

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

NEWTON CESAR PILAU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Raymundo Juliano Feitosa; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-723-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com satisfação, apresentamos a publicação que sistematiza os trabalhos apresentados no GT DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II no bojo da programação do Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em junho de 2023. Reunindo pesquisadoras e pesquisadores das diversas regiões brasileiras, representativas de distintas Instituições de Ensino Superior e programas de pós-graduação acadêmicos e profissionais da área do Direito, o GT foi um ambiente apropriado para a apresentação, sistematização e discussão de ideias, proposições e modelagens de experiências exitosas voltadas a pensar e qualificar intervenções e práticas voltadas ao redesenho de espaços, a efetividade das políticas de governança e ao estudo dos impactos da gestão pública no desenvolvimento humano sustentável.

Nos anais que agora apresentamos, a comunidade encontrará abordagens sobre contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal, asseverando sobre a importância da transparência dos contratos.

Ainda, textos sobre a Administração pública e o interesse público no contexto da quarta revolução industrial, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destaque, ainda, sobre a repercussão da lei nº. 14.230/2021 na proteção jurídica do meio ambiente em face de atos de improbidade administrativa, com realce à legislação brasileira e seus mecanismos de proteção contra atos violadores de improbidade administrativa na esfera ambiental.

Temas como a responsabilização do servidor público face à lei geral de proteção de dados, Due diligence como política pública anticorrupção e sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública também foram contemplados e amplamente debatidos.

Ademais, importantes artigos sobre a inconveniência da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa; a importância (ou não) de políticas públicas inseridas na nova lei de licitações; sobre a lei complementar 168/2022 e a movimentação por

conveniência da disciplina no estatuto dos militares do estado de Minas Gerais; sobre Direitos fundamentais na era da “big data”; ainda sobre o novo marco do saneamento básico e sua regulamentação estadual e versando sobre a família em relação com o estado e o interesse público em casos de remoção.

Progressivamente, o GT tem contribuído para além da difusão das pesquisas realizadas. A sua relevância para qualificação de práticas e intervenções é inquestionável. Cumpre a pesquisa jurídica todos os seus escopos (social, político e científico) assim; cumpre a Universidade sua função sociopolítica de fomentar o pensamento crítico voltado a melhorar a qualidade de vida e o trato estatal a problemas públicos complexos.

Convidamos todas e todos à leitura!Recebam nosso abraço fraterno!

Prof. Dr. Newton César Pilau

Universidade Vale do Itajaí, SC

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Universidade Católica de Pernambuco, PE

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma, MA; e Universidade de Salamanca, Espanha

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR PÚBLICO POR ATO ADMINISTRATIVO EIVADO DE ERRO.

THE CIVIL LIABILITY OF THE PUBLIC MANAGER FOR ADMINISTRATIVE ACT ERROR-RIPPED.

Anita Luiza Batista de Santana

Resumo

O presente trabalho busca abordar a mudança de paradigma que a Lei 13.655/2018 trouxe no que diz respeito a responsabilização dos agentes estatais, mormente no tocante aos gestores públicos. Antes da reforma legislativa, a responsabilização civil dos agentes vinculados ao Estado era regulada apenas pelo art. 37, §6º da CR/88, o qual não especificava a gradação de culpa que poderia ensejar a obrigação regressiva de reparação patrimonial. Com o advento da citada lei, foi inserido na LINDB o art. 28, o qual especificou que a responsabilização pessoal do agente público só poderá ocorrer quando a conduta culposa consistir em erro grave, o que deu mais segurança a esses servidores, pois retirou da esfera de punição dos órgãos de controle o ato praticado por culpa que não está no âmbito de erro grosseiro. Analisar-se-á, como essa mudança legislativa modificou a forma do Tribunal de Contas da União punir civilmente o gestor público por condutas administrativas eivadas de erro.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do gestor público, Ato administrativo, Erro grosseiro, Art. 37 §6º cf/88, Art. 28 lindb

Abstract/Resumen/Résumé

The present work seeks to address the paradigm shift that Law 13.655/2018 brought with regard to the accountability of state agents, especially with regard to public managers. Before the legislative reform, the civil liability of agents linked to the State was regulated only by art. 37, §6 of CR/88, which did not specify the degree of guilt that could give rise to the regressive obligation of patrimonial reparation. With the advent of the aforementioned law, art. 28, which specified that the personal accountability of the public agent can only occur when the culpable conduct consists of a serious error, which gave more security to these public servants, since it removed from the sphere of punishment of the control bodies the act committed by fault that did not is in the scope of gross error. It will be analyzed how this legislative change changed the way the Federal Court of Auditors civilly punishes the public manager for administrative conduct riddled with error.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability of the public manager, Administrative act, Gross error, Art. 37 §6º cf/88, Art. 28 linb

