

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA

ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

EDUARDO ALECSANDER XAVIER DE MEDEIROS

**A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO POR DECISÕES OU
OPINIÕES TÉCNICAS: A CLÁUSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO**

BRASÍLIA

2023

EDUARDO ALECSANDER XAVIER DE MEDEIROS

**A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO POR DECISÕES OU
OPINIÕES TÉCNICAS: A CLÁUSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da professora Dra. Mariana Barbosa Cirne apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional

BRASÍLIA

2023

Código de catalogação na publicação – CIP

M488 Medeiros, Eduardo Alecsander Xavier de

A responsabilização pessoal do agente público por decisões ou opiniões técnicas: a cláusula geral do erro administrativo / Eduardo Alecsander Xavier de Medeiros. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

75 f.

Dissertação - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, 2023.

Orientador(a): Profa. Dra. Mariana Barbosa Cirne.

1. Direito Administrativo. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Servidor Público. 4. Erro (Direito) I.Título

CDD 341.3

EDUARDO ALECSANDER XAVIER DE MEDEIROS

**A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO POR DECISÕES OU
OPINIÕES TÉCNICAS: A CLÁUSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em
Direito Constitucional do IDP, como requisito
para obtenção do título de Mestre em Direito
Constitucional

Data da defesa

BANCA EXAMINADORA

Profa. Orientadora: Profa. Dra. Mariana Barbosa Cirne
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Avaliador: Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Avaliador: Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende
Escola Superior Dom Helder Câmara

Às minhas filhas, Maria Eduarda e Mirela, e à
minha esposa, Camila, por serem minhas
companheiras em todos os momentos e pela
paciência e apoio neste projeto.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação de mestrado não seria possível sem o apoio de familiares, amigos e professores, a quem devo agradecimentos.

À minha esposam Camila, companheira de todos os momentos.

Às minhas filhas, Maria Eduarda e Mirela, a quem tenho amor incondicional e que souberam compreender os momentos de ausência no convívio familiar.

À minha mãe, Leopoldina, exemplo de mulher de luta e referência profissional, agradeço pelos cuidados, ensinamentos e incentivos aos estudos.

Aos meus avós, pela dedicação e cuidados na nossa criação.

Aos meus irmãos, Henrique, Débora e Leopoldina, pelo apoio e companheirismo, com quem compartilhei as melhores experiências e aprendi a superar os desafios da vida.

À minha orientadora, professora Mariana Barbosa Cirne, sou imensamente grato pela ajuda, paciência e ensinamentos na orientação do trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), especialmente aqueles que tive o privilégio de ser aluno.

Aos amigos de turma do mestrado, pela convivência e troca de informações fundamentais para o desenvolvimento da dissertação.

À Procuradoria-Geral do Distrito Federal, por ter patrocinado o curso pelo seu programa de capacitação.

RESUMO:

O presente trabalho apresenta estudo sobre a responsabilização pessoal do agente público por decisões ou opiniões técnicas por erro grosseiro. A partir da análise das premissas que justificam a introdução no ordenamento jurídico de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018), pretende-se discutir a definição de parâmetros para a definição do erro grosseiro, que tem como consequência a responsabilização pessoal do agente público, com o objetivo de se garantir segurança jurídica para a tomada de decisão pelo gestor público. Propõe-se, como problema de pesquisa, responder às seguintes questões: A previsão de um espaço de tolerância ao erro administrativo é compatível com o sistema de responsabilidade do agente público estabelecido na Constituição da República? Quais os parâmetros para a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas no caso de erro grosseiro? No primeiro capítulo, aborda-se os efeitos colaterais do exercício disfuncional do controle, especialmente o fenômeno da paralisia decisória ou “apagão das canetas”, bem como o histórico legislativo da Lei nº 13.655/2018 que procurou dar solução legislativa ao problema. No segundo, discute-se a constitucionalidade da restrição da responsabilização pessoal do gestor público às hipóteses de dolo e erro grosseiro (artigo 28 da LINDB). No terceiro, analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. No quarto, busca-se sistematizar parâmetros para a definição do erro grosseiro. Conclui-se pela compatibilidade da previsão de um espaço de tolerância ao erro administrativo com a Constituição da República e identifica-se serem adequados, para a definição do erro grosseiro os seguintes parâmetros: o grau de diligência do administrador, as exigências específicas do cargo, o nível de incertezas fáticas e jurídicas e de aderência às informações disponíveis no processo decisório, os quais devem ser avaliados retrospectivamente ao momento da decisão, ou seja, considerando as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente público, conforme prescreve o artigo 22 da LINDB. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica e análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O método de abordagem adotado é o dedutivo, sistematizando achados obtidos a partir da revisão bibliográfica e documental. Com essa pesquisa se busca contribuir com o aprimoramento da atuação do controle, considerando a necessidade de segurança jurídica para a tomada de decisão pelo agente público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade do Administrador Público. Direito ao Erro. Parâmetros de Análise.

ABSTRACT:

This paper presents a study on the personal liability of public officials for decisions or technical opinions due to gross error. By analyzing the premises that justify the introduction of provisions on legal certainty and efficiency in the creation and application of public law (Law No. 13,655 of April 25, 2018) into the legal system, the aim is to discuss the definition of parameters for defining gross error, which results in personal liability of the public official, with the objective of ensuring legal certainty for decision-making by the public manager. The research problem seeks to answer the following questions: Is the provision for a margin of error tolerance in administrative matters compatible with the system of public official liability established in the Constitution of the Republic? What are the parameters for the personal liability of public officials for their decisions or technical opinions in cases of gross error? In the first chapter, the collateral effects of dysfunctional control are addressed, particularly the phenomenon of decision paralysis or "pen blackout," as well as the legislative history of Law No. 13,655/2018, which sought a legislative solution to the problem. The second chapter discusses the constitutionality of restricting personal liability of public managers to cases of intent and gross error (Article 28 of the LINDB). The third chapter analyzes the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the matter. The fourth chapter aims to systematize parameters for defining gross error. The study concludes that the provision for a margin of error tolerance in administrative matters is compatible with the Constitution of the Republic, and the following parameters are identified as appropriate for defining gross error: the administrator's degree of diligence, specific requirements of the position, level of factual and legal uncertainties, and adherence to available information in the decision-making process, which should be evaluated retrospectively at the time of the decision, considering the practical circumstances that have imposed, limited, or conditioned the actions of the public official, as prescribed by Article 22 of the LINDB. The adopted methodology is literature review and analysis of jurisprudence from the Federal Supreme Court. The deductive approach is used to systematize findings obtained from the literature and documentary review. This research aims to contribute to the improvement of control practices, considering the need for legal certainty in decision-making by public officials.

Keywords: Administrative Law. Public Administrator Liability. Right to Error. Analysis Parameters.

SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo Regimental

AGU – Advocacia-Geral da União

CGU – Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

CONJUR – Consultoria Jurídica

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. A SEGURANÇA JURÍDICA PARA A TOMADA DE DECISÃO PELO AGENTE PÚBLICO	14
1.1. Efeitos colaterais do controle disfuncional da administração pública.....	15
1.2. Segurança jurídica para a inovação na gestão pública – Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018	20
CAPÍTULO 2. A responsabilidade pessoal do agente público por suas opiniões técnicas e decisão	27
2.1. O sistema constitucional de responsabilidade do agente público	27
2.2. A constitucionalidade da limitação da responsabilidade pessoal do agente público aos casos de erro grosseiro	33
CAPÍTULO 3. ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO POR SUAS DECISÕES E OPINIÕES TÉCNICAS	36
3.1. Escolha metodológica	36
3.2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre responsabilidade pessoal do agente público	37
CAPÍTULO 4. PARÂMETROS PARA A DEFINIÇÃO DO ERRO GROSSEIRO	53
4.1. Justificativa para adoção de parâmetros mais objetivos para a responsabilização pessoal do agente público por erro no exercício da função administrativa	54
4.2. Parâmetros para definição do erro grosseiro	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende discutir a definição de parâmetros para a responsabilização do agente público por suas opiniões técnicas e decisões, especialmente o reconhecimento de um espaço de tolerância do erro administrativo, com o objetivo de se garantir segurança jurídica para a tomada de decisão pelo gestor público.

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL), como indicado na sua ementa, introduziu “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (BRASIL, 1942). O objetivo principal, como se verifica dos estudos acadêmicos que motivaram a inovação legislativa (MARQUES NETO; FREITAS, 2019; MOTTA; NOHARA, 2019; PALMA, 2018a; SUNDFELD, 2022), bem como dos debates ocorridos durante o processo legislativo, seria assegurar um ambiente normativo que favorecesse a segurança jurídica e a qualidade das decisões do gestor público.

Nesse contexto, um dos problemas identificados pelos estudiosos da Administração Pública (DIONÍSIO, 2019; GUIMARÃES, 2016; MASCARENHAS, 2016; PALMA, 2018a; SANTOS, 2022), e que se procurou enfrentar com a inovação legislativa, é o cenário de paralisia decisória e de fuga da responsabilização dos agentes públicos, problema este potencializado numa sociedade complexa e de risco, permeada de incertezas, em que o erro deve ser esperado (OLIVEIRA; HALPERN, 2020).

A ausência de segurança para o agente público assumir riscos e decidir de forma qualificada e inovadora, provocaria o fenômeno chamado de “Administração Pública do medo” ou “apagão das canetas”; o gestor, diante dos desincentivos para inovar, constrangido pelos riscos da responsabilização pessoal, decidiria de forma conservadora, após adotar procedimentos burocráticos e formais que demandam tempo e custos, comprometendo soluções céleres e inovadoras exigidas pela realidade.

Pertinente, nesse cenário, compreender a razão de ser, o conteúdo e alcance da responsabilização pessoal do agente público por suas opiniões técnicas e

decisões, bem como o impacto da introdução no sistema jurídico de um espaço de tolerância do erro administrativo, o que teria sido feito pelo artigo 28 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018.

Discute-se, nessa dissertação, além da controvérsia sobre a compatibilidade da limitação da responsabilidade pessoal do agente público aos casos de dolo ou erro grosseiro, nos termos do artigo 28 da LINDB, com o sistema de responsabilidade estabelecido na Constituição da República (BRASIL, 1988), a necessidade de se ter parâmetros normativos para a definição do erro grosseiro.

Problematiza-se, na dissertação, a premissa de que a ausência de parâmetros normativos para delimitação do conceito de erro grosseiro autorizaria o órgão de controle fazer uso do referencial abstrato do “administrador médio”¹, o que poderia frustrar a finalidade última da norma, qual seja, a criação de um ambiente de segurança jurídica para os agentes públicos decidirem.

Nesse cenário, proponho como problema de pesquisa, responder às seguintes questões: A previsão de um espaço de tolerância ao erro administrativo é compatível com o sistema de responsabilidade do agente público estabelecido na Constituição da República? Quais os parâmetros para a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas a partir do artigo 28 da LINDB?

Para enfrentar o problema de pesquisa, a dissertação se estrutura em quatro capítulos.

No primeiro, argumenta-se sobre a necessidade de se conferir ao agente público segurança jurídica para a tomada de decisões, considerando as externalidades positivas daí decorrentes para a inovação e melhoria da gestão pública. Discute-se, então, as premissas que motivariam a tolerância do erro administrativo, destacando-se o argumento da existência do cenário de paralisia decisória e de fuga da responsabilização, o que se fará pela revisão da literatura e dos documentos que instruíram o processo legislativo da Lei 13.655/2018.

¹ Sobre o referencial “administrador médio” ver Palma (2018b), em que demonstra que o Tribunal de Contas da União - TCU, em 133 acórdãos, fez uso desse parâmetro para responsabilizar o agente público.

No segundo, enfrenta-se o problema da compatibilização de um espaço normativo que aceita o erro administrativo com o sistema de responsabilidade do agente público estabelecido na Constituição da República de 1.988.

No terceiro, procura-se pela análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, contextualizar a discussão no âmbito do tribunal, buscando encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parâmetros para a responsabilização do agente público pela emissão de opiniões técnicas. Para tanto, a partir de pesquisa na base de jurisprudência disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal (<https://portal.stf.jus.br/>), identificou-se 11 acórdãos que possuem pertinência com o tema responsabilidade do agente público por decisões e opiniões técnicas, quase todos tratando mais especificamente da responsabilidade do parecerista, ressalvado o proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421 (BRASIL, 2020), que questionava a inconstitucionalidade do artigo 28 da LINDB e de dispositivos da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2.020 (BRASIL, 2020).

No quarto, a partir de proposta metodológica de Dionísio (2019) para aferição do grau de tolerabilidade do erro do agente público e da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz-se um esforço para sistematizar parâmetros que concretizariam uma cláusula geral do erro administrativo, ou seja, que isentariam o agente público da responsabilização pessoal por erro escusável.

A metodologia adotada é a revisão bibliográfica, com o estudo e análise de artigos científicos, dissertações e teses, bem como análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O método de abordagem adotado é o dedutivo, sistematizando achados obtidos a partir da revisão bibliográfica e documental.

Com essa pesquisa se busca contribuir com o aprimoramento da atuação do controle, considerando a necessidade de segurança jurídica para a tomada de decisão pelo agente público.

CAPÍTULO 1. A SEGURANÇA JURÍDICA PARA A TOMADA DE DECISÃO PELO AGENTE PÚBLICO

A Administração Pública, no exercício de suas funções, sujeita-se a controle.

Trata-se, o controle, de mecanismo essencial para assegurar a observância, pela Administração Pública, das regras e princípios do ordenamento jurídico, bem como os interesses públicos que legitimam sua existência (NOHARA, 2016)².

Não obstante ser instrumento essencial no Estado Democrático de Direito, discute-se, na doutrina administrativista, os efeitos colaterais negativos decorrentes do exercício disfuncional do controle, bem como a necessidade de soluções normativas para o problema. A premissa adotada é que, nos últimos tempos, especialmente a partir da Constituição da República de 1988, teria havido uma expansão do controle público, tanto quantitativamente (crescimento do número de órgãos e instituições), como qualitativamente (aumento das normas do ordenamento jurídico) (OLIVERA; HALPERN, 2020, p. 93; SUNDFELD, 2022), tornando o ambiente em que a Administração Pública atua cada vez mais complexo e inseguro, em prejuízo de sua eficiência.

No presente capítulo, inicialmente, procura-se, no primeiro tópico, descrever as características do modelo de controle público adotado no ordenamento jurídico e identificar os efeitos colaterais negativos dele decorrentes, dentre os quais se destaca o fenômeno da paralisia decisória ou “apagão das canetas”. No segundo tópico, discute-se a solução introduzida pelo artigo 28 da Lei nº 13.655/2018 (BRASIL), consistente na criação de um espaço normativo de tolerância ao erro administrativo, de modo a se assegurar um ambiente de segurança jurídica para a tomada de decisão pelo agente público.

² Nesse sentido Sergio Ferraz (1992, p. 66) escreve que “a satisfação precípua da necessidade e do interesse públicos constitui o cerne eidético da função administrativa. Ao concretizá-la, o Estado – ou o particular que em seu nome, por qualquer que de direito, atue – não está praticando atos de dono, que, como tal, gozaria do atributo da disponibilidade, em razão do qual poderia, inclusive, despir-se da função. Na clássica e feliz imagem de Cirne Lima, ao realizar efetivamente tais deveres, por si ou por terceiros, está o Estado empenhado numa relação de administração. E, como tal, sujeito – bem como assim também sujeitos os particulares que façam suas vezes – a todo um plexo de mecanismos de controle, como é curial que ocorra com todos os que não estão a braços com mera relação de propriedade”.

