-presidente-do-TCU,70003302838>.

Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB. *Consultor Jurídico*, 18 abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-TCU-pedem-temer-vete-lindb>.

Presidentes da ENAP e da ANESP defendem sanção ao PL 7448 em audiência pública no TCU. *ANESP*, 24 abril de 2018. Disponível em: <https://anesp.org.br/todas-as-noticias/2018/4/24/presidentes-da-enap-e-da-anesp-defendem-sanco-do-pl-7448-em-audiencia-publica-no-TCU>.



**Juliana Bonacorsi de Palma**

<https://orcid.org/0000-0003-1199-7056>

FGV Direito SP, Brasil

[juliana.palma@fgv.br](mailto:juliana.palma@fgv.br)

Professora da FGV Direito SP, Brasil. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP. Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.



**André Rosilho**

<https://orcid.org/0000-0001-7762-4223>

FGV Direito SP, Brasil

[andre@sundfeld.adv.br](mailto:andre@sundfeld.adv.br)

Professor da FGV Direito SP, Brasil. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público. Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela FGV Direito SP.