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, estudar-se-á o tema da responsabilidade civil do gestor público por ato administrativo em caso de erro grosseiro, tendo como foco principal a condenação pecuniária dos gestores públicos em caso de prestação errônea da atividade administrativa. Como base para o entendimento da problemática em questão, será trilhado o caminho da evolução histórica da responsabilidade civil dos agentes públicos, desde a teoria da irresponsabilidade até a teoria da responsabilidade objetiva.

Nesse contexto, apontaremos a diferenciação entre a responsabilidade civil do Estado e a responsabilidade civil dos agentes públicos. Aplica-se à teoria objetiva no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, e será evidenciado os elementos essenciais para esta caracterização, quais sejam: a conduta omissiva ou comissiva do Estado, o nexo de causalidade e o dano. Já no tocante aos agentes públicos, a teoria que se aplica em sua responsabilização civil é a subjetiva, uma vez que é necessário que reste comprovada o seu dolo ou a culpa.

Outrossim, este trabalho se aprofundará na responsabilização dos agentes públicos, com base nas inovações legislativas trazidas pela lei Lei 13.655/2018, a qual alterou substancialmente o Decreto Lei n.º 4.657 de 04 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, mormente no que diz respeito ao direito ao erro do agente público.

Por meio da inovação legislativa ora analisada, inseriu-se o art. 28 na LINDB¹, por meio do qual foi alterada a sistemática de responsabilização dos agentes públicos. Pois, até então, para tal responsabilização bastava a demonstração da culpa em sentido lato sensu, nos termos do art. 37, §6º da CR/88.

No entanto, após a regulamentação da reforma pelo Decreto 9.830 de 10 de junho de 2019, ficou evidenciado, em seu art. 12 § 1º que para o agente público ser punido por culpa é necessário que a conduta negligente, imprudente ou imperita seja efetivamente grave, de modo a qualificar-se como erro grosseiro.

A partir da análise de tais modificações legislativas, buscar-se-á entender como essa mudança interferiu na esfera de responsabilização civil do gestor público, já que retirou da

¹ Redação do Art. 28 - LINDB: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. ”

esfera de punição dos órgãos de controle o ato praticado por culpa em sentido lato sensu, o qual não está no âmbito de erro grosseiro.

Isso significa que a partir da edição do art. 28 da LINDB, para que o gestor público seja responsabilizado civilmente, o erro por ele cometido tem que ser configurado como grave, ou seja, correspondente a uma conduta negligente, imprudente ou imperita de forma inescusável, com diligência abaixo do normal.

Busca-se a resposta para a seguinte pergunta: após a edição da Lei 13.655/18, como está ocorrendo, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), a responsabilização civil do gestor público por ato administrativo no caso de erro?

A fonte para o presente estudo é a pesquisa doutrinária sobre a responsabilidade civil do gestor público, principalmente no que diz respeito ao ato administrativo eivado de erro grosseiro. Aliada à doutrina, este trabalho tem como pilar o entendimento jurisprudencial, o que ajudará a entender como os conhecimentos estudados orientaram o pensamento dos tribunais sobre os temas abordados. Este artigo objetiva esclarecer como são responsabilizados os gestores públicos que no exercício da atividade administrativa editam atos administrativos eivados de erro grosseiro. Para alcançar o objetivo traçado, o trabalho em comento adotará a vertente metodológica qualitativa.

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo. No que concerne à classificação da pesquisa com relação ao objeto geral, sua natureza será predominantemente exploratória. A técnica de pesquisa a seguir será a do tipo bibliográfica, baseada na doutrina dos grandes administrativistas, bem como a jurisprudencial para esclarecer a posição dos tribunais sobre o assunto em comento.

O texto está dividido em três tópicos, assim estruturados: o tópico inicial apresenta os aspectos gerais da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro; o tópico seguinte tem como foco a responsabilidade civil do gestor público à luz do art. 28 da LINDB; e por fim, o terceiro tópico, com o clímax do estudo, busca elucidar como o é realizada a responsabilização civil do gestor público por ato administrativo em caso de erro grosseiro.

2- APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil extracontratual é aquela que obriga o causador do dano a repará-lo perante a vítima, nos casos em que não exista entre as partes uma relação jurídica

obrigacional preexistente. O ilícito civil extracontratual surge através da desobediência a uma imposição legal.

Para que surja a responsabilidade civil é necessário que estejam presentes na relação extracontratual 3 elementos imprescindíveis, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre a conduta ilícita e o dano.

O núcleo da responsabilização civil reside na imprescindibilidade do dano injusto que possa ser imputado a uma pessoa. Sem dano não há possibilidade de existir a obrigação de indenizar, ainda que se esteja perante um ilícito culposo (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETO, 2017).

O Código Civil, em seu artigo 186, conceitua ato ilícito da seguinte maneira: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Da mesma forma que traz o conceito de ato ilícito, tal diploma normativo também disciplina, em seu artigo 927², a obrigação que o causador do dano possui de repará-lo.

Sendo assim, o ordenamento jurídico brasileiro garante que o ilícito extracontratual gere uma consequência jurídica para seu violador, qual seja: a reparação do dano. Sendo essa constatação válida tanto na seara do direito privado quanto no direito público, sobretudo no que diz respeito ao direito administrativo.

Até porque, conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda (1987, p. 170), o direito administrativo é direito civil publicizado. Isso significa que os institutos jurídicos utilizados no direito civil são muitas vezes adaptados aos princípios do direito público, para servirem também a este ramo do direito, cujo direito administrativo faz parte.

No tocante ao direito administrativo, as teorias e princípios da responsabilidade civil do Estado tiveram uma evolução gradual, e foram lentamente aperfeiçoados de acordo com a evolução da sociedade.

É possível identificar que no Brasil essa evolução se constrói a partir da ideia de irresponsabilidade do Estado (modelo adotado nas Constituições de 1824 e 1891), passando por teorias subjetivas (fundamentadas na culpa do agente) até chegar ao modelo atual, inaugurado

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

com a constituição de 1946 e vigente até hoje, com a teoria objetiva do risco administrativo. (PINTO, 2015)

De forma geral, a responsabilidade civil do Estado possui 3 marcos temporais para a evolução da matéria. O primeiro marco seria a fase de uma completa irresponsabilidade estatal, a qual evoluiu para uma fase denominada civilista ou subjetiva, em que o Estado responderia sempre que o serviço público não funcionasse a contento. E por fim, chegou-se ao último e atual marco que retrata a fase da responsabilidade objetiva, materializada na teoria do risco administrativo em que o Poder Público tem o dever de ressarcir danos que seus agentes tenham provocado a terceiros, desde que esses não sejam responsáveis por alguma cláusula excludente da responsabilidade estatal.

Este trabalho buscará fazer um breve apanhado histórico, concentrando-se nas teorias de maior relevância para responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos, quais sejam: a teoria da irresponsabilidade, teorias subjetivas (culpa civilística, culpa administrativa) e teoria objetiva (risco administrativo).

A fase da irresponsabilidade civil do Estado compreende as sociedades que viviam sobre o império do Estado absolutista e sobre o Estado Liberal. Naquele o rei era o senhor absoluto e governava de acordo com a sua própria vontade, ele era a expressão da lei e do direito. Não se aceitava a ideia de que o monarca cometesse equívocos e os seus súditos não possuíam direitos fundamentais que limitasse o poder do governante em favor da coletividade. No período Liberal, a ideia central era justamente que o Estado deveria intervir minimamente nas relações entre os particulares, de modo que tal teoria era uma simples consequência da figuração política de afastamento do Poder Público naquela época. Nas palavras de Jean Rivero (1977, p. 264), a irresponsabilidade do Estado era aceita porque este só ocasionalmente poderia causar danos.

Quando a configuração política foi modificada de Estado Liberal para Estado democrático, a teoria da irresponsabilidade não sobreviveu. Com o surgimento do Estado de Direito, a ideia que passa a ser difundida é a de que deve ser atribuído ao Estado os direitos e deveres da pessoa jurídica, afastando-se sua intangibilidade, trazida, por exemplo, nos postulados: “the King can do no wrong” e “le roi ne peut mal faire”

Diante da queda da teoria da irresponsabilidade e do reconhecimento dos direitos individuais dos cidadãos, marco da revolução francesa, o Estado começa a ser responsabilizado, de forma ainda bastante amena, pelo ato de seus agentes, quando esse no exercício de sua

função, causasse um dano ao cidadão, sendo imprescindível que tal agente tivesse agido com culpa. Surge assim, a teoria subjetiva da responsabilidade civil do Estado em que a pessoa do servidor público poderia responder pessoalmente. Inicialmente a ideia era a de que se um funcionário público no exercício de suas funções provocasse dano a terceiros, não era o Estado que iria reparar tal dano e sim o próprio funcionário público.