1.1. Efeitos colaterais do controle disfuncional da administração pública

O modelo normativo de controle da Administração Pública, no Brasil, é caracterizado (i) pela multiplicidade de órgãos autônomos responsáveis pelo seu exercício, com competências constitucionais e legais distintas, mas muitas vezes sobrepostas, (ii) cuja atuação é legitimada por normas que possuem textura aberta, pois se valem de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (OLIVEIRA; HALPERN, 2020, pp. 93-95).

A multiplicidade de órgãos controladores é identificada, no exemplo dado por Dionísio (2019, p. 35), na situação do ordenador de despesa de uma Universidade Pública Federal, que estará sujeito à fiscalização de, pelo menos, quatro órgãos controladores autônomos: do Tribunal de Contas da União (artigo 71, II, da Constituição da República³); da Procuradoria Federal junto à respectiva instituição (artigo 10 da Lei nº 10.480/2002b⁴); do Ministério Público Federal (artigo 37, II, da Lei Complementar nº 75/1993⁵); e da Controladoria-Geral da União (artigo 49 da Lei nº 14.600/2023⁶).

Ao mesmo tempo, a atuação dos órgãos de controle tem fundamento em normas de textura aberta, pautadas em princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, Oliveira e Halpern (2020, pp. 93/94), ao

³ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (BRASIL, 1988).

⁴ “Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial (...)” (BRASIL, 2002b).

⁵ “Art. 37. O Ministério Público Federal exercerá as suas funções: (...) II - nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional” (BRASIL, 1993).

⁶ “Art. 49. Constituem áreas de competência da Controladoria-Geral da União: I - defesa do patrimônio público; II - controle interno e auditoria governamental; III - fiscalização e avaliação de políticas públicas e de programas de governo; IV - integridade pública e privada; V - correição e responsabilização de agentes públicos e de entes privados; VI - prevenção e combate a fraudes e à corrupção; VII - ouvidoria; VIII - incremento da transparência, dados abertos e acesso à informação; IX - promoção da ética pública e prevenção ao nepotismo e aos conflitos de interesses; X - suporte à gestão de riscos; e XI - articulação com organismos internacionais e com órgãos e entidades, nacionais ou estrangeiros, nos temas que lhe são afetos” (BRASIL, 2023).

traçarem um panorama geral do controle da Administração Pública, descrevem que a Constituição da República de 1988 ampliou significativamente o controle, pois sua atuação é regida por um arcabouço legislativo composto por uma gama de leis, que primam por normas principiológicas ou por normas que trazem conceitos jurídicos indeterminados, viabilizando a invalidação da atuação administrativa a partir de princípios, cujos conteúdos são definidos pelos próprios órgãos de controle.

O modelo de controle ainda é caracterizado pela sobreposição de instâncias controladoras e “encontra-se pautado pela lógica burocrática de Max Weber, com rigidez procedimental, hierárquica e formalista” (OLIVEIRA; HALPERN, 2020, p. 93), que se funda “em análise estática de regularidade dos atos administrativos, avaliando uma aplicação burocrática dos *standards* legais ao caso concreto pelo método da subsunção” (2020, p. 93), desconsiderando os resultados efetivos da atuação administrativa.

Esse modelo de controle público tem suas vantagens. Em relação à multiplicidade de órgãos de controle, com competências redundantes e sobrepostas, afirma-se que ele permitiria que eventuais falhas de determinada instituição sejam compensadas pela atuação das demais, evitando, por exemplo, que eventual captura de uma instituição comprometa o controle (SUNDFELD, 2017). Outra vantagem seria permitir a incorporação de diferentes valores ao controle público, trazidos pelas diferentes instituições, “bem com a redução da assimetria de informações entre controladores e controlados, resultado da multiplicidade de órgãos de controle a demandar e disputar informações (DIONÍSIO, 2019, p. 36). Ainda, a vagueza e relativa indeterminação textual das normas jurídicas que subsidiam o exercício do controle não constituiria em si um defeito, pois poderia permitir aos órgãos de controle, que possuem, em tese, maior capacidade institucional⁷ do que o legislador sobre o tema, adequarem os dispositivos legais à realidade com a qual se deparam (DIONÍSIO, 2019, p. 33).

⁷ Segundo Oliveira e Halpern (2020, p. 103), na perspectiva institucionalista, “cada órgão público possui uma capacidade institucional, que outorga um plexo de atribuições e restrições fixadas pela sua moldura institucional (capacidade institucional jurídica), além da capacidade de compreender e atuar de acordo com as informações obtidas, com a finalidade de transformá-las em atos e políticas públicas (capacidade epistêmica)”.

Se é certo que o modelo de controle caracterizado pela multiplicidade de órgãos independentes, cujo exercício é legitimado por normas de textura aberta, tem suas vantagens, fato é que a doutrina vem identificando que a conjugação dessas duas características pode tornar o sistema de controle complexo e disfuncional, comprometendo a eficiência administrativa.

Nesse sentido, destaca-se que, atualmente, verifica-se (i) a “fragilização do conteúdo normativo”, uma vez que “a textura normativa, para além de plurissêmica, é pontuada por termos técnicos e em grande medida impregnada de conceitos indeterminados, de forte conotação axiológica” (MARQUES NETO; FREITAS 2019, p. 9), e (ii) a multiplicação de polos legitimados para interpretar e aplicar as normas de modo mandatório, com competências sobrepostas. O conteúdo das normas de textura aberta, pautadas em princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, são definidos pelos próprios órgãos de controle que, sobre terem competências sobrepostas, “não têm prezado por uma uniformização de orientações jurídicas a pautarem, previamente, as condutas dos administradores públicos e garantirem a devida segurança jurídica a tomada de decisões, visto que pretendem proteger suas prerrogativas institucionais e independência funcional de seus membros” ((OLIVEIRA; HALPERN, 2020, p. 94). Assim, “o controle da Administração Pública, em suma, tem sido caracterizado por uma atividade formalista e sobreposta, muitas vezes com orientações contraditórias entre instâncias diversas e entre membros do mesmo órgão controlador” (OLIVEIRA; HALPERN, 2020, p. 94).

Esse quadro, somado à crise de legitimação democrática, provocariam a “substituição do administrador público pelo controlador, destacadamente no exercício de sua atividade-fim” (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 12), e a paralisia decisória pelo receio do agente público vir a ser responsabilizado pessoalmente pela mera discordância de interpretação e aplicação do direito.

Segundo a doutrina, além dos recursos públicos diretamente dispendidos com a manutenção das estruturas institucionais dos órgãos de controle⁸, o seu exercício

⁸ Segundo Oliveira e Halpern (2020, p. 100), “a atividade de controle possui uma dispendiosa estrutura composta por recursos humanos, tecnológicos e materiais. Aliás, os agentes do controle público, geralmente, possuem remunerações elevadas e ascendem ao teto remuneratório em pouco tempo na carreira. Os elevados custos não estão apenas na estrutura do controlador, mas também na esfera institucional do controlado. A Administração Pública também arca com uma vultosa despesa em razão

disfuncional, dentre outros efeitos colaterais negativos, provocaria a paralisia decisória. O agente público, para evitar os riscos da responsabilização jurídica, não se preocuparia mais em decidir conforme o interesse público, de modo eficiente ou na busca da boa gestão pública, mas antes buscaria a blindagem decisória e a autoproteção através de estratégias de fuga de responsabilização, as quais podem ser previstas de modo transparente e institucional, nesse ponto aproximando-se da ideia de gestão de riscos, porém muitas destas estratégias “são disfuncionais, guiadas por vieses cognitivos e emocionais, assumindo relevante papel o medo decisório” (SANTOS, 2022, p. 362). Ou seja, o agente público não atuaria apenas na busca da melhor solução ao interesse público, mas também para se proteger, já que “tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos” (GUIMARÃES, 2016).

Esse contexto de insegurança jurídica para a tomada de decisão seria inibidor de práticas experimentalistas na gestão pública (MARQUES NETO; FREITAS, 2019)⁹ e criaria incentivos para a submissão acrítica e imediata às orientações dos controladores, centralizando, na prática, “em órgãos de controle desprovidos de *expertise* em decisões de caráter técnico ou político que deveriam caber aos órgãos habilitados a produzi-las” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 218).

Observa-se, na doutrina, que uma das estratégias de fuga de responsabilização empregada pelo agente público é a consistente na “judicialização ou substituição decisória externa”, consistente na “atribuição a outros poderes ou órgãos constitucionais do poder de decisão exclusivo do administrador com o fito de proteger-se jurídica e politicamente”, o que seria “o reconhecimento da falência da divisão

do controle público, uma vez que deve instituir estrutura capaz de receber, avaliar e encaminhar as informações solicitadas pelas diversas instâncias controladoras. Assim, o Poder Público despenderá com a alocação de recursos materiais e humanos necessários ao processamento dos ofícios e determinações expedidos pelos órgãos de controle”.

⁹ “O experimentalismo pode ser reconduzido a estudos como o de Roberto Mangabeira Unger e Charles Sabel, que inspirados no trabalho de John Dewey, propõem que as políticas públicas sejam revisadas à luz da experiência prática. É dizer, nesse quadrante, o Estado define objetivos e coordena diversas entidades que, de forma descentralizada, operarão em regimes colaborativos e participativos, capazes de aproveitar o aprendizado institucional obtido contextualmente. Trata-se, pois, de uma visão na qual as instituições são dinâmicas, e não estáticas, uma vez que os arranjos institucionais são experimentados e revisados continuamente. Desse modo, o experimentalismo se baseia em um aprendizado contextual, o qual fornece um insumo (*input*) para a remodelagem das políticas pelo governo. Assim é que, num contexto no qual se condena o erro ao ilícito, geram-se incentivos contrários a inovações administrativas experimentais” (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, pp. 130-131).

funcional dos poderes e a tentativa de utilizar-se dessa disfunção para blindagem do agente ou autoridade decisória” (SANTOS, 2022, p. 379).

O exercício disfuncional do controle gera, no mínimo, três ordens de externalidades negativas¹⁰: “a) a ineficiência pelo medo; b) o custo financeiro desproporcional aos benefícios auferidos; e c) a mutação no arranjo constitucional e legal das atribuições dos poderes estatais” (2020, p. 96). Em relação a esta última, os autores afirmam que o controle disfuncional provocaria uma alteração na distribuição de competências desse arranjo institucional, implicando ineficiência, pois a instância de controle não tem capacidade institucional nem legitimidade democrática para se imiscuir nas escolhas administrativas (OLIVEIRA; HALPERN, 2020, p. 104).

Assim, em síntese, a ausência de segurança para o agente público assumir riscos e decidir de forma qualificada e inovadora, provocaria a paralisia decisória; o gestor, diante dos desincentivos para inovar, constrangido pelos riscos da responsabilização pessoal, decidiria de forma conservadora, após adotar procedimentos burocráticos e formais que demandam tempo e custos, comprometendo soluções céleres e inovadoras exigidas pela realidade.

Na doutrina, emprega-se os termos

Administração Pública “do medo”: para a situação em que, diante da proliferação de oportunidades de responsabilização do administrador, este começa a ficar com receio de manejar com segurança as oportunidades de agir, em virtude da possibilidade de lhe imputar uma responsabilidade e de ser condenado, mesmo quando agiu da melhor forma ante os obstáculos e do contexto de realidade enfrentado; Apagão das canetas: para designar a paralisação de decisões, por causa do temor da responsabilização, perante a Administração Pública “do medo”, pois, em determinados casos, tendo em vista decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às

¹⁰ “Externalidades seriam os custos e benefícios gerados pelo desempenho de atividades econômicas não absorvidos integralmente pelos agentes econômicos que se relacionam no mercado, mas também seriam suportados por terceiros que não fazem parte diretamente das transações econômicas. Elas podem ser negativas, quando “o desempenho regular da atividade acarreta ônus que serão suportados por terceiros (custo externo ou social)”; ou positivas, quando há “produção de benefícios para pessoas estranhas às transações econômicas (benefícios externos ou sociais)” (OLIVEIRA; HALPERN, 2020, p. 96). “A ideia de externalidade pode ser utilizada no tratamento do controle da Administração Pública. Nesse caso, as externalidades refletiriam os efeitos da tomada da decisão sobre os gestores públicos que, mesmo não integrantes da relação jurídica submetida ao controle, pautarão as suas condutas a partir dos comandos dos controladores, com o intuito de prevenir eventuais sanções no futuro” (OLIVEIRA; HALPERN, 2020, p. 96).

orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle (MOTTA; NOHARA, 2019).

O problema é potencializado numa sociedade complexa e de risco, permeada de incertezas, em que o erro deve ser esperado, como pôde ser observado no recente cenário de emergência sanitária derivada da pandemia da Covid-19, provocada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) (OLIVEIRA; HALPERN, 2020).

Considerando esse cenário, entende-se que, se é certo que há vantagens decorrentes do controle - inibição e correção dos desvios dos agentes públicos – e que os custos econômicos diretos e os efeitos colaterais negativos são inevitáveis, deve-se buscar uma medida ideal para a calibragem do controle, a partir de uma relação de custo-benefício (DIONÍSIO, 2019).

Esse, como será visto no tópico a seguir, é um dos pressupostos que motivou a proposta acadêmica de inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (SUNDFELD, 2022, p. 30).

1.2. Segurança jurídica para a inovação na gestão pública – Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL), como indicado na sua ementa, introduziu “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (BRASIL, 1942). O objetivo principal, como se verifica dos estudos acadêmicos que motivaram a inovação legislativa¹¹, bem como dos debates ocorridos durante o processo legislativo, seria assegurar um ambiente normativo que favorecesse a segurança jurídica e a qualidade das decisões do gestor público.

Trata-se de lei que resulta de pesquisas empíricas desenvolvidas na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito SP, com base nas quais foi redigido o anteprojeto proposto pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, divulgado na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, publicada pela editora

¹¹ Ver: MARQUES NETO; FREITAS, 2019; MOTTA; NOHARA, 2019; PALMA, 2018a; SUNDFELD, 2022

Malheiros, no ano de 2013, conforme expressamente declarado na exposição de motivos da proposição legislativa apresentada pelo Senador Antonio Anastasia:

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho. Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. Em razão disso, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto elaboraram projeto de lei, que ora é acolhido, fruto de projetos de pesquisa mais amplos desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. O resultado desse trabalho foi publicado na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, pela Editora Malheiros, ano 2013. O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. (BRASIL, 2015)

As pesquisas empíricas que deram origem à proposição legislativa constataram três grandes impasses que se pretendia superar com a inovação legislativa: (i) o uso de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados pelos agentes de controle para julgarem válidas ou inválidas a decisão administrativa; (ii) a desconsideração, na motivação, das consequências concretas da decisão controladora, ou seja, dos impactos da decisão sobre a gestão pública (custos, tempo, legitimidade, eficácia da política pública e isonomia perante os demais cidadãos), ignorando os obstáculos e reais dificuldades dos gestores na tomada de decisão; e (iii) a provisoriedade das decisões administrativas que dependeriam, para serem definitivas, do aval do controlador (PALMA, 2018a, p. 4).

A partir da constatação empírica desses três impasses, a proposição legislativa possuiria alguns pressupostos, dentre os quais destacamos dois por estarem mais próximos ao objeto do presente trabalho: (i) a Administração Pública tem competência primária para implementação da lei e, para tanto, precisa interpretar o texto da leis e das normas correlatas, o que faz em circunstâncias fáticas que colocam obstáculos e dificuldades reais ao agente público que devem ser consideradas pelo controle; e (ii) os agentes públicos honestos merecem confiança para inovar na gestão pública, de

modo que se faz necessário assegurar um ambiente de segurança jurídica para a tomada de decisão (PALMA, 2018a, pp. 7/15).

Dentre os dispositivos introduzidos na LINDB, destaca-se o artigo 22¹² e o artigo 28¹³, que procuram limitar a responsabilidade do agente público e assegurar proteção legal pelos riscos na tomada de decisão, pretendendo criar um espaço de tolerância para o erro administrativo, com o objetivo de se assegurar segurança jurídica para a inovação na administração pública (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 221). Nesse sentido,

O art. 28 da LINDB constitui espécie de cláusula geral do erro administrativo. Seu escopo, como tal, é oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa. Assim, criam-se os incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores capacitados. De um lado, a responsabilidade do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem o efeito de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave. De outro lado, admitir o erro, salvo quando grosseiro, faz sentido num regime jurídico que pretenda viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honesta, capazes e bem intencionadas. (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 221)

Chega-se a afirmar que o artigo 28 da LINDB seria “um antídoto ao “apagão das canetas” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018). Este otimismo não é compartilhado por parte da doutrina, que não obstante ver correção no diagnóstico que motivou a inovação legislativa, entende que “as soluções legais (terapêutica ou “tratamento” normativo) apresentados nem sempre se mostram capazes de responder devidamente ao estado de coisas encontrado”, pois “a boa aplicação da lei depende da prudência e equilíbrio daquele que a aplica” (MOTTA; NOHARA, 2019).

Após aprovado na Câmara dos Deputados, ao ser provada para análise e manifestação sobre projeto da Lei nº 13.655/2018, ou seja, o Projeto de Lei nº 7.448, de 2017 (BRASIL), a Consultoria-Geral da União junto ao Ministério da Transparência

¹² “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato” (BRASIL, 1942)

¹³ “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. (BRASIL, 1942)

e Controladoria-Geral da União, no Parecer nº 00114/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, obtido mediante solicitação de acesso à informação com base na Lei nº 12.527/2011, ao se pronunciar pela sanção do artigo 28, observou que:

Este talvez seja um dos mais importantes dispositivos do projeto. Ele dá segurança jurídica para o gestor poder trabalhar e permite que ele não seja mais dominado por medos (fundados ou não) de ter seu patrimônio e cargo atingidos quando ele cometer equívocos que qualquer pessoal está sujeita a cometer.

Do mesmo jeito que as sentenças judiciais podem produzir danos por erro do Juiz. As decisões administrativas também o podem. Assim como o Juiz precisa ser isento de culpa quando erra para poder desempenhar com segurança sua função, o administrador também precisa.

A figura do erro grosseiro não impede a punição do agente público que age com culpa elevada, com desídia, com culpa grave. Este conceito será desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, além de poder ser também delimitado por Decreto presidencial, o que sugerimos desde já. Assim, não haverá impunidade de servidores públicos, haverá segurança para os servidores tomarem decisões complexas sem temerem perderem seus cargos, ou pior, terem que ressarcir danos milionários, apenas porque, na álea do seu trabalho, acabaram tomando alguma decisão que levou a um dano.

(...)

Portanto, o caput do art. 28 deste projeto de lei vem em muito boa hora conferir, também ao gestor que é o responsável final pelas decisões complexas que envolvem, muitas vezes, milhões de reais, a mesma segurança que o advogado público já conquistou. Esta segurança é indispensável para que o gestor possa bem desempenhar suas funções, sabendo que só poderá ser responsabilizado se agir com dolo de causar prejuízos ou erro grave, inescusável, ou omissão praticada com culpa, em sentido largo. (BRASIL, CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2018).

Destaca-se que, em referida manifestação, a Consultoria-Geral da União junto ao Ministério da Transparência e Controladoria -Geral da União, manifestou-se pelo veto ao artigo 28, § 1º da LINDB, que prescrevia não se considerar “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” (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

O dispositivo trazia um parâmetro que conferia uma zona de certeza negativa, ao afirmar o que não deveria ser tido por erro grosseiro – “decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável” –, estabelecendo, na parte final, que a não aceitação posterior pelos órgãos de controle ou judiciais não infirmariam as fronteiras daquela zona de certeza negativa (RIBEIRO, 2018).

Porém, em sua manifestação pelo veto ao dispositivo, a Consultoria-Geral da União junto ao Ministério da Transparência e Controladoria -Geral da União entendeu que

Ao se referir a opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas poderá ensejar um abuso de interpretações excessivamente elásticas e absolutamente minoritárias e até desarrazoadas.

Ao extremo, um único doutrinador poderia fundamentar uma conduta evidentemente teratológica como algo razoável e impedir a responsabilização de um agente público que laborou com evidente erro grosseiro. Do mesmo modo, a jurisprudência de um tribunal estadual poderia ter o mesmo efeito. Portanto, o veto aqui sugerido tem o caráter de dar ao caput do artigo o seu real sentido, ou seja, o de que o erro grave, a culpa grave, poderão ser sancionados. (BRASIL, CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2018).

O projeto da Lei nº 13.655/2018 foi parcialmente vetado pelo Presidente da República, nos termos da Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018). Dentre os dispositivos vetados, destaca-se o artigo 28, § 1º da LINDB que previa não se considerar “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”. Apresentou-se como razão de veto, que

A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica. (BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018)

Ao comentar o veto, Marques Neto e Freitas afirmam que ele seria uma tentativa de “repristinam a responsabilização do agente público amparado por manifestações técnicas decorrentes do exercício regular da advocacia pública” (2019, p. 138). Porém, não obstante o veto, observa-se estar garantida, pelo ordenamento jurídico (artigo 133 da Constituição da República¹⁴; artigo 2º, § 3º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994¹⁵), a inviolabilidade das manifestações dos advogados públicos,

¹⁴ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988).

¹⁵ “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. (...) § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei” (BRASIL, 1994).

conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹⁶ (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 138), como será visto no capítulo 3.

Por fim, registre-se que o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos artigos 20 ao 30 da LINDB (BRASIL, 1942), trouxe dispositivos normativos dos quais é possível extrair parâmetros mais objetivos para a definição do erro grosseiro, os quais, como se verá, estão presentes em acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, prescreve o artigo 12 do Decreto nº 9.830/2019:

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por **culpa in vigilando** aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais. (BRASIL, 2019).

¹⁶ Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.631/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 09 ago. 2007. DJe 018, em que restou afirmado, na ementa do acórdão: “É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo 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.

No próximo capítulo problematiza-se a compatibilização de um espaço normativo que aceita o erro administrativo com o sistema de responsabilidade do agente público estabelecido na Constituição da República de 1988 (BRASIL).

CAPÍTULO 2. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO POR SUAS OPINIÕES TÉCNICAS E DECISÃO

Nesse capítulo procura-se analisar a compatibilidade da inovação legislativa (artigo 28 da LINDB) com o sistema constitucional de responsabilidade do agente público (artigo 37, § 6º da Constituição da República¹⁷).

Enfrenta-se, aqui, o problema da compatibilização de um espaço normativo que aceita o erro administrativo com o sistema de responsabilidade do agente público estabelecido na Constituição da República de 1.988.

2.1. O sistema constitucional de responsabilidade do agente público

A responsabilidade objetiva do Estado, no Brasil, tem assentamento constitucional, estando prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

A norma constitucional prescreve a responsabilidade objetiva do Estado, que prescinde de questionamento sobre a culpa (elemento subjetivo), tendo por fundamento, por um lado, a constatação de que as atividades estatais envolvem risco, por outro, a noção de solidariedade social, que busca distribuir os encargos decorrentes da ação estatal por toda a sociedade. A responsabilidade objetiva do Estado tem fundamento no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, de modo que, “se todos se beneficiam das atividades estatais, não seria justo que alguma pessoa ou que um grupo de pessoas específico sofresse isoladamente significativos danos de atividades desenvolvidas pelo Estado” (NOHARA, 2016, p. 823). Assim, mesmo que ausente o funcionamento irregular do serviço público, o Estado deve indenizar aquele que tenha sofrido dano proveniente da atuação estatal.

Nesse sentido, escreve Di Pietro que a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado,

(...) baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração de Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual “para a manutenção da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida

¹⁷ “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” (BRASIL, 1988).

entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário. (DI PIETRO, 2018, p. 816/817).

Observa-se que a consagração da responsabilidade objetiva do Estado desenvolveu-se, historicamente, por um processo em que, no início, imperava a sua total irresponsabilidade, marcada pela máxima *“the king can do no wrong”*; passou pela responsabilidade com fundamento em teorias civilistas, admitindo-a na hipótese de restar caracterizada a culpa do agente público; evoluiu para a responsabilidade em termos publicísticos, com fundamento na culpa administrativa ou culpa do serviço, do francês *“faute du servisse”*, em que a responsabilidade do Estado restaria configurada independentemente da configuração da culpa subjetiva do agente, se o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado. O estágio final do desse processo é a adoção da teoria do risco ou responsabilidade objetiva, que prescinde da indagação acerca da culpa e se concentra no fato de que o desenvolvimento das atividades estatais envolve risco, bem como na noção de solidariedade social (DI PIETRO, 2018, pp. 814/818; NOHARA, 2016, pp. 815/82).

Além da responsabilidade objetiva, a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição da República (BRASIL, 1988) prevê a ação regressiva para apurar a responsabilidade subjetiva, ou seja, com fundamento na culpa, do agente causador do dano. O Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, possuindo o direito de regresso contra o agente que, por dolo ou culpa, causou o dano.

Portanto, da norma constitucional derivam duas relações jurídicas com pessoas diversas e distintos fundamentos jurídicos: na primeira parte do dispositivo, regula-se a relação jurídica entre o Estado e o terceiro prejudicado, com fundamento na responsabilidade objetiva; na segunda parte, disciplina-se a relação jurídica entre o Estado e o agente causador do dano, com fundamento na responsabilidade subjetiva ou com culpa. “Estão presentes, desse modo, no preceito constitucional, dois tipos de responsabilidade civil: a do Estado, sujeito à responsabilidade objetiva. E a do agente estatal, sob o qual incide a responsabilidade subjetiva ou com culpa”. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 447).

Há controvérsia sobre a possibilidade de o terceiro lesado responsabilizar diretamente o agente causador do dano, prescindindo da responsabilização do Estado, hipótese em que deveria fundamentar a ação na alegação de culpa do agente e devendo prová-la, ou se poderia buscar a responsabilização solidária de ambos.

O entendimento segundo o qual não seria possível a ação direta contra o lesado tem como fundamento o argumento de que o artigo 37, § 6º, da Constituição da República consagra dupla garantia: uma, em favor do particular, pois lhe permite a responsabilização do Estado, que tem maior potencial para indenizar o dano objetivamente sofrido; outras, em favor do agente público, que apenas será responsabilizado civil e administrativamente perante a pessoa jurídica a que estiver vinculado. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão paradigmático, proferido no Recurso Extraordinário nº 327.904, julgado em 15/08/2006, da relatoria do ministro Carlos Britto¹⁸.

Afirma-se que a garantia ao agente público, quando pratica ato administrativo, no exercício da função, de apenas responder regressivamente e em caráter subjetivo, tem a finalidade de assegurar o livre exercício da função, resguardando a atividade administrativa e o interesse público. Com fundamento nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal assentou, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.027.633/SP, da relatoria do ministro Marco Aurélio, julgado em 14/08/2019, em sede de repercussão geral, a seguinte tese:

A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o

¹⁸ O acórdão está assim ementado: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327.904**. Relator: Ministro Carlos Britto, julgado em 15 ago. 2006. DJ 08 set. 2006).

responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Em favor da tese da vedação à responsabilidade direta do agente, argumenta-se com o princípio da impessoalidade, segundo o qual os agentes públicos seriam apenas os órgãos através dos quais a vontade do Estado é manifestada. Afirma-se que este princípio é fundamento jurídico suficiente para afastar o reconhecimento da inviabilidade da responsabilidade direta do agente público (MAKSMYM; ZAITTER, 2019, pp. 79/80).

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa, em primeiro lugar, a neutralidade da atividade administrativa, que só se orienta no sentido da realização do interesse público. Significa também que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário "x" ou "y", que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele. (...) Por isso é que a responsabilidade para com terceiros é sempre da Administração". (SILVA, J., 2006, pp. 335/336).

Assim, segundo o princípio da impessoalidade, quem se relaciona com os terceiros não é o agente público, mas o Estado, sendo aquele apenas o autor institucional do ato (SILVA, 2006, p. 335). "Por essa razão, não há qualquer sentido em promover-se ação de ressarcimento de danos, em face do servidor público, eis que na qualidade de órgão, não pode ser responsabilizado em juízo, devendo a ação ser efetivamente dirigida contra a pessoa pública, que tenha atuado, pela ação do servidor, na qualidade de agente" (BEZNOS, 2014, pp. 120/121).

Assim, entende-se que se o ato é imputado ao Estado, a responsabilidade perante terceiros é deste, e não do agente público que não atua em nome próprio, razão pela qual a ação de reparação de danos deve ser ajuizada diretamente contra o Estado, não sendo possível a solidariedade e o litisconsórcio passivo (BACELLAR FILHO, 2014, p. 306).

Esses dois argumentos são contraditados pelos defensores da responsabilização solidária do agente e do Estado, que afirmam inexistir no artigo 37, § 6º, da Constituição da República caráter defensivo do agente público perante terceiro, defendendo o argumento de que a norma objetiva a defesa do administrado e do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 917). Segundo o autor,

A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano. A seu turno, a parte final do § 6º do art. 37, que prevê o regresso do Estado contra o agente responsável, volta-se à proteção do patrimônio público, ou da pessoa de Direito Privado prestadora de serviço público.

Daí a conclusão de que o preceptivo é volvido à defesa do administrado e do Estado ou de quem lhe faça as vezes, não se podendo vislumbrar nele intenções salvaguardadoras do agente. A circunstância de haver acautelado os interesses do lesado e dos condenados a indenizar não autoriza concluir que acobertou o agente público, limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 917).

Maksmym e Zaitter (2019, pp. 78/79) anotam cinco argumentos que apoiam a tese da possibilidade de o terceiro lesionado responsabilizar diretamente o agente causador do dano: 1º) a escolha do polo passivo estaria dentro da esfera de decisão do lesionado; 2º) a responsabilização do Estado seria uma proteção adicional, em razão de sua maior capacidade de solvência, mas não retiraria o direito do lesionado responsabilizar diretamente o agente público; 3º) se o agente possuir patrimônio suficiente, poderia ser mais vantajoso a execução deste considerando a ineficiência do regime de precatórios ou a limitação financeira em concreto do Estado; 4º) a vedação poderia significar incentivo para o agente agir de modo mais desidioso; e 5º) a responsabilidade subjetiva do agente não se origina apenas após a prévia condenação estatal.

Afirma-se, em relação ao argumento fundamentado no princípio da impessoalidade, que está apoiado em termos puramente lógicos, considerando que a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes não é, a rigor, responsabilidade por fato de outrem, mas sim responsabilidade por fato próprio, pois o agente é órgão do Estado (SILVA, A., 2015, p. 321). Porém, o reconhecimento da possibilidade de responsabilidade solidária decorreria mais de razões pragmáticas, uma vez que

Se a culpa do agente faz com que ele, ao fim e ao cabo, deva indenizar o Estado pelo dano que causou, que inconveniente haverá, em termos práticos, que a vítima intente a ação diretamente contra ele e o Estado, é claro que, então, alegando a culpa do agente e propondo-se a prová-la? (SILVA, A., 2015, p. 321, nota de rodapé)

Esse é o entendimento de Di Pietro (2018, pp. 834/835) que entende ser possível a formação de litisconsórcio passivo ou a propositura de ação diretamente contra o agente, bem com a denúncia da lide pelo Estado ao agente, quando a ação for fundada em culpa ou dolo do agente, pois não haveria qualquer prejuízo, antes haveria economia processual, bem como se estaria observando os princípios que disciplinam a ação regressiva. Porém, a denúncia da lide não seria possível na hipótese da ação ajuizada com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou na falha anônima do serviço, sem individualizar o agente causador do dano, pois neste caso se estaria incluindo fundamento novo não invocado pelo autor, na demanda. Em resumo:

1. quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denúncia não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor;
2. quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denúncia da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo (com citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura da ação diretamente contra o agente público. (DI PIETRO, 2018, p. 835).

A ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público¹⁹, é um dever-poder, na expressão de Bandeira de Mello (2004, pp. 62/63)²⁰. Além da indisponibilidade do patrimônio público, “sem o exercício da ação regressiva, nas hipóteses de cabimento, acaba ocorrendo a injusta “socialização” dos prejuízos e os verdadeiros culpados se acobertam sob o manto da responsabilidade estatal objetiva acrescida da inércia das autoridades competentes, o que não é justo, nem pedagógico” (NOHARA, 2016, pp.

¹⁹ “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 64)

²⁰ Segundo Bandeira de Mello (2004, pp. 62/63), “a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Onde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio. (...) Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.

840/841). A ausência de responsabilização do agente poderia significar desincentivo para o agente público adotar medidas cuidadosas, já que não serão eles próprios que arcarão com o prejuízo (NOHARA, 2016, p. 841).

Esse, como será visto no tópico a seguir, é um dos fundamentos que sustenta a tese no sentido da inadmissibilidade de “qualquer legislação infraconstitucional, de qualquer âmbito, que diminua a esfera de responsabilidade dos entes ali mencionados ou que modifique as condições do direito de regresso contra seus agentes” (NOHARA, 2016, p. 841).

2.2. A constitucionalidade da limitação da responsabilidade pessoal do agente público aos casos de erro grosseiro

A compatibilidade do artigo 28 da LINDB (BRASIL, 1942), que limita a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões e opiniões técnicas aos casos de dolo e erro grosseiro, com a norma do artigo 37, § 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988), fundamento constitucional da responsabilidade civil do Estado, tem sido objeto de controvérsia na doutrina.

Argumenta-se, sustentando a tese da inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, que o artigo 37, § 6º da Constituição da República não traz qualquer gradação da culpa para a ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, razão pela qual o legislador infraconstitucional não estaria autorizado a editar norma estabelecendo distinção entre culpa grave, leve ou levíssima. Haveria um “silêncio eloquente” do legislador constitucional, que deve “ser interpretado como espécie de responsabilidade ampliada nas ações de regresso contra agentes públicos, como se referido enunciado semântico, ao prever dolo e culpa tenha optado pela ampla responsabilização dos agentes públicos em quaisquer circunstâncias” (SANTOS, 2022, p. 288).

Com esse fundamento o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 2391/2018 - Plenário, da relatoria do ministro Benjamin Zymler (BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018), decidiu que a norma do artigo 28 da LINDB, ao limitar a responsabilidade do agente público aos casos de dolo ou erro grosseiro, alcançaria apenas a aplicação de sanções, não abrangendo a responsabilização por dano ao

erário prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, uma vez que a norma constitucional não fez qualquer gradação da culpa (NIEBUHR, 2018).

Essa interpretação, porém, na doutrina, havendo entendimento de que a Constituição da República, no artigo 37, § 6º, “deixou em aberto o conceito de culpa, permitindo ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de gradação da culpa indutora de responsabilidade” (MAFFINI; CARVALHO, 2020). Nesse sentido, afirma-se que

não existe uma interdição constitucional a que o legislador democrático densifique o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade reste configurada. Isso é uma decorrência da abertura semântica do termo e também um imperativo de construção democrática do sentido das normas constitucionais ao longo do tempo. Não há como pretender congelar um conceito específico de culpa, apenas por desejo da doutrina, impedindo a sua regulamentação legal dentro de certas balizas semânticas. (BINENBOJM; CYRINO, 2018, pp. 216/217).

Argumenta-se a favor dessa tese afirmando que há no ordenamento jurídico normas jurídicas que restringem a responsabilidade pessoal de determinados agentes públicos que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada (BINENBOJM; CYRINO, 2018; FERRAZ, L., 2018; NIEBUHR, 2018; SANTOS, 2022). É o caso dos artigos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que prescrevem que os membros da Magistratura (artigo 143, inciso I) do Ministério Público (artigo 181²¹), da Advocacia Pública (artigo 184²²) e da Defensoria Pública (artigo 187²³) respondem, civil e regressivamente, apenas quando agirem, no exercício de suas funções, com dolo ou fraude. No mesmo sentido, dispõe o artigo 38, § 2º, da Lei nº 13.327/2016 (BRASIL), que os ocupantes dos cargos de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional, de Procurador Federal, de Procurador do Banco Central, no exercício de suas funções, “não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude” (BRASIL, 2016). A restrição de responsabilidade, nesses dispositivos, é bastante

²¹ “Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções” (BRASIL, 2015).

²² “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções” (BRASIL, 2015).

²³ “Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções” (BRASIL, 2015).

expressiva, pois sequer prevê a culpa como hipótese geradora de reponsabilidade pessoal, mas apenas dolo ou fraude (SANTOS, 2022, p. 289).

Essa restrição da responsabilidade é justificada como instrumento de garantia de independência e preservação de espaço de livre convencimento, o que estaria comprometido se houvesse o risco de responsabilização. Seria, portanto, justificável pragmaticamente a opção do legislador infraconstitucional. Assim, não haveria incompatibilidade do artigo 28 da LINDB com o artigo 37, § 6º, da Constituição da República, pois a norma infraconstitucional veio dar tratamento isonômico aos agentes públicos quando emitem decisões ou opiniões técnicas, como o fazem outras normas do ordenamento jurídico (NIEBUHR, 2018; SANTOS, 2022, p. 291).

Outro argumento é o consistente no fato de que o artigo 37, § 6º, da Constituição da República disciplina a hipótese de danos causados pelos agentes públicos a terceiros (externos), não dos danos causados à própria Administração (internos) (NIEBUHR, 2018, FERRAZ, 2018; SANTOS, 2022, p. 293), de modo que não haveria incompatibilidade com a norma constitucional a disciplina da responsabilidade interna de maneira diversa pelo legislador infraconstitucional (FERRAZ, 2018).

Como será visto no próximo capítulo, antes da edição da Lei nº 13.655/2018 (BRASIL), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diferenciava os critérios de responsabilização do administrador e do advogado público parecerista. Enquanto este, por emitir mera opinião técnico-jurídica não vinculante, que se presta apenas a orientar o administrador na tomada de decisão, responde apenas no caso de dolo ou erro grosseiro, o administrador seria responsável no caso de dolo ou culpa simples. Porém, com o artigo 28 da LINDB, unificou-se “os critérios para todos os agentes públicos, adotando-se os parâmetros já exigidos anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal para a responsabilização dos advogados de Estado” (DIONÍSIO, 2019, p. 134).

Assim, a revisão dos julgados do Supremo Tribunal Federal, será pertinente para analisar a presença de elementos que permitam construir parâmetros para a definição de espaço de tolerância ao erro do agente público no exercício da função administrativa.

CAPÍTULO 3. ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO POR SUAS DECISÕES E OPINIÕES TÉCNICAS

No presente capítulo, procura-se pela análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, contextualizar a discussão no âmbito do tribunal, buscando encontrar na jurisprudência parâmetros para a responsabilização do agente público pela emissão de opiniões técnicas.

3.1. Escolha metodológica

Para tanto, pesquisou-se, no site do Supremo Tribunal Federal, na base de jurisprudência, pelos termos “responsabilidade”, “parecer” e “erro grosseiro”. Identificou-se 5 acórdãos. Selecionou-se, então, os acórdãos que possuem pertinência com o tema responsabilidade do agente público por decisões e opiniões técnicas. Ainda, pesquisou-se, na mesma fonte, pelos termos “responsabilidade”, “erro grosseiro” e “LINDB”, tendo sido identificado 3 acórdãos, dos quais 2 guardam pertinência temática de interesse para o trabalho. Na leitura dos acórdãos, identificou-se a referência a outros acórdãos que possuem relação com o objeto da pesquisa.

Não se fez recorte temporal.

Escolheu-se o Supremo Tribunal Federal como fonte de pesquisa jurisprudencial por se tratar do órgão com competência para decidir controvérsia constitucional, sendo o foco do presente trabalho a responsabilidade do agente público que tem assento na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

Identificou-se, então, os seguintes acórdãos que serão objeto de análise a seguir:

Recurso	Julgamento	Relator	Responsabiliza o agente?
MS 24.073	06/11/2002	Carlos Velloso	Não
MS 24.584	09/08/2007	Marco Aurelio	Sim, se o parecer for vinculante
MS 24.631	09/08/2007	Joaquim Barbosa	Sim, se o parecer for vinculante

MS 27.867	18/09/2012	Dias Toffoli	Sim (FALTA EXAMINAR)
MS 35.196	12/11/2019	Luiz Fux	Não
MS 30.892	08/06/2020	Luiz Fux	Sim, se o parecer for vinculante
MS 31.815	08/03/2021	Rosa Weber	Não
MS 36.385	17/02/2021	Cármem Lúcia	Não
MS 36.025	14/06/2021	Cármem Lúcia	Não
MS 38.805	21/03/2023	Luiz Fux	Não
ADI 6.421	21/05/2020	Roberto Barroso	Não

Fonte: elaboração própria

3.2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre responsabilidade pessoal do agente público

O STF, no MS 24.073²⁴, julgado em 06 de novembro de 2002, da relatoria do ministro Carlos Velloso, entendeu que o advogado não é responsável pelo ato administrativo praticado, pois o ato de emitir parecer é uma atividade de conteúdo eminentemente opinativo, uma opinião técnico-jurídica não vinculante, que servirá apenas a orientar o administrador na tomada de decisão. Afirmou-se, porém, não ser absoluta a garantia da inviolabilidade profissional do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, prevista no artigo 133 da Constituição da República²⁵ e no artigo 2º, §3º, da Lei nº 8.906/1994²⁶ (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB). Os advogados são civilmente responsáveis pelos danos causados a terceiros, desde que decorrentes de ato praticado com dolo

²⁴ O acórdão está assim ementado: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.073, Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 06 nov. 2002, DJ 31 out. 2003).

²⁵ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988).

²⁶ “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. (...) § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei” (BRASIL, 1994).

ou culpa, conforme prescrevem o artigo 159 do Código Civil²⁷ e o artigo 32 da Lei nº 8.906/1994²⁸. Porém, no caso concreto, o STF afastou a responsabilidade do advogado por entender que houve mera discordância de interpretação entre o parecerista e o órgão de controle.

No MS 24.584²⁹, julgado em 09 de agosto de 2007, da relatoria do ministro Marco Aurélio, o STF voltou a tratar da possibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria, fazendo a distinção da hipótese em que o parecer é obrigatório e vinculante ao administrador, como a prevista no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993³⁰.

O ministro Joaquim Barbosa, com fundamento na doutrina de René Chapus, fez a distinção de três hipóteses de consulta: i-) a facultativa, em que a autoridade executiva não se vincula ao parecer; ii-) a obrigatória, em que a autoridade “fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário”, sendo que, para praticar ato com conteúdo diverso, deverá submetê-lo a novo parecer; e iii-) a vinculante, em que a autoridade “não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”. Nessa última situação, em que a norma jurídica condiciona a prática do ato administrativo ao exame e aprovação do órgão jurídico, haveria um compartilhamento do poder decisório, pois o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente, gerando a responsabilização solidária.

²⁷ Norma correspondente ao artigo 186 do vigente Código Civil, que prescreve: “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” (BRASIL, 2002a).

²⁸ “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria” (BRASIL, 1994).

²⁹ O acórdão está assim ementado: “ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.584. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09 ago. 2007, DJe-112).

³⁰ “Art. 38 (...) Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração” (BRASIL, 1993).

O ministro Eros Grau, no referido julgamento, manifestou preocupação com a interpretação que poderia ser dada ao entendimento assentado pelo STF, com a afirmação pura e simples da responsabilização do parecerista nesses casos. Nesse mesmo sentido se manifestou o ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que, a depender de como a decisão fosse expressa, teria um efeito inibitório sobre o funcionamento da Administração.

O STF, no MS 24.631³¹, julgado em 09 de agosto de 2007, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, reforçou o entendimento assentado no MS 24.073 e no MS 24.584, afirmando que “o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista”, salvo existência de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com dolo ou culpa. O ministro Joaquim Barbosa reafirmou a tese por ele assentada no MS 24.584, segundo a qual, nos casos em que a lei prescreve a vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, haveria responsabilidade solidária da autoridade executiva e do parecerista.

Portanto, o STF já vinha decidindo no sentido da possibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria em duas situações: (i) no caso de parecer obrigatório e vinculante, situação em que haveria efetiva partilha do poder decisório entre a autoridade executiva e o órgão consultivo; e (ii) quando houver demonstração de culpa ou erro grosseiro. Não

³¹ O acórdão está assim ementado: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo 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. Mandado de segurança deferido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.631. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 09 ago. 2007. DJe 018).

obstante, não se identificava nas decisões do STF pronunciamento sobre os parâmetros para a definição do chamado erro grave e inescusável, ou seja, do chamado “erro grosseiro”.

No MS 35.196³², julgado em 12 de novembro de 2019, da relatoria do ministro Luiz Fux, discutiu-se a responsabilidade de parecerista que emitiu parecer favorável à assinatura de aditivo contratual, em que o TCU identificou irregularidades que geraram danos ao erário. Entendeu-se, no caso, pela ausência de comprovação de dolo, erro grave inescusável ou culpa em sentido amplo, tendo o TCU condenado o parecerista por mera discordância de entendimento sobre a possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro. Nesse julgado, proferido já na vigência do artigo 28 da LINDB (BRASIL, 1942), é possível identificar, no voto do ministro Luiz Fux, alguns

³² O acórdão está assim ementado: “EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização “pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos “previsíveis porém de consequências incalculáveis”. 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso. 7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária. 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia. 9. Agravo interno a que NEGOU PROVIMENTO por manifesta improcedência.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 35.196. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 12 de nov. 2019, DJe-022)

parâmetros para a definição *a contrario sensu* do erro grosseiro, pois no caso entendeu-se ele não ter ocorrido pela existência de fundamentação doutrinária, de interpretação razoável das normas jurídicas e utilização de condicionantes de cautela no parecer.

No seu voto, o ministro Luiz Fux lembrou que o §1º do artigo 28 da LINDB, que trazia parâmetros para a definição erro grosseiro, foi vetado, de modo que “a delimitação do conceito de erro grosseiro mantém-se candente, de modo que a densidade normativa da expressão mantém-se a cargo da doutrina e da jurisprudência judicial e administrativa”. Lembrou ainda que o entendimento do TCU sobre o conceito não é homogêneo, “oscilando entre a classificação tripartite de erro leve, sem qualificação e grosseiro, sendo este associado à culpa grave (Tomada de Contas Especial da FUNASA, Ac. nº 2.391/18) e a atuação lastreada em “especial zelo” ou na figura do “administrador médio” (Tomada de Contas Especial da Petrobras, Ac. Nº 2.677/18)”. Não obstante, no caso, entendeu-se, da análise do conteúdo do parecer, pela impossibilidade de se configurar a existência de dolo ou culpa grave, elementos subjetivos necessários a caracterização da responsabilidade do parecerista. Afirmou-se que, na hipótese, houve (i) a utilização de condicionantes de cautela, como a informação “acerca dos riscos jurídicos especificamente decorrentes do ato, a delimitação do espaço de opinião jurídica e da área de decisão administrativa e a remissão a parecer técnico sobre a proposta”, e (ii) a referência a doutrina especializada. Transcreve-se trecho do voto do ministro Luiz Fuz em que assentada essas premissas:

In casu, o Tribunal de Contas da União entende que haveria erro grave na caracterização jurídica como reequilíbrio econômico-financeiro de situação de fato que não atendia às premissas legais. (...)