A partir da teoria da culpa civilística começa-se a perceber uma sensível evolução na responsabilização estatal, uma vez que o Estado começa a ser obrigado a reparar danos por ele causado apenas naqueles casos em que o ato estatal fosse de gestão.

Na teoria da culpa administrativa o cidadão prejudicado não precisava mais identificar o agente estatal causador do dano, uma vez que esse, não mais se diferenciava da estrutura do Estado, sendo no exercício de suas funções, o próprio Estado. Para que o Estado fosse responsabilizado, bastava comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que não fosse possível determinar qual agente público o prestou inadequadamente. Por essa razão, essa teoria também é conhecida doutrinariamente como culpa anônima ou falta de serviço.

Com a evolução da responsabilidade estatal a teoria da culpa no serviço foi substituída pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado, pela qual não era mais necessária a comprovação do fator culpa no evento danoso. Concedendo assim, maior benefício para o lesado, que deixou de ter o dever de identificação do agente, da culpa deste, da falta de serviço, etc.

Dessa maneira, percebemos que responsabilidade objetiva é aquela onde o Estado fica obrigado a indenizar o prejudicado por um prejuízo a que um de seus agentes tenha dado causa.

Nesse diapasão, baseada em fundamentos políticos e jurídicos nasce a teoria do risco administrativo, a qual defende que o Estado deve arcar com o risco natural decorrente de suas atividades, porque é sujeito mais forte que os seus administrados tanto no que diz respeito ao ponto de vista político, como jurídico e econômico. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 598)

Sendo assim, começou a vigorar esse entendimento de que por deter maior quantidade de poderes o Estado deveria arcar com um risco maior. E então, começa a predominar a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. Essa teoria não responsabiliza o Estado indiscriminadamente, mas ao contrário, oferece excludentes da responsabilidade estatal, quais sejam: caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Por ser uma teoria que se adapta muito bem à realidade contemporânea, a maior parte dos doutrinadores estudiosos da responsabilidade civil do Estado afirma que ela é a que melhor se

aplica, a que de maneira mais eficiente consegue elucidar a maioria dos conflitos que envolvem o tema.

Entretanto, no que diz respeito aos agentes públicos, fica claro pela redação do art. 37, §6^o da Constituição Federal de 1988 que a teoria objetiva não é a mais adequada para esses casos, uma vez que eles só podem ser responsabilizados quando restar comprovado a culpa ou o dolo da conduta. E por óbvio, quando tal conduta ocorrer no exercício de suas funções.

José Aguiar Dias (1979, p.136) conceitua a culpa da seguinte forma:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

Dessa maneira, por ser a culpa o fundamento básico da responsabilização dos agentes públicos, a teoria subjetiva da responsabilidade civil é a que mais se adequa para responsabilizá-los quando estes causarem danos, a terceiros ou ao erário, no exercício de suas funções.

Mas é primordial evidenciar que a culpa que o art 37, § 6 da CF/88 menciona é a culpa lato sensu, que seria aquela em que houve uma violação a um dever geral de cuidado sem elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Nas palavras de Farias, Rosenvald e Braga Neto (2017, p. 200):

(...) o vocábulo *culpa* é **invariavelmente utilizado para exprimir uma ideia de culpa lata**, considerada como qualquer comportamento que intencionalmente, ou por falta de cautela, viola um dever jurídico. Desse conceito amplo depuramos a distinção entre dolo e culpa stricto sensu: o dolo como vontade direta de produzir o dano; a culpa quando, sem intenção de causar dano a outrem, omite-se o agente de usar aquela diligência que teria permitido calcular e evitar as consequências danosas de uma ação ou omissão.

A culpa lata trazida pelo dispositivo constitucional supracitado é a antítese da culpa grave, em que há uma conduta negligente, imprudente ou imperita de maneira extraordinária e inescusável, com elevado grau de violação para com um dever de cuidado.

Essa diferenciação entre culpa lato sensu e culpa grave é essencial para entender o fundamento da responsabilização civil do gestor público que edita um ato administrativo eivado de erro grosseiro.

³ Art. 37, §6^o CF/88: “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”.

3- RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR PÚBLICO POR ATO ADMINISTRATIVO CAUSADO DE ERRO GROSSEIRO À LUZ DO ART. 28 DA LINDB

Primeiramente cumpre ressaltar que a responsabilidade é a contrapartida dos poderes que são investidos os mandatários da soberania popular. Trata-se de consequência óbvia da situação dos administradores como gestores da coisa alheia. (ATALIBA, 2007, p. 66)

Ninguém pode desempenhar função pública visando direito e interesses próprios, a gestão da coisa pública deve se nortear pela supremacia e indisponibilidade do interesse coletivo, e, portanto, quem se afastar desses princípios, no exercício de suas funções deve responder pela conduta nos termos da lei.

Os gestores públicos na qualidade de agentes estatais, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico de responsabilização subjetiva trazido no art. 37, § 6º da CF/88 para os demais servidores públicos, ou seja, serão responsabilizados pelos danos que ocasionaram a terceiros ou ao erário no exercício de suas funções quando agirem com dolo ou culpa.

Percebe-se que o citado dispositivo constitucional traz uma dupla proteção, uma vez que protege tanto o particular que possui legitimidade para ingressar com ação de indenização em face do Estado (o que fortalece a garantia do ressarcimento pelo dano causado pelo agente estatal) quanto o próprio agente público que somente será acionado pela pessoa jurídica de direito público a qual está vinculado funcionalmente.

Ocorre que a Constituição não estabeleceu um sentido de culpa para a responsabilização dos agentes públicos, e coube a legislação infraconstitucional preencher esse vácuo conceitual. E foi através da edição do art. 28 da LINDB, acrescentado pela Lei 13.655/2018, que o legislador o fez, determinando a gradação da culpa que seria capaz de ensejar a responsabilização do agente público.

O que o art. 28 da LINDB fez foi criar um espectro de culpa para a responsabilização do agente público, impossibilitando a punição pessoal quando o erro não fosse identificado como grosseiro. De acordo com o decreto que regulamenta esse dispositivo legal, erro grosseiro é entendido como sinônimo de culpa grave, de conduta inescusável, em que a pessoa não observa um grau mínimo e elementar de diligência que o homem médio possui.

Nesse diapasão, a 1ª Turma do STF (MS AgR 35.196), se manifestou sobre o conceito de erro grosseiro da seguinte forma:

“A relevância dos graus de culpa ganhou destaque com a Lei 13.655/18, que introduziu o artigo 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito. Ao restringir a responsabilização pessoal do agente público aos casos ‘de dolo ou erro grosseiro’, a LINDB visa a conferir segurança jurídica para o agente público na tomada de decisão,

evitando a presença de um temor excessivo em ser pessoalmente responsabilizado no exercício da função pública. (...)"

Na doutrina de direito civil, tem-se a lição de Silvio Venosa (2018, p. 418) que define o erro grosseiro como sendo aquele facilmente perceptível pelo homem comum, que pode ser percebido por qualquer pessoa de diligência normal, seria aquele que procede de culpa grave.

Ainda de acordo com as lições de Silvio Venosa (2018, p. 476), a doutrina tradicional divide a culpa em três graus: grave, leve e levíssima. Culpa grave seria aquela que mais se aproximaria do dolo, manifestada pelo erro grosseiro, inclui-se nessa categoria também, a culpa consciente que se manifesta quando o agente assume o risco de que o evento mesmo sendo previsível não ocorrerá. A culpa levíssima seria aquela que apenas uma pessoa de atenção extraordinária poderia cometer.

Nelson Rosenvald (2017, p. 226-227) define a culpa grave como sendo aquela caracterizada por uma conduta imprudente ou imperita extraordinária e inescusável, consistindo na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que deve ser observado por todos.

Antes da edição da Lei N.º 13.655/2018, os agentes públicos eram responsabilizados por seus erros de acordo com a ideia de culpa lato sensu (simples) trazida no art. 37, § 6 da CF/88. Isso significava que se o gestor público na edição de um ato administrativo cometesse um erro, mesmo que escusável, ele seria responsabilizado civilmente, o que significava ter legitimidade passiva em uma ação regressiva de indenização em face do Poder Público.