O conteúdo semântico da imprevisibilidade é controverso. (...)

A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado. A análise do *conteúdo* das manifestações dos advogados deve ser relativizada. Ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso, o advogado é livre para se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos. Nos termos do parecer do *parquet*, “*essa seara de revisão judicial em relação às manifestações jurídicas constitui o múnus próprio da advocacia*”. A subjetividade das manifestações razoáveis e contempladas nas normas vigentes é assegurada por força constitucional.

(...)

Da análise, na via estreita do mandado de segurança, do conteúdo do parecer, verifica-se a impossibilidade de se configurar o elemento subjetivo caracterizador da responsabilidade do parecerista. Não se comprovou que o

parecerista agiu como dolo ou culpa grave, estando adstrito aos requisitos razoavelmente exigíveis.

A utilização de condicionantes de cautela podem contribuir para descaracterizar a culpa grave em determinadas situações limítrofes. É o caso do dever de informar acerca dos riscos jurídicos especificamente decorrentes do ato, a delimitação do espaço de opinião jurídica e da área de decisão administrativa e a remissão a parecer técnico sobre a proposta. (...)

Outrossim, o Impetrante fez referências à doutrina especializada, como Marcelo Caetano, Jessé Torres, Marçal Justen Filho, Carlos Ari Sundfeld e Toshio Mukai, aplicando-a ao caso para concluir pela necessidade do restabelecimento da equação econômico-financeira entre as partes da relação contratual. Não se trata de mero recurso retórico, mas de subsunção do caso à norma, dado que se refere especificamente a atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 35.196. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 12 de nov. 2019, DJe-022)

Destaca-se, ainda, do voto do ministro Luiz Fux a preocupação manifestada pelo ministro Eros Grau e pelo ministro Gilmar Mendes, no MS 24.584, sobre as consequências para a Administração da imputação exagerada de responsabilidade ao parecerista por sua opinião técnica, ao afirmar que

Atribuir a responsabilidade solidária ao parecerista pode acarretar dois reveses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público em concreto. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não acarreta retorno em moralidade pública, mas em ineficiência.

Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores, em que se tratar de cognições distintas. Dentre as atribuições da função, o advogado público emite pareceres jurídicos ao administrador. Trata-se de uma forma de controle interno de legalidade dos atos administrativos, em que assessora o administrador e se posiciona sobre a legalidade de determinado ato da Administração Pública.

Devido ao caráter eminentemente técnico-jurídico da função, a assessoria jurídica da Administração dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo.

No MS 30.892³³, julgado em 08 de junho de 2020, da relatoria do ministro Luiz Fux, reafirmou-se a possibilidade de responsabilidade do parecerista, na hipótese de

³³ O acórdão está assim ementado: “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE DE COORDENADOR JURÍDICO DA CODESA POR ELABORAÇÃO DE PARECER EM CONSULTA OBRIGATÓRIA. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. CARÁTER VINCULATIVO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA ENTENDIMENTO CONTRÁRIO. INVIABILIDADE EM SEDE MANDAMENTAL. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS À CORTE DE CONTAS. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DEFERÊNCIA. CAPACIDADE INSTITUCIONAL. HABILITAÇÃO

emissão de parecer obrigatório e vinculante previsto no artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 (BRASIL). No caso, o ministro relator utiliza-se do parâmetro do “advogado médio”, do qual se espera a utilização de “condicionantes de cautela” na emissão do parecer, ao afirmar:

Ora, espera-se do advogado médio, instado a se manifestar na hipótese do artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, que conheça das cláusulas editalícias, bem como da Lei de Licitações, pouco importando a alegação atinente ao Regimento Interno da CODESA, tendo em vista seu poder-dever de se manifestar contrariamente a minutas que violam a Lei. Mais do que isso, conforme consignado no início, é razoável esperar uma maior cautela para com a demanda, ao menos perquirindo as questões técnicas aduzidas, em caso de dúvida; expondo o espaço de delimitação da opinião jurídica; e até mesmo informando acerca dos riscos jurídicos envolvidos.

As chamadas “condicionantes de cautela”, a que faz referência o ministro Luiz Fux, “podem contribuir para descaracterizar a culpa grave em determinadas situações limítrofes”. Dentre elas, o Ministro Luiz Fux volta a citar, o que já havia afirmado o MS 35.196, o “dever de informar acerca dos riscos jurídicos especificamente decorrentes

TÉCNICA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AMPLA DIVERGÊNCIA FÁTICA. MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. No mandado de segurança, o direito líquido e certo diz respeito à desnecessidade de produção de provas para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Tais fatos devem estar devidamente comprovados desde a impetração, refletidos em acervo fático-probatório suficiente e acostado aos autos. A liquidez e a certeza do direito consubstanciam verdadeiro pressuposto processual objetivo, ligado à adequação do procedimento, cuja inobservância desautoriza a tutela pela via do *writ* constitucional. Precedentes. Doutrina. 2. *In casu*, a pretensão deduzida no writ ampara-se em *causa petendi* de todo incompatível com o rito especial do mandado de segurança, cuja via estreita não comporta dilação probatória na apuração de divergência quanto aos fatos. Ocorre que há notável divergência nas versões apresentadas pelo Tribunal de Contas da União e na peça vestibular do impetrante. Nesse sentido, “a existência de controvérsia sobre matéria de fato revela-se bastante para descaracterizar a liquidez necessária à configuração de situação amparável pela ação de mandado de segurança. Precedentes.” (MS 32.244, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 16/12/2013). 3. Deveras, ao menos com base nos documentos colacionados, inexistente flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia por parte do Tribunal de Contas da União. Primeiro, o ato tido como ator circunscreve-se à competência constitucional da Corte de Contas (CRFB/88, art. 71, II). Segundo, o Acórdão bem fundamentou suas conclusões, sobretudo quanto à obrigatoriedade do parecer, visto que, segundo o TCU, enquadrado no escopo do artigo 38 da Lei 8.666/1993. Terceiro, levou em consideração todos os pontos levantados pelo ora impetrante, ainda expondo dúvida bastante plausível quanto ao cumprimento do seu dever de cautela na elaboração desse. Quarto, foi sensível à proporcionalidade entre a multa e a participação do impetrante no dano causado, limitando-a ao montante de R\$ 4.000, 00, cumprindo com os termos do artigo 58, II, da Lei 8.443/1992. 4. Consectariamente, descabe a interferência desta Suprema Corte na atuação regular da Corte de Contas da União, mercê da inexistência de qualquer vício flagrante. Ademais, entender de modo distinto do TCU, demandaria profunda incursão fático-probatória, medida inviável nesta via processual estreita. 5. Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao presente mandamus, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, restando prejudicada a análise do pleito cautelar.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 30.892. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 08 jun. 2020, , DJe-156)

do ato, a delimitação do espaço de opinião jurídica e da área de decisão administrativa e a remissão a parecer técnico sobre a proposta”.

No MS 31.815³⁴, julgado em 08 de março de 2021, da relatoria da ministra Rosa Weber, impugnava-se ato do TCU que condenou parecerista pela emissão de parecer jurídico declarando viável a dispensa de licitação tida por ilegal. Afirmava o TCU que a diretoria do banco (esfera decisória alheia ao parecerista) estava previamente inclinada a contratar sem licitação determinada empresa, tendo para isso “manobrado certas circunstâncias de modo a impor tal resultado (antecipadamente desejado) como se fosse inevitável”, inclusive contratando parecer de renomado

³⁴ O acórdão está assim ementado: “EMENTA AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. SUPERINTENDENTE JURÍDICO DE BANCO PÚBLICO. PARECER PELA CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA DE TECNOLOGIA COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. MANIFESTAÇÃO FEITA EM TESE, PARTINDO DE PRESSUPOSTOS E CONDICIONANTES. NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. MANIFESTAÇÃO EXARADA EM CONSONÂNCIA COM PARECER DE RENOMADO DOUTRINADOR E ADMINISTRATIVISTA. AUSÊNCIA DE CULPA OU ERRO GROSSEIRO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTE RECENTE DA PRIMEIRA TURMA (MS Nº 35196/DF, RELATOR MINISTRO LUIZ FUX, DJE DE 05.02.2020). SEGURANÇA CONCEDIDA PARA AFASTAR A MULTA. (ART. 205 DO RISTF). AGRAVO QUE REITERA OS ARGUMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, À DESCONSIDERAÇÃO DO QUE DECIDIDO NA DECISÃO AGRAVADA. 1. A decisão do TCU reconheceu que a alta administração da instituição financeira decidiu pela contratação de determinada empresa de informática sem licitação e, a partir disso, conduziu todo o processo jurídico de modo a obter tal resultado, por meio de uso deliberado de dados técnicos imprecisos e alegações infundadas. Entre tais medidas, esteve a contratação de parecerista renomado que, na ótica do TCU, recomendou a dispensa de licitação porque informado de modo equivocado a respeito das questões fáticas e técnicas envolvidas. O impetrante, Superintendente Jurídico do banco, replicou em seu parecer as mesmas opiniões e expressamente estabeleceu ressalvas para a dispensa de licitação. A administração da instituição não seguiu tais balizas restritivas. A decisão, portanto, atribuiu dolo aos dirigentes, não ao parecerista. 2. Também não se configura erro grave do agravado. Nesse ponto, o TCU afirmou que o parecerista deveria ter se oposto à conduta de seus superiores. Tal obrigação, porém, implica exigir do parecerista conhecimentos profundos de informática (para detectar as imprecisões das condicionantes tecnológicas a ele repassadas), quando a conclusão firmada pelo TCU no sentido da impropriedade da fundamentação técnica para afastar a licitação só foi firmada depois de inspeção realizada por servidores do Tribunal sobre a estrutura da instituição contratante. A conduta exigida pelo TCU obrigaria o parecerista a vislumbrar, a partir de conhecimento que não é obrigado a possuir, a preexistência de um conluio na alta administração do banco por meio do qual argumentos técnicos imprecisos da área de tecnologia estariam sendo usados com intenção fraudulenta. 3. Também não é possível atribuir ao parecerista responsabilidade decorrente do fato de que a direção do banco não acatou as ressalvas por ele sugeridas. Tal imputação, além de alheia à esfera de atuação possível do parecerista, contradiz a leitura ampla da controvérsia realizada pelo próprio órgão de controle, segundo a qual o conluio da diretoria era prévio – e, portanto, desde sempre deveria indicar a rejeição de qualquer objeção à obtenção do intuito perseguido, por mais precisa que fosse. 4. No julgamento do MS nº 35196/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe de 05.02.2020, algumas balizas foram estabelecidas para filtrar excessos na imputação de responsabilidade aos pareceristas jurídicos, como a necessidade de ponderação da culpa de modo proporcional ao real poder decisório, o reconhecimento da assimetria de informações relacionadas a temas não jurídicos, a natural convivência de divergência de opiniões em assuntos legais e a possibilidade de registro de condicionantes de cautela em tais manifestações. Tais filtros, como visto, não foram respeitados no presente caso. Agravo regimental conhecido e não provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31.815. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 08 mar. 2021, DJe-066).

parecerista externo para dar aparência de legalidade à escolha prévia. O parecerista do banco fez uso das considerações do parecerista externo e reproduziu, integralmente, as ressalvas e recomendações por este feitas, as quais não foram observadas pela diretoria antes da contratação.

A ministra Rosa Weber, no caso, entendeu pela ausência de nexo de causalidade a justificar a imputação de responsabilidade pela contratação ilegal, pois “o parecer em questão tinha condicionantes a serem observadas, e a opinião nele lançada o foi no sentido da possibilidade “em tese” da contratação direta da empresa, observadas as condicionantes”. Ou seja, no limite de sua atuação como parecerista jurídica, destacou as providências necessárias para que os gestores responsáveis pudessem demonstrar a legitimidade da contratação por inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, a ministra Rosa Weber assentou:

Quatro considerações extraídas dos trechos citados se aplicam de modo literal à presente controvérsia: (i) “A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão”; (ii) “o advogado não sabe e não tem como saber – a não ser que lhe digam, valendo aí, *ipsis litteris*, a informação repassada – questões de fato”; (iii) “Ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso, o advogado é livre para se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos”; e (iv) “A utilização de condicionantes de cautela podem contribuir para descaracterizar a culpa grave em determinadas situações limítrofes”. Ora, tais condicionantes não foram respeitadas neste caso: o TCU responsabilizou parecerista por não ter impedido a alegada fraude dos diretores do banco, embora tal conluio, ao que se afirmou, tenha sido tecido na mais alta esfera decisória do banco; imputou-lhe obrigação de constatar erros deliberados no projeto técnico de informática, mesmo sendo advogado; responsabilizou o segundo parecerista por opinião legal fundamentada, cujos defeitos se vinculam a premissas inverídicas que não foram por ele erigidas e, por fim, desconsiderou o fato de que, mesmo com todos os vícios apontados, ainda assim houve oposição de ressalvas jurídicas à contratação, ressalvas essas que a administração da instituição, se é certo que movida por conluio, não iria de qualquer modo acatar, por mais detalhadas e precisas que fossem.

No MS 36.385³⁵, julgado em 17 de fevereiro de 2021, da relatoria da ministra Cármen Lúcia, afirmou não se constatar erro grave e inescusável do parecerista a

³⁵ O acórdão está assim ementado: “EMENTA: AGRAVO DE REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO DE PARECERISTA JURÍDICO AO PAGAMENTO DE MULTA. DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO. INVOLABILIDADE DE ATOS E MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA DO ADVOGADO. ERRO GROSSEIRO OU INESCUSÁVEL NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 36.385. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 17 de fev. 2021, DJe-031).

evidenciar ter agido com negligência, imprudência ou imperícia ou dolo e em dano ao erário, tendo a decisão do TCU, pela responsabilização do parecerista, se fundamentado em divergência quanto à adoção de cláusula em edital de licitação.

No mesmo sentido é o acórdão do MS 36.025³⁶, julgado em 14 de junho de 2021, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se concluiu pela inexistência, no caso concreto, de comprovação de culpa ou erro grosseiro do parecerista jurídico a ponto de elidir, na espécie, a inviolabilidade constitucional de sua manifestação técnica, pois teria ocorrido mera divergência de entendimento sobre as especificações do objeto da licitação.

Mais recentemente, no MS 38.805, o ministro Luiz Fux, em decisão monocrática de 21/03/2023, denegou a segurança pleiteada contra ato do Tribunal de Contas da União que, em Tomada de Contas Especial, responsabilizou o impetrante por emitir parecer favorável à assinatura de termo de aditivo de contrato em que se concedeu reajustes indevidos de preços unitários de medicamentos em índices superiores ao legalmente permitido, nos termos da Lei nº 8.666/1993. Na decisão, o ministro Luiz Fux afirmou que os advogados não são imunes à fiscalização do TCU, alicerçando-se, a jurisprudência do STF,

(...) em um delicado equilíbrio, a fim de, por um lado, não inviabilizar o trabalho de consultoria, impondo ao advogado a responsabilidade por suas opiniões sempre, o que incentivaria a não incursão em questões controversas ou difíceis. Por outro lado, não se pode deixá-lo além de qualquer controle, de modo a incentivar o seu descompromisso com as teses jurídicas, visto ter ele o dever de fazer o melhor trabalho possível.