Nesse contexto, os servidores públicos em geral, sobretudo aqueles que ocupam cargo de gestão, se sentiam acuados quando da tomada de decisões, uma vez que não é difícil no dia a dia do exercício da função administrativa, o gestor se deparar com situações em que a lei seja omissa ou encontre-se desatualizada e ele precise agir mesmo assim para garantir o interesse público.

A legalidade é um dos pilares das condutas da Administração Pública. O raciocínio que embasa essa premissa do direito administrativo é que sendo o povo, o titular da coisa pública e o administrador estatal um mero realizador da vontade popular, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocamente expressa. Quando o governo obedece a lei está obedecendo a vontade do povo. (ATALIBA, 2007, p. 122)

Sendo assim, o entendimento que predomina é que o servidor público só poderia atuar em plena conformidade com a lei. E quem tem competência para verificar essa compatibilidade são os órgãos de controle.

Logo, seria muito fácil responsabilizar civilmente o gestor, bastando apenas que os controladores entendessem que o teor da decisão administrativa não estava exatamente de acordo com a interpretação que eles possuíam da lei.

Diante dessa situação, não só a interpretação e aplicação das normas de direito administrativo, como também o próprio exercício da função administrativa são pautadas no medo de decidir dos agentes públicos em face do alto risco de responsabilização, é o que Rodrigo Valgas (2020, p. 26) denominou “Direito Administrativo do Medo”. E sua consequência prática é a inação do administrador público, popularmente conhecida pela expressão “apagão das canetas”. Percebe-se com isso, que frente a possibilidade de ter sua interpretação criminalizada (“crime de hermenêutica”) o administrador público se sente inseguro em inovar na sua atividade, conseqüentemente engessando-a.

Ocorre que o erro do gestor público é inerente à atividade administrativa, uma vez que essa é exercida por seres humanos. Portanto, tutelar o direito ao erro na gestão pública é imprescindível para que o gestor administrativo possa assumir o risco do erro e assim possibilitar uma administração mais inovadora. Nesse contexto, estão as lições de Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018, p. 206):

O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não querer assumir o risco. Com efeito, para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. (...) O art. 28 da LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos e controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações, etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato com a coisa pública.

Assumir o risco do erro é admitir que a expansão da atividade legislativa em direção ao Poder Executivo acarretou no aumento do poder discricionário posto nas mãos do administrador, o qual passou a editar importantes parcelas (senão quase a totalidade das parcelas relevantes) do texto normativo. (FRANÇA, 2000, p. 37).

Isso significa que cabe à administração pública, na maioria das vezes representada pela decisão do gestor, concretizar os preceitos normativos da forma mais satisfatória ao interesse público.

Sendo assim, a partir da reforma legislativa da LINDB, criou-se um novo paradigma de responsabilização para o agente público, dificultando-a, já que o ordenamento jurídico diminuiu o espectro dessa responsabilidade, retirando da esfera de punição dos órgãos de controle o ato praticado por culpa lato sensu, o qual não está no âmbito de erro grosseiro. A

Constituição ao não estabelecer um sentido de culpa para a responsabilização dos agentes públicos, deixou o caminho livre para a legislação infraconstitucional fazê-lo.

A proteção trazida aos servidores com a edição do art. 28 da LINDB fez prevalecer o interesse público na medida que conferiu segurança jurídica ao agente público na tomada de decisão, evitando o temor excessivo em ser pessoalmente responsabilizado no exercício da função pública. Até porque o legislador não tem como prever todas as situações que o gestor público encontrará, sendo imperioso que esse faça uso da discricionariedade sem receio de ser punido por isso. É necessário que o administrador público frente a duas ou mais opções igualmente lícitas, e levando em consideração as consequências práticas de cada uma delas, possa decidir casuisticamente como deve agir.

Reforçando essa ideia de que o administrador público enfrentará situações inusitadas, muitas vezes não previstas em lei, Vladimir da Rocha França ensina que:

Situações jurídicas individuais que surgem diante do operador jurídico refletem necessariamente a complexidade e o curso das mudanças da sociedade. O legislador é incapaz de prevê-las totalmente, e, por conseguinte, de estabelecer todas as medidas, parâmetros, instrumentos e, não raras vezes, a própria finalidade específica a ser seguida pelo administrador nas situações jurídicas individuais. (FRANÇA, 2000, p. 36)

É impossível para a lei exaurir completamente todos os pressupostos de validade dos atos administrativos ou definir com precisão absoluta os atos jurídicos que serão necessários para garantir a tutela do interesse público. Se isso fosse possível, a utilidade da função administrativa não existiria. (FRANÇA, 2023, p. 102)