No caso, porém, segundo o ministro, o TCU entendeu que no parecer inexistiu análise sobre os requisitos legais necessários ao reajuste de preços, “sequer tendo informado sobre os riscos envolvidos”. Segundo o ministro, é razoável esperar do

³⁶ O acórdão está assim ementado: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO AO PAGAMENTO DE MULTA DETERMINADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA DO ADVOGADO. ERRO GROSSEIRO OU INESCUSÁVEL NÃO DEMONSTRADO. ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO. INVIOABILIDADE DE ATOS E MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA. RAZÕES DO AGRAVO INSUFICIENTES PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO JULGADO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 36.025. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 14 jun. 2021, DJe-115)

advogado diligente, além do conhecimento das cláusulas editalícias e das normas da lei de licitações,

(...) uma maior cautela do consultor com os procedimentos licitatórios, ao menos perquirindo as questões técnicas previstas em lei. Em caso de dúvida, deve o parecerista expor o espaço de delimitação da opinião jurídica e até mesmo informar acerca dos riscos jurídicos envolvidos. Assim, considerando a existência de dúvida plausível quanto ao cumprimento do dever de cautela do impetrante na elaboração do parecer, cuja solução demandaria profunda incursão probatória, a segurança foi denegada.

Interessante observar que no julgamento da medida cautelar os ministros observaram a preocupação em assegurar ao agente público a segurança em tomar decisões em contextos de indefinição e incerteza, o que pode ser especialmente observado nos votos dos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Carmén Lúcia, chegando o ministro Gilmar Mendes, em seu voto, trazer considerações sobre o que chama de “fundamentos constitucionais que devem estruturar regime republicano de responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos”.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, em 21 de maio de 2020, apreciou medida cautelar, na ADI 6.421³⁷, que questionava a inconstitucionalidade do artigo 28

³⁷ O acórdão está assim ementado: “Direito administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de Agentes Públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. 1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia. 2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”. 3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. 4. Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate 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

da LINDB (BRASIL, 1942), dos artigos 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019 (BRASIL) e de dispositivos da MP 966/2020 (BRASIL), que “Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”³⁸.

O argumento central da tese que sustentava a inconstitucionalidade de referidos dispositivos era, justamente, o de que eles limitariam a responsabilidade subjetiva do agente público à hipótese de culpa grave, enquanto a Constituição da República, no artigo 37, § 6º (BRASIL, 1988), exige tão-somente culpa ou dolo para a configuração dessa responsabilidade.

No julgado, o STF não se pronunciou sobre a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB, o que demandaria apreciação da complexa questão consistente na possibilidade de se limitar a responsabilidade dos agentes públicos em geral aos casos de erro grosseiro ou de dolo e, portanto, excluir sua responsabilidade na situação de culpa simples ou de erro escusável. Em sede de cautelar, o STF se limitou à análise da MP 966/2020 (BRASIL).

O ministro Roberto Barroso, em seu voto, destacou que o STF, nas questões relacionadas à proteção da vida e da saúde, adota como parâmetro a necessidade de observância (i) de “*standards* técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas”; e (ii) dos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. A inobservância de referidos parâmetros, assim, seriam indícios de erro grosseiro e de culpa grave, de modo que “as autoridades às quais compete decidir devem exigir que toda e qualquer opinião técnica sobre o tema explicita tais standards e evidências, bem como esclareça acerca da observância dos princípios da precaução e da

observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 6. Teses: “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 científicos 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”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 21 mai. 2020. DJe 270).

³⁸ A MP 966/2020 perdeu eficácia, em decorrência do término do prazo para sua votação no Congresso.

prevenção”. A inobservância desse dever de diligência e cuidado, no trato de bens de tamanha relevância, torna a autoridade corresponsável pelos danos decorrentes da decisão.

No mesmo sentido, o ministro Edson Fachin destacou que

O erro grosseiro e a culpa grave não devem ser conceitos jurídicos vagos, cláusulas em branco a serem preenchidas de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração. Ao contrário: é o interesse público na consecução dos direitos fundamentais que deve ser observado para colmatar tais conceitos.

Quando em causa decisões que envolvem a saúde pública, os fundamentos devem ser verificáveis e o gestor deve enumerar as razões consideradas. Haverá erro grosseiro e culpa grave uma vez que o gestor público desconsidere o consenso mínimo da comunidade científica e deixe de fundamentar, com total transparência, as decisões tomadas na formulação de políticas públicas, ensejando a hipótese de responsabilização, nos termos do art. 2º da MP n.º 966/2020.

É o que também restou afirmado pelo ministro Ricardo Lewandowski, ao assentar que os agentes públicos, especialmente envolvidos no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19, mereceriam ter maior resguardo jurídico para a tomada de relevantes decisões, porém devem observar, na elaboração e execução das políticas setoriais, “os padrões, as normas e os critérios científicos e técnicos das mais renomadas organizações nacionais e internacionais, sobretudo aquelas integrantes das Nações Unidas”, sob pena de caracterização de dolo ou erro grosseiro.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, fez-se considerações manifestando seu entendimento pela constitucionalidade do artigo 28 da LINDB (BRASIL, 1942). Argumentou que a jurisprudência do STF, ao interpretar artigo 37, § 6º, da Constituição da República (BRASIL, 1988), teria consagrado a chamada tese da dupla garantia, examinada no capítulo 2, que entende haver na norma um caráter protetivo do agente público, que apenas pode ser responsabilizado civil e administrativamente, desde que caracterizado o dolo ou culpa, perante a pessoa jurídica a que estiver vinculado. A seguir, o ministro Gilmar Mendes afirma que, diante da abertura semântica do conceito de culpa no artigo 37, § 6º, da Constituição da República (BRASIL, 1988), não seria vedado ao legislador ordinário, “com o intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor público, prever elementares culposas *qualificadas*, que pudessem trazer especificação normativa da conduta culposa moldada à práxis

da gestão pública regulamentada”, o que teria sido feito no artigo 28 da LINDB (BRASIL, 1942) e pela MP 966/2020 (BRASIL).

Observa-se que o ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que o artigo 28 da LINDB (BRASIL, 1942), assim como a MP 966/2020 (BRASIL), “não ilide tampouco atenua a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos, mas apenas qualifica a modalidade culposa aplicável”. Segundo o ministro, referidos dispositivos buscaram fixar parâmetros de aferição do erro grosseiro, os quais “são indicativos para o próprio Judiciário e órgãos de controle externo, que deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão”. Conclui, então, acompanhando o ministro Roberto Barroso, que, “na caracterização de erro grosseiro previsto na MP 966/020, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção”.

Interessante observar que no julgamento da medida cautelar os ministros observaram a preocupação em assegurar ao agente público a segurança em tomar decisões em contextos de indefinição e incerteza, o que pode ser especialmente observado nos votos dos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Carmén Lúcia, chegando o ministro Gilmar Mendes, em seu voto, trazer considerações sobre o que chama de “fundamentos constitucionais que devem estruturar regime republicano de responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos”.

Dos julgados supra referidos, é possível ver na jurisprudência do STF as seguintes teses:

i-) não é absoluta a garantia da inviolabilidade profissional do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão (artigo 133 da Constituição da República; artigo 2º, §3º, da Lei nº 8.906/1994), sendo ele civilmente responsável pelos danos causados a terceiros, desde que decorrentes de ato praticado com dolo ou culpa (artigo 186 do Código Civil; artigo 32 da Lei nº 8.906/1994);

ii-) não é possível a responsabilidade do advogado por mera discordância de interpretação entre o parecerista e o órgão de controle;

iii-) no caso de parecer obrigatório e vinculante, quando há efetiva partilha do poder decisório entre a autoridade executiva e o órgão consultivo, é possível a responsabilidade solidária deles;

iv-) “o erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliada desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 35.196 AgR. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 12 nov. 2019, DJe-022);

v-) é possível identificar, nos julgados do STF, alguns parâmetros para a definição *a contrario sensu* do erro grosseiro: existência de fundamentação doutrinária, de interpretação razoável das normas jurídicas e utilização de condicionantes de cautela no parecer; e

vi-) “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 científicos 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 internacionais 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” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 21 mai. 2020. DJe 270).

vii-) os órgãos de controle externo devem considerar os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão.

No próximo capítulo, a partir de proposta metodológica de Dionísio (2019) para aferição do grau de tolerabilidade do erro do agente público, e tendo presentes as teses supra retiradas da jurisprudência do STF, busca-se sistematizar parâmetros que

concretizariam uma cláusula geral do erro administrativo, ou seja, que isentariam o agente público da responsabilização pessoal por erro escusável.

CAPÍTULO 4. PARÂMETROS PARA A DEFINIÇÃO DO ERRO GROSSEIRO

Como visto no capítulo 2, além da responsabilidade objetiva, a norma do artigo 37, § 6º da Constituição da República prevê a ação regressiva para apurar a responsabilidade subjetiva, ou seja, com fundamento na culpa, do agente causador do dano. Ou seja, da norma constitucional derivam duas relações jurídicas com pessoas diversas e diversos fundamentos jurídicos: na primeira parte do dispositivo, regula-se a relação jurídica entre o Estado e o terceiro prejudicado, com fundamento na responsabilidade objetiva; na segunda parte, disciplina-se a relação jurídica entre o Estado e o agente causador do dano, com fundamento na responsabilidade subjetiva ou com culpa.

Viu-se, ainda, que não obstante entendimento doutrinário e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de não ser possível ao legislador infraconstitucional editar norma estabelecendo distinção entre culpa grave, leve ou levíssima, sob o fundamento de o artigo 37, § 6º da Constituição da República não trazer qualquer gradação da culpa para a ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, entende-se, no presente trabalho, correta a interpretação de Binenbojm e Cyrino (2018, pp. 216/217) no sentido de que “não existe uma interdição constitucional a que o legislador democrático densifique o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade reste configurada”.

A Constituição da República, no artigo 37, § 6º, “deixou em aberto o conceito de culpa, permitindo ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de gradação da culpa indutora de responsabilidade” (MAFFINI; CARVALHO, 2020), o que fez por meio do artigo 28 da LINDB, que passou a exigir um grau elevado de culpa para que se constate a inescusabilidade do erro cometido, ao prescrever que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL, 1942). “Optou-se, a partir do referido dispositivo, por ampliar o espaço de tolerância jurídica a erros cometidos por agentes públicos no exercício da função” (DIONÍSIO, 2019, pp. 119/120).

No presente capítulo, procura-se, através de revisão bibliográfica, especialmente da metodologia proposta por Dionísio (2019), e dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal referidos no capítulo 3, sistematizar parâmetros que

concretizariam uma cláusula geral do erro administrativo, ou seja, que isentariam o agente público da responsabilização pessoal por erro escusável.

4.1. Justificativa para adoção de parâmetros mais objetivos para a responsabilização pessoal do agente público por erro no exercício da função administrativa

Nos Direitos Penal e Civil, entende-se que a aferição da culpa do agente causador do dano deve ser feita: i-) tendo como parâmetro um modelo abstrato e ideal de comportamento (o padrão do homem médio ou do *bonus pater familias*); ou ii-) considerando as circunstâncias objetivas do caso e as capacidades pessoais do indivíduo. Transportando para o Direito Administrativo, a culpa do agente público e, conseqüentemente, a definição do erro tolerável, teria como parâmetro, segundo a concepção abstrata, o modelo do administrador médio ou, segundo a concepção concreta, suas circunstâncias pessoais. Questiona-se se esses métodos seriam apropriados para a responsabilização pessoal do agente público no exercício da função administrativa.

Critica-se o critério puramente subjetivo, consistente na aferição da culpa a partir apenas da consideração das circunstâncias objetivas do caso e as capacidades pessoais do agente público, pois a responsabilização pessoal segundo a qualificação individual teria como consequência o afastamento do serviço público de profissionais mais qualificados³⁹, além de criar dificuldades operacionais para o órgão de controle em razão da dificuldade prática de demonstração da culpa em concreto⁴⁰.

O método de se aferir a culpa do agente público tendo como parâmetro um modelo abstrato e ideal de comportamento, o do administrador médio, foi adotado pelo

³⁹ Segundo Dionísio, "A adoção de um critério individualizador tem como contraditório efeito a imposição de um grau de diligência menor aos agentes públicos que possuam uma deficiente formação escolar ou àqueles que tenham obtido limitadas experiências práticas anteriores. (...) A variação no rigor da análise da culpa de forma inversamente proporcional às capacidades tende a desestimular a qualificação de atuais ocupantes de cargos na Administração e a afastar bons profissionais do serviço público. Nessa medida, desatende à preocupação trazida em diversos momentos pela Constituição Federal brasileira com a excelência da gestão pública e, por conseguinte, dos agentes que apresentam o Estado" (2019, p. 124)

⁴⁰ Segundo Dionísio, "É extremamente difícil, senão impossível, aos órgãos de controle analisar o estado anímico de seus fiscalizados e identificar os impulsos psicológicos que determinaram o cometimento de um ilícito culpável" (2019, p. 125)

Tribunal de Contas da União, no acórdão 1.628/2018⁴¹, Plenário, relator ministro Benjamin Zymler, julgado em 18 de julho de 2018⁴². De fato, esse era o parâmetro usado pelo Tribunal de Contas da União, como observou Palma (2018b), em artigo de referência, pela análise de 133 acórdãos:

Dentre as várias métricas que o TCU se vale para responsabilizar, a do administrador médio é a mais pitoresca. Nada menos de 133 acórdãos se referem a ela. O teste consiste em comparar o comportamento avaliado com o esperado do administrador médio, tomado como razoável (“razoabilidade da conduta”); se a carapuça do administrador médio não servir, responsabiliza-se. As sanções somente seriam manejadas em situações extremas, quando fosse “*nítido o distanciamento do critério de atuação esperado, considerando a também vaga noção de administrador médio*”, ou quando fossem “*descumpridas determinações anteriores*” (Ac. 2575/2014; Ac. 2160/2014).

Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010). (PALMA, 2018b).

Portanto, a crítica que se faz ao modelo que usa o referencial do administrador médio é que, na ausência de parâmetros normativos para sua definição, mantém-se aberto o espaço para que o órgão de controle determine o próprio parâmetro de controle que empregará, comprometendo a segurança jurídica. Nesse sentido, Ribeiro

⁴¹ Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1628/2018 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler, julgado em 17 out. 2018, Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2290745/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁴² Lê-se, no acórdão: “Entendo, pois, que a conduta desse responsável foge do referencial do “*administrador médio*” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que os agentes respondam pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018)”.

escreve, ao comentar o veto ao §1º do artigo 28 da LINDB (BRASIL, 1942), que trazia parâmetros legais para definição do “erro grosseiro”, que

Ausentes os parâmetros positivos ou negativos legalmente dispostos para delimitar o erro grosseiro, manteve-se espaço para que o Tribunal de Contas siga determinando o próprio parâmetro de controle que empregará. Definindo parâmetros para si, nada melhor do que fazê-lo elasticamente, de preferência com categorias inexistentes, e assim vazias de substância. Assim, dê-se as boas-vindas ao “administrador médio”, aquele que nem o TCU sabe quem é, mas avoca para si a competência para dizê-lo, no caso concreto, ao “avaliar a razoabilidade” da conduta sob exame. Por vezes, acrescenta: administrador médio, cauteloso e diligente. (RIBEIRO, 2018).

Por outro lado, o critério do administrador médio é objeto de crítica, pois desconsidera as diferentes e complexas realidades enfrentadas pelo agente público no exercício da função, contrariando a norma do artigo 22 da LINDB (BRASIL, 1942), o princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição da República⁴³) e à concepção material do princípio da igualdade (DIONÍSIO, 2019, p. 127)⁴⁴.

Nesse sentido, conforme conclui Dionísio, tem-se que a metodologia consistente na aferição da culpa a partir do referencial do “administrador médio” ou a partir da consideração das circunstâncias concretas e das capacidades pessoais do indivíduo, não se mostra a mais adequada para a responsabilização pessoal do agente público por erro. A necessidade de se desenvolver parâmetros para a definição do erro grosseiro é um imperativo para se criar um ambiente de segurança jurídica na aplicação do artigo 28 da LINDB, reduzindo-se o campo para abusos e subjetivismos dos órgãos de controle.

A exemplificar a atualidade do problema, observa-se a controvérsia instalada no âmbito do Tribunal de Contas da União sobre o conceito de erro grosseiro. É que,

⁴³ “Art. 5º (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;” (BRASIL, 1988).

⁴⁴ “Circunstâncias externas ao agente, como o desaparecimento técnico da estrutura administrativa gerida e a falta de recursos devem ser consideradas pelos órgãos de controle. Utilizar um padrão único de diligência e razoabilidade para avaliar todos os administradores, independentemente das circunstâncias práticas que tenham imposto, limitado ou condicionado sua ação, bem como das peculiaridades do cargo exercido, promove a idealização dos fatos com os quais agentes públicos lidam em seu dia-a-dia. Presumir que diferentes gestores exerçam seu múnus em condições ideais ou mesmo idênticas é ignorar a realidade que os cerca.” (DIONÍSIO, 2019, p. 127)

após ter definido, no acórdão nº 2.391⁴⁵, Plenário, da relatoria do ministro Benjamin Zymler, julgado em 17 de outubro de 2018, balizas para a compreensão do conceito de “erro grosseiro”, associando-o à culpa grave, que decorreria de uma desatenção acima do ordinário⁴⁶, o Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 2.012⁴⁷, da relatoria do ministro António Anastasia, julgado em 03 de maio de 2022, teria voltado a adotar o modelo do “administrador médio” como padrão de controle.

No próximo tópico, procura-se analisar alguns parâmetros para a definição do erro grosseiro, de modo a se reduzir o campo para abusos e subjetivismos dos órgãos de controle, assegurando maior segurança para a tomada de decisão pelo agente público, pretensão declarada do legislador infraconstitucional com a edição da Lei nº 13.655/2018 (BRASIL).

4.2. Parâmetros para definição do erro grosseiro

O projeto da Lei nº 13.655/2018, como visto no capítulo 1, foi parcialmente vetado pelo Presidente da República, nos termos da Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA). Dentre os dispositivos vetados, destaca-se o artigo 28, § 1º da LINDB que previa não se considerar “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

⁴⁵ Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2391/2018. Relator: Ministro Benjamin Zymler, julgado em 17 out. 2018, Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2287602%22>. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁴⁶ Ao comentar o acórdão nº 2.391, do Tribunal de Contas da União, escreve Niebuhr que ele “foi o *leading case* acerca do que se deve entender por erro grosseiro. Segundo o ministro, o erro grosseiro [...] é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave (TCU, 2018, online). Até então, o TCU avaliava a responsabilidade dos agentes públicos sob a régua do “administrador médio”, uma espécie de adaptação para a administração pública do “*bonus pater familias*”, homem comum ou médio que costuma adotar grau de diligência normal. (...) Com a Lei nº 13.655/2018, diante do artigo 28 da Lindb, a régua não poderia mais ficar na altura do “administrador médio”, porque a responsabilização dependeria de uma desatenção acima da média, “além do ordinário”. Agora, conforme o Acórdão nº 2.391/2018, a responsabilização do agente público demandaria culpa grave, caracterizada por falta de diligência extremada, quase que intencional — *culpa lata dolo aequiparatur* (culpa grave é equiparada ao dolo) (2023).

⁴⁷ Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2012/2022 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Antonio Anastasia, julgado em 03 mai. 2022, Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2533530%22>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais” (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

O dispositivo vetado trazia um parâmetro que conferia uma zona de certeza negativa, ao afirmar o que não deveria ser tido por erro grosseiro – “decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável” –, estabelecendo, na parte final, que a não aceitação posterior pelos órgãos de controle ou judiciais não infirmariam as fronteiras daquela zona de certeza negativa (RIBEIRO, 2018).

A justificativas para o veto foram discutidas, no presente trabalho, no capítulo 1, lembrando-se que, na Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA), indicou-se como razão de veto ao § 1º do artigo 28, que

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

Ao comentar o veto, Marques Neto e Freitas afirmam que ele seria uma tentativa de “repristinam a responsabilização do agente público amparado por manifestações técnicas decorrentes do exercício regular da advocacia pública” (2019, p. 138). Porém, não obstante o veto, observa-se estar garantida, pelo ordenamento jurídico (artigo 133 da Constituição da República; artigo 2º, § 3º da Lei nº 8.906/1994), a inviolabilidade das manifestações dos advogados públicos, conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal⁴⁸ (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 138), como visto no capítulo 3.

Não obstante o veto ao artigo 28, § 1º da LINDB, o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 (BRASIL), que regulamenta o disposto nos artigos 20 ao 30 da LINDB,

⁴⁸ Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.631/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 09 ago. 2007. DJe 018, em que restou afirmado, na ementa do acórdão: “É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo 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”.

como visto no capítulo 1, trouxe dispositivos normativos dos quais é possível extrair parâmetros mais objetivos para a definição do erro grosseiro, os quais, como se verá, estão presentes em acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

A seguir, destacar-se-á os parâmetros que podem ser extraídos de referido dispositivo, os quais, conjugados com a prescrição do artigo 22, *caput* e § 1º, da LINDB⁴⁹, permitirá construir uma metodologia para aferição da responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões e opiniões técnicas em caso de erro grosseiro.

Dionísio propõe, para a verificação da tolerabilidade do erro cometido pelo agente público no exercício das funções, quatro parâmetros operacionais, os quais devem ser avaliados retrospectivamente ao momento da tomada de decisão, quais sejam: “(i) a diligência do gestor, cujo grau mínimo exigido variará de acordo com a urgência e a importância da decisão, bem como com os obstáculos materiais à obtenção de informações relevantes; (ii) as específicas exigências do cargo ocupado pelo administrador; (iii) o nível de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão analisada e, finalmente, (iv) o grau de aderência da decisão às informações reunidas” (DIONÍSIO, 2019, p. 120). Trata-se de metodologia, como se demonstrará a seguir, que guarda compatibilidade com as disposições do artigo 22, *caput* e seu § 1º, da LINDB, do artigo 12 do Decreto nº 9.830/2019 e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O parâmetro da diligência impõe a necessidade de se considerar se as informações relevantes e suficientes para a tomada de decisão foram obtidas pelo administrador público, no processo de decisório, sempre observando as circunstâncias da época, pois “há fatores, como a urgência da solução administrativa e as dificuldades materiais enfrentadas, que poderão justificar a omissão na coleta dessas informações.” (DIONÍSIO, 2019, p. 136). Trata-se, a obtenção de informações jurídicas e técnicas relevantes e suficientes para a tomada de decisão, de dever do administrador público, que deve considerar as consequências práticas da decisão,

⁴⁹ “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”. (BRASIL, 1942)

bem como demonstrar, na motivação, sua necessidade e adequação, inclusive em face das possíveis alternativas⁵⁰.

A exigência de obtenção de informações jurídicas e técnicas relevantes e suficientes, como critério para a aferição da tolerabilidade do erro, pode ser observada no acórdão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI 6.421, da relatoria do ministro Roberto Barroso, julgado em 21 de maio de 2020, em que se assentou que:

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 científicos 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 21 mai. 2020. DJe 270).

Assim, é certo que o administrador público deve ser diligente na instrução do processo decisório, porém não se pode ignorar a existência de limites cognitivos do administrador, a quem é virtualmente inviável acessar todas as informações que tenham alguma relevância para a tomada de decisão (DIONÍSIO, 2019, p. 137). O administrador se defronta com tempo e recursos escassos e um conjunto de problemas a resolver, sendo que “a busca de novas informações possui um custo que, em determinados casos, supera os prejuízos econômicos e sociais decorrentes do risco de um equívoco decisório” (DIONÍSIO, 2019, p. 137). Assim, não seria razoável exigir que o gestor obtenha todas as informações, mas deve-se observar se ele foi diligente em obter aqueles que “eram razoavelmente acessíveis diante do contexto decisório” (DIONÍSIO, 2019, p. 137).

⁵⁰ Nesse sentido prescreve o artigo 20 da LINDB (BRASIL, 1942) que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Na apreciação da responsabilização pessoal do administrador público por erro grosseiro, deve-se observar alguns fatores que influenciam diretamente o nível de diligência dele exigível, como é o caso da urgência e a importância da decisão, bem como com os obstáculos materiais à obtenção de informações relevantes. Quanto mais urgente a decisão, maior a margem para a incidência de erros, pois a situação demandará um processo decisório mais acelerado e menos refletido. Do mesmo modo, quanto mais importante a decisão, maior o nível de diligência exigido, sendo menor o espaço de tolerância a erros (DIONÍSIO, 2019, p. 142). Conforme Dionísio,

(...) a reunião de dados relevantes e a realização de reflexões profundas a respeito da escolha a ser realizada tomam tempo e recursos d).a Administração Pública. A realização de estudos técnicos, a elaboração de pareceres, a coleta de documentos pertinentes e o aprofundamento de outras diligências geram custos econômicos relevantes ao Estado.

O grau de cautela, desse modo, deve ser justificado pela relevância da matéria que é objeto da decisão. Não se espera que o administrador público seja demasiadamente diligente ao realizar escolhas pouco relevantes, como é o caso de pequenas e esporádicas aquisições. O excesso de diligências, nesses casos, revelará ineficiência na administração do estoque decisório. De outro lado, em escolhas especialmente importantes, demanda-se um grau de prudência superior ao usual. A escassez de tempo e recursos determina que decisões sejam hierarquizadas pelo gestor. (2019, p. 142).

A necessidade de observância das dificuldades materiais para instrução do processo decisório, como visto, está expressamente prevista no artigo 22, *caput* e § 1º, da LINDB (BRASIL, 1942), que prescrevem que os órgãos de controle e judiciais devem considerar as circunstâncias objetivas do caso concreto – os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências específicas do cargo, bem como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Como reconhece o dispositivo legal, o nível de diligência exigido do administrador público é influenciado pelos obstáculos materiais à obtenção e instrução do processo decisório, sendo de conhecimento comum a “realidade do setor público brasileiro, em que, apesar das exigências jurídicas de isonomia, há uma sensível heterogeneidade financeira, técnica e material entre os diferentes entes que compõem a Federação, sobretudo os municipais” (DIONÍSIO, 2019, p. 146).

O artigo 22 da LINDB, ainda, fala em “exigências específicas do cargo”, fator relevante para aferir o erro escusável do administrador público, como também reconhece o artigo 12, § 4º, do Decreto nº 9.830/2019 (BRASIL), ao prescrever que “a

complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público” (BRASIL, 2019).

Em relação à exigência do cargo, afirma-se que não deve ser considerada, ou seja, a responsabilização do administrador público não deveria ser afastada pelo fato dele não possuir conhecimentos técnicos em relação ao objeto da decisão, ainda que a tenha fundamentado em parecer técnico-jurídico emitido pelo órgão competente (DIONÍSIO, 2019, p. 149). Argumenta-se que “cabe somente ao administrador – e não ao parecerista que fornece a opinião –, de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade, a palavra final a respeito da edição ou não do ato administrativo” (DIONÍSIO, 2019, p. 149), ressalvada a hipótese de parecer obrigatório e vinculante, em que há efetiva partilha do poder decisório entre a autoridade executiva e o órgão consultivo conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado, como visto no capítulo 3, no MS 24.631, julgado em 09/08/2007, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa.

Não obstante, a análise do caso concreto poderá revelar a ocorrência de “indução do administrador a erro devido a informações que instruíram seu processo decisório e sobre as quais ele não possui – e, sobretudo, não deveria possuir em razão do cargo ocupado – conhecimentos técnicos” (DIONÍSIO, 2019, p. 149), circunstância esta que deve ser considerada pelos órgãos de controle quando da análise da tolerabilidade de eventual erro cometido. Nesse sentido foi o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal no MS 31.815⁵¹, julgado em 08 de março de 2021, da relatoria da ministra Rosa Weber, em que se afastou a responsabilidade do parecerista pelo erro grosseiro em razão da impossibilidade de se cobrar dele informações técnicas que não seria obrigado a conhecer pela exigência do cargo⁵².

⁵¹ Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31.815. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 08 mar. 2021, DJe-066.

⁵² Lê-se na ementa do acórdão: “(...) o TCU afirmou que o parecerista deveria ter se oposto à conduta de seus superiores. Tal obrigação, porém, implica exigir do parecerista conhecimentos profundos de informática (para detectar as imprecisões das condicionantes tecnológicas a ele repassadas), quando a conclusão firmada pelo TCU no sentido da impropriedade da fundamentação técnica para afastar a licitação só foi firmada depois de inspeção realizada por servidores do Tribunal sobre a estrutura da instituição contratante. A conduta exigida pelo TCU obrigaria o parecerista a vislumbrar, a partir de conhecimento que não é obrigado a possuir, a preexistência de um conluio na alta administração do banco por meio do qual argumentos técnicos imprecisos da área de tecnologia estariam sendo usados com intenção fraudulenta. 3. Também não é possível atribuir ao parecerista responsabilidade decorrente do fato de que a direção do banco não acatou as ressalvas por ele sugeridas. Tal imputação,

Assim, se o fato de o agente público não possuir formação técnica relacionada à decisão não é suficiente, em regra, para isentá-lo de responsabilidade pelo erro, a análise do caso concreto poderá determinar sua escusabilidade, pois

Em verdade, a indução do administrador público a erro por órgãos com expertise institucional para tratar de temas técnicos, a depender das peculiaridades da hipótese concreta, poderá tornar a incidência do equívoco inevitável, excluindo, assim, sua culpa e responsabilidade pessoal. Não por outro motivo, ver-se-á à frente que o grau de aderência do gestor às informações obtidas em seu processo decisório constitui um dos standards de análise do erro. (DIONÍSIO, 2019, p. 150).

Ainda influencia o processo de tomada de decisão, comprometendo-o e aumentando os riscos de erro, as incertezas fáticas e jurídicas demandadas pela situação. Este parâmetro também tem fundamento no artigo 22, parágrafo único, da LINDB, ao estabelecer que na avaliação da regularidade da ação administrativa, devem ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (BRASIL, 1942).

Em relação ao parâmetro em questão, lembra-se a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar a medida cautelar na ADI 6.421⁵³, da relatoria do ministro Roberto Barroso, em 21 de maio de 2020, que se afirmou que, se o ineditismo da situação de emergência decorrente da pandemia da covid-19, gerador de um contexto de grandes incertezas fáticas, justificava assegurar ao administrador público um maior resguardo jurídico para a tomada de decisão relevantes, por outro lado, não se pode deixar de lhes exigir que a observância de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, bem como os princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

além de alheia à esfera de atuação possível do parecerista, contradiz a leitura ampla da controvérsia realizada pelo próprio órgão de controle, segundo a qual o conluio da diretoria era prévio – e, portanto, desde sempre deveria indicar a rejeição de qualquer objeção à obtenção do intuito perseguido, por mais precisa que fosse. 4. No julgamento do MS nº 35196/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe de 05.02.2020, algumas balizas foram estabelecidas para filtrar excessos na imputação de responsabilidade aos pareceristas jurídicos, como a necessidade de ponderação da culpa de modo proporcional ao real poder decisório, o reconhecimento da assimetria de informações relacionadas a temas não jurídicos, a natural convivência de divergência de opiniões em assuntos legais e a possibilidade de registro de condicionantes de cautela em tais manifestações. Tais filtros, como visto, não foram respeitados no presente caso. “ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31.815. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 08 mar. 2021, DJe-066.)⁵³ Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 21 mai. 2020. DJe 270.