Dessa forma, caso o agente público esteja engessado pelo entendimento dos órgãos de controle não gozará da liberdade necessária para uma gestão eficiente e dinâmica. Porque para isso, o gestor precisa estar seguro em agir dentro da discricionariedade que a lei lhe permite. Nesse sentido está a lição de Vladimir da Rocha França sobre as esferas da discricionariedade:

No exercício da função administrativa, a lei confere ao Poder público um campo de liberdade para que possa fazer concreta a ótima gestão da coisa pública. É insuficiente para tanto a pura aplicação da lei, sem que haja espaço para a administração pública tornar mais dinâmica e eficaz a satisfação do interesse público, contida na própria lei e dentro da competência que esta lhe definiu. (FRANÇA, 2000, p. 38)

Sob essa perspectiva, parte da doutrina defende que o art. 28 da LINDB diminui o medo do gestor público em tomar decisões públicas inovadoras ou controversas (“apagão das canetas”) por receio da responsabilização pessoal por entendimento diverso dos órgãos de controle externo (“crime de hermenêutica”).

No que diz respeito à responsabilização civil, essa é feita pelos órgãos de controle, seja os Tribunais de Contas ou o próprio Poder Judiciário, obrigando o gestor público que editou um ato administrativo eivado de arcar com o prejuízo financeiro advindo do seu erro, seja perante o erário ou perante o terceiro prejudicado.

Na seara administrativa, de acordo com o art. 71 da CF/88, o Tribunal de Contas da União é o responsável por apreciar e julgar as contas dos Presidente da República, bem como fiscalizar a aplicação de repasses financeiros feitos pela União. Utilizando o princípio da simetria, o que ocorre normalmente, é que as constituições estaduais replicam este artigo, dando aos Tribunais de Contas dos Estados essas mesmas competências. Portanto, na prática os TCE's são responsáveis pela apreciação e julgamento das contas dos gestores públicos da seara estadual e municipal.

E como responsável pela apreciação de contas dos gestores públicos, o Tribunal de Contas da União defendeu por algumas vezes o entendimento de que os gestores públicos devem estar vinculados positivamente à lei formal, de modo que a vontade legislativa sempre seja respeitada. Os órgãos de controle costumam acreditar que basta o agente público agir segundo os comandos normativos para que não seja punido. Inclusive a jurisprudência do TCU denomina o agente que age dessa forma como “administrador médio”.

Nesse sentido, temos o Acórdão n.º 1628/2018 de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, em que o agente público foi responsabilizado civilmente com fundamento de que sua conduta teria fugido do referencial do administrador médio utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação.

É bem verdade que a jurisprudência do TCU está evoluindo no sentido de desvincular a figura do administrador médio do conceito de erro grosseiro. Prova disso é o Acórdão n.º 2391/18, no qual o TCU definiu o erro grosseiro nos seguintes termos:

Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. **O erro grosseiro, por sua vez, 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. (grifo nosso)**

Mas embora tenha havido essa evolução jurisprudencial, TCU ainda precisa fixar parâmetros mais objetivos para a gradação da culpabilidade, de modo a garantir mais segurança jurídica aos agentes públicos julgados por essa Corte de Contas.

Percebe-se que essa modificação jurisprudencial é fruto da Lei 13688/18, pois caso esta não desse a segurança jurídica que os gestores precisavam no exercício de suas funções, a atividade administrativa restaria esvaziada e condicionada aos ditames legais, que quando não existissem iria causar um vácuo de poder com a escassez de decisões que poderiam fazer como vítimas os seus próprios prolores.

4- CONCLUSÃO

Como foi explicitado ao longo do presente trabalho, a Constituição, através do seu art. art. 37, §6, garantiu a aplicação da teoria subjetiva para a responsabilização dos agentes públicos, incluindo-se nessa categoria os gestores da coisa pública.

Ocorre que o texto constitucional não se preocupou em definir o grau de culpa que ensejaria essa responsabilização. Logo, por muito tempo os agentes públicos, sobretudo os gestores, que possuem maior carga decisória entre suas atividades funcionais, foram responsabilizados civilmente por atos administrativos eivados de erro leve mas que geraram danos a terceiros ou ao erário.