Sobre a incerteza jurídica, Abboud, Freitas e Simões, ao sugerirem parâmetros mínimos para o órgão de controle aferir a tolerabilidade do erro do agente público, observam a necessidade de observar sua aderência aos precedentes do Tribunal de Contas da União, ao afirmar que

Caso haja violação a regras (legalidade estrita) ou a princípios (bloco de juridicidade), bem como a súmulas do TCU que se limitam a replicar, com outras palavras e de forma mais sistematizada, o conteúdo de regras jurídicas, restará *a priori* evidenciado o erro grosseiro e, por consequência, a culpa grave. Por outro lado, se a regra contiver palavra ou expressão genérica ou imprecisa (conceito jurídico indeterminado), ou se o agente estiver diante de situação que evidencie colisão de princípios (a exemplo da adoção de uma solução inovadora que, a despeito da ausência de previsão legal, prestigia a eficiência administrativa), ou ainda se houver violação a súmula do TCU que tenha por objetivo oferecer a melhor interpretação acerca de uma regra jurídica de conteúdo vago, aberto, restará evidenciado o erro ensejador da culpa, o qual, segundo a Lindb, não mais permitirá a responsabilização do agente público. (ABBOUD, FREITAS, SIMÕES, 2023).

Além da exigência de aderência do administrador aos precedentes dos órgãos de controle que, para ser efetiva, depende de “uma construção jurisprudencial íntegra e coerente pelo próprio TCU” (ABBOUD, FREITAS, SIMÕES, 2023), deve-se considerar também o grau de aderência às informações técnicas e jurídicas que instruíram o processo decisório (DIONÍSIO, 2019, p. 154), pois ao se afastar destes dados o administrador público assume maior risco de cometer erros. É certo, porém, que a simples divergência em relação às informações técnicas e jurídicas não implicará necessariamente a responsabilidade pessoal do administrador público pelo erro, pois “é possível que, no caso concreto, ele possua razões aparentemente legítimas (ainda que equivocadas) para contrariar tais dados” (DIONÍSIO, 2019, P. 156).

Em síntese, entende-se que esses seriam alguns parâmetros a serem considerados para a definição do erro grosseiro, de modo a se reduzir o campo para abusos e subjetivismos dos órgãos de controle, assegurando maior segurança para a tomada de decisão pelo agente público, pretensão declarada do legislador infraconstitucional com a edição da Lei nº 13.655/2018. Compreende-se que a observância destes parâmetros (grau de diligência do administrador, exigências específicas do cargo, nível de incertezas fáticas e jurídicas e de aderência às informações disponíveis no processo decisório), que devem ser avaliados retrospectivamente ao momento da decisão, ou seja, considerando as circunstâncias

práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, cumprem a pretensão finalística do artigo 22 da LINDB que, como escrevem Marques Neto e Freitas, “incorpora o pragmatismo ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador”⁵⁴, perspectiva segundo a qual “o exercício do controle deve ser orientado, por soluções pragmáticas, predadoras da avaliação do contexto no qual a conduta examinada foi praticada” (2019, p. 57), impondo referido dispositivo

(...) um parâmetro concreto para a avaliação de condutas de modo que o controlador, na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrantes deônticos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária). (MARQUES NETO; FREITAWS, 2019, p. 59).

De todo modo, vale a advertência de Sundfeld, ao apontar a cautela de parte da literatura que destaca um possível limite para essa aposta pragmática da LINDB, que poderia comprometer sua plena efetividade prática, pois a ausência na própria LINDB de “critérios para neutralizar dificuldades do controlador na construção das decisões, pode ser insuficiente para, como pretendeu fazer, reduzir incertezas dos processos decisórios públicos” (2022, p. 144, nota de rodapé 55).

Nesse sentido, entende-se que melhor seria se houvesse previsão expressa dos parâmetros para definição do erro grosseiro no texto normativo, o que reduziria o campo para subjetivismos do controlador e aumentaria a segurança para a tomada da decisão, sem ignorar, porém, a advertência de Motta e Noraha de que “as soluções legais (terapêutica ou “tratamento” normativo) apresentados nem sempre se mostram capazes de responder devidamente ao estado de coisas encontrado”, pois “a boa aplicação da lei depende da prudência e equilíbrio daquele que a aplica” (2020).

⁵⁴ Esse também é o entendimento de Sundfeld, para quem “O dispositivo adota visão realista, pragmática ou empirista do direito público, presente em parte da literatura brasileira mais recente como forma relativamente cética de enxergar as contribuições e limitações das normas e racionalizações jurídicas frente à realidade concreta da gestão pública. É uma literatura cujos diagnósticos tentam se amparar menos em ideias gerais do que em evidências sobre o funcionamento real das instituições jurídicas. (...) Os publicistas com visão realista pretendem se contrapor a uma concepção mais tradicional, cujo viés idealizante e confiante na centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social a faz pouco simpática, na interpretação e aplicação das normas administrativas, a aceitar um pressuposto, caro aos realistas, de que o mundo real é por demais incerto, imperfeito e fragmentado para ser julgado apenas, ou sobretudo, a partir de idealizações abstratas” (2022, pp. 140/141).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se discutir, no trabalho, a definição de parâmetros para a responsabilização do agente público por suas opiniões técnicas e decisões, especialmente o reconhecimento de um espaço de tolerância do erro administrativo, com o objetivo de se garantir segurança jurídica para a tomada de decisão pelo gestor público.

Como visto, o exercício disfuncional do controle disfuncional da Administração Pública, especialmente a partir do modelo adotado a partir da Constituição da República de 1988, marcado pela expansão do controle público, tanto quantitativamente (crescimento do número de órgãos e instituições), como qualitativamente (aumento das normas do ordenamento jurídico, pautadas em princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, em normas de textura aberta), tem como consequência efeitos colaterais que podem comprometer a eficiência administrativa.

O exercício disfuncional do controle público, dentre outros efeitos colaterais negativos, provocaria a paralisia decisória. O agente público, para evitar os riscos da responsabilização jurídica, não se preocuparia mais em decidir conforme o interesse público, de modo eficiente ou na busca da boa gestão pública, mas antes buscaria a blindagem decisória e a autoproteção através de estratégias de fuga de responsabilização.

A insegurança jurídica para a tomada de decisão seria inibidora de práticas experimentalistas na gestão pública e criaria incentivos para a submissão acrítica e imediata às orientações dos controladores, os quais, sobre não possuírem legitimidade democrática e capacidade institucional para substituir as escolhas administrativas do gestor público, pois inverteria o arranjo constitucional e legal das atribuições dos poderes estatais.

O problema é potencializado numa sociedade complexa e de risco, permeada de incertezas, em que o erro deve ser esperado, como pôde ser observado no recente cenário de emergência sanitária derivada da pandemia da Covid-19, provocada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2).

Nesse sentido, a Lei nº 13.655/2018 (BRASIL), trouxe dispositivos com a pretensão de assegurar maior segurança jurídica para a tomada de decisão pelo agente público, como é o caso do artigo 28 da LINDB, que introduziu, no sistema jurídico, um espaço de tolerância do erro administrativo, ao restringir a responsabilização pessoal do agente público, por suas decisões ou opiniões técnicas, às hipóteses de dolo ou erro grosseiro.

Procurou-se, no trabalho, responder às seguintes questões: A previsão de um espaço de tolerância ao erro administrativo é compatível com o sistema de responsabilidade do agente público estabelecido na Constituição da República? Quais os parâmetros para a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas no caso de erro grosseiro?

Concluiu-se haver compatibilidade da norma do artigo 28 da LINDB, que restringiu a responsabilização pessoal do agente público, por suas decisões ou opiniões técnicas, às hipóteses de dolo ou erro grosseiro, com a Constituição da República, especificamente com o seu artigo 37, § 6º, que deixou em aberto o conceito de culpa, não havendo impedimento ao legislador infraconstitucional editar norma estabelecendo distinção entre culpa grave, leve ou levíssima, havendo, no ordenamento jurídico, normas jurídicas que restringem a responsabilidade pessoal de determinados agentes públicos que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada.

Essa restrição da responsabilidade é justificada como instrumento de garantia de independência e preservação de espaço de livre convencimento, o que estaria comprometido se houvesse o risco de responsabilização. Seria, portanto, justificável pragmaticamente a opção do legislador infraconstitucional.

Viu-se, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diferenciava os critérios de responsabilização do administrador e do advogado público parecerista. Enquanto este, por emitir mera opinião técnico-jurídica não vinculante, que se presta apenas a orientar o administrador na tomada de decisão, responde apenas no caso de dolo ou erro grosseiro, o administrador seria responsável no caso de dolo ou culpa

simples. Porém, com o artigo 28 da LINDB, unificou os critérios para todos os agentes públicos.

Não obstante ainda não ter se pronunciado, em sede de controle concentrado e abstrato, sobre a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB, é possível extrair da sua jurisprudência parâmetros para a responsabilização do parecerista, os quais podem ser estendidos aos demais agentes públicos em razão da unificação dos critérios de responsabilização introduzido pelo artigo 28 da LINDB.

Dos julgados do Supremo Tribunal Federal analisados foi possível extrair os seguintes parâmetros: i-) não é possível a responsabilização pessoal do agente público por mera discordância de interpretação do órgão de controle; ii-) não configura erro grosseiro a decisão com fundamentação doutrinária, interpretação razoável das normas jurídicas e utilização de condicionantes de cautela; iii-) configura erro grosseiro a não observância de normas e critérios científicos e técnicos tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, e dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e iv-) os órgãos de controle externo devem considerar, na aferição da culpa do agente público por erro grosseiro, os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão.

É certo que melhor seria se houvesse previsão expressa dos parâmetros para definição do erro grosseiro no texto normativo, o que reduziria o campo para subjetivismos do controlador e aumentaria a segurança para a tomada da decisão. Porém, como visto, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tratou especificamente da responsabilidade pessoal do parecerista, é possível extrair parâmetros para definição do erro grosseiro, quais sejam: i-) o grau de diligência do administrador; ii-) as exigências específicas do cargo; iii-) o nível de incertezas fáticas e jurídicas; e iv-) o grau de aderência às informações disponíveis no processo decisório. Trata-se de parâmetros que devem ser avaliados retrospectivamente ao momento da decisão, ou seja, considerando as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, conforme prescreve o artigo 22 da LINDB.

Por fim, observa-se que, não obstante o otimismo com que foi recebido pela doutrina, os objetivos da inovação legislativa poderiam ser frustrados, pois a aplicação da lei depende da prudência e equilíbrio do órgão controlador e judicial.

REFERÊNCIAS

Doutrina

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A responsabilidade extracontratual da Administração Pública na Constituição brasileira de 1988**, pp. 280/315. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro: volume II: organização do Estado e dos poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BEZNOS, Clovis. **Responsabilidade extracontratual do Estado - a responsabilidade exclusivamente regressiva do agente público em face do princípio da impessoalidade**. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al. (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 119-125.

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://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7448/2017**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Parecer nº 00114/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU**. 2018 (obtido mediante solicitação de acesso à informação com base na Lei nº 12.527/2011).

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado 349, de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1593913219661&disposition=inline>. Acesso em: 14 jan. 2023.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado** [livro eletrônico]. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 3,0Mb; PDF.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**: contexto, fundamentos e parâmetros. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2019. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9448>. Acesso em: 15 jan. 20223.

FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. 2018. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>. Acesso em 09 jun. 2023.

FERRAZ, Sergio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 188, p. 64-73, 1992.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise de ineficiência pelo controle. **Revista Direito do Estado**, Salvador, nº 71, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 14 jan. 2023.

MAFFINI, Rafael Da Cás; CARVALHO, Guilherme. MP 966: vacina indevida ou precaução normativa?. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/mp-966-vacina-indevida-ou-precaucao-normativa>. Acesso em 09 jun. 2023.

MAKSYM, Cristina Borges Ribas; ZAITTER, Rafael Henrique Castilho. **A nova LINDB e as questões relacionadas à responsabilidade civil do Estado**. pp. 73/97. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luiz Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários À Lei Nº 13.655/2018**: Lei da Segurança para A Inovação Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinioao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em 25 jan. 2023.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o Ato Administrativo. **Revista Direito do Estado**. Salvador, nº 289, 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em 17 jan. 2023.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018 (livro eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I: administração pública; volume 10).

NIEBUHR, Joel. O Erro Grosseiro—Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. Blog da Zênite. 2018. Disponível em https://zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/?doing_wp_cron=1684866145.2977209091186523437500 Acesso em 09 jun. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 6. Edição, São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 91-116, out./dez. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **O PL da Segurança Jurídica e as Pesquisas Acadêmicas**. 2018a. Disponível em <https://sbdp.org.br/2018/04/23/a-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica-na-gestao-e-do-controle-publicos-e-as-pesquisas-academicas/> Acesso em: 14 jan. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o “administrador médio” do TCU?. Jota, 22 ago 2018b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em 25 jan. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SILVA, Almiro do Couto e. **A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro**. 2015, pp. 311/336. In: Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2006

SUNDFELD, Carlos Ari. **Controle sabotando controle**. Negociação de acordos de leniência com empresas da Lava Jato mostra alguns defeitos do sistema. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/controle-sabotando-controle-22032017>. Acesso em: 21 jan. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Os controles públicos, a necessidade de reformas e a LINDB**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo: O Novo Olhar da Lindb. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

Legislação

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de

Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, 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/Del4657.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10480.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 12 de jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016**. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2016/lei/l13327.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-

[2018/2018/lei/l13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13655.htm). Acesso em: 14 de jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.600, de 19 de junho de 2023**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 14.204, de 16 de setembro de 2021, 11.445, de 5 de janeiro de 2007, 13.334, de 13 de setembro de 2016, 12.897, de 18 de dezembro de 2013, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 9.069, de 29 de junho de 1995, e 10.668, de 14 de maio de 2003; e revoga dispositivos das Leis nºs 13.844, de 18 de junho de 2019, 13.901, de 11 de novembro de 2019, 14.261, de 16 de dezembro de 2021, e as Leis nºs 8.028, de 12 de abril de 1990, e 14.074, de 14 de outubro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2023-2026/2023/Lei/L14600.htm#art78. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 25 jan. 2023.

Decisões

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 35.196**. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 12 de nov. 2019, DJe-022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31.815**. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 08 mar. 2021, DJe-066.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 36.385**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 17 de fev. 2021, DJe-031.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 36.025**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 14 jun. 2021, DJe-115.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.073**, Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 06 nov. 2002, DJ 31 out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.584**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09 ago. 2007, DJe-112.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.631**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 09 ago. 2007. DJe 018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 30.892**. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 08 jun. 2020, , DJe-156

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421**. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 21 mai. 2020. DJe 270.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327.904**. Relator: Ministro Carlos Britto, julgado em 15 ago. 2006. DJ 08 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.027.633**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 14 ago. 2019. DJe-268.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1628/2018 - Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymler, julgado em 17 out. 2018, Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2290745/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2391/2018 - Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymler, julgado em 17 out. 2018, Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2287602%22>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2012/2022 – Segunda Câmara**. Relator: Ministro Antonio Anastasia, julgado em 03 mai. 2022, Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2533530%22>. Acesso em: 20 jun. 2023.