Isso porque essa responsabilização se dava de acordo com o art. 37, §6º da CF em que não existe a gradação da culpa que seria capaz de gerar a obrigação de indenizar para o agente público. Dessa maneira, toda conduta culposa, mesmo se tratando de conduta escusável, geraria para o servidor público prolator do ato administrativo impugnado a obrigação indenizatória. Porque como é cediço o ato administrativo ao causar um dano a terceiro, gera a obrigação indenizatória para o Estado, o qual poderia em ação regressiva, cobrar do servidor público responsável pela edição do ato administrativo que ensejou o dano.

Sendo o gestor público um agente estatal que detém entre suas competências a função de gerir a coisa pública, é natural que suas decisões sejam dotadas de discricionariedade para deliberar casuisticamente todas as situações que a lei não prevê, garantindo assim, que o interesse público seja resguardado.

Ocorre que essa discricionariedade pode gerar decisões que pareçam convenientes e oportunas aos olhos do gestor, mas não agradem aos órgãos de controle, os quais em geral, possuem o entendimento de que existe um “administrado médio” que sempre atua em completa conformidade com a lei, e que dessa maneira, ao seguir todos os comandos normativos nunca será punido.

É sabido que o princípio basilar da administração pública é o da legalidade, o que no Direito Público significa vinculação total à lei, já que o administrador estatal é um mero mandatário da vontade do povo, consubstanciada através da legislação. Mas nem sempre a lei contém a solução para os casos práticos que surgem no cotidiano funcional administrativo.

Nesse contexto, o gestor público no seu dia a dia funcional ao se deparar com situações em que a lei é omissa ou simplesmente não acompanhou a evolução da sociedade em tempo hábil, se vê diante de problemas que não possuem solução legal, embora precisam ser solucionados independente da lacuna legislativa. Só que nesses casos, a possibilidade de responsabilização do servidor público prolator da decisão se torna bem maior, uma vez que a lei não está iluminando expressamente o seu caminho, mas mesmo assim ele precisa agir para garantir o interesse coletivo.

Ou ainda quando diante de interpretações múltiplas da lei, o gestor escolhe, de boa-fé, a que lhe parece mais conveniente e no momento da análise pelos órgãos de controle, aquela escolha não coincide com a que o controlador considera a mais adequada ao texto legal ou julga não ser a conduta do “homem médio”, a possibilidade de responsabilização nesses casos é alta.

Situações como essas geram para o agente público um cenário de insegurança, uma vez que a possibilidade de responsabilização civil por atos administrativos funcionais é uma realidade. E como cabe aos gestores públicos decidirem sobre quantias vultosas de dinheiro público, o medo de tomar uma decisão que os órgãos de controle venham a responsabilizá-lo civilmente pelo dano é enorme. Isso acaba gerando a inação do gestor em assuntos relevantes para a sociedade.

Nesse cenário, o legislador infraconstitucional editou a Lei 13.655/2018 para garantir aos gestores públicos conforto decisório, através da explicitação do espectro da culpa capaz de gerar a responsabilização civil do agente estatal. A partir de então, os agentes públicos só podem ser responsabilizados por condutas dolosas ou culposas que reflitam um erro grosseiro, ou seja, aquelas em que o servidor não observou um dever mínimo de cuidado, revelando um elevado grau de imprudência, negligência ou imperícia.

Portanto, o erro leve passa, a não ser mais fundamento de responsabilização dos servidores públicos. Logo, aquela conduta escusável, o erro que pode ser cometido por qualquer pessoa de diligência normal passou a não ensejar responsabilização.

Dessa maneira, concluímos que a responsabilidade civil do gestor público por ato administrativo eivado de erro está vinculada à teoria subjetiva, por força do art. 37, §6, da CF/88 que disciplina que o direito de regresso do Estado contra o seu agente só pode ocorrer nos casos de dolo ou culpa. E sobretudo que após a Lei 13.655/18, em relação aos casos culposos, essa

responsabilização só pode ocorrer quando a culpa consistir em erro grosseiro nos termos do art. 12, § 1º do Decreto 9.830 de 10 de junho de 2019.

O que significa que para o Estado propor uma ação regressiva de responsabilização civil do agente público é necessário que a conduta culposa dele se configure em um erro inescusável, aquele que foi praticado com uma grave inobservância de um dever de cuidado, aquele que poderia ser percebido até por todos, inclusive por alguém com diligência abaixo do normal.

REFERENCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª Edição. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo -RDA. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 4.657/1942, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 1942.

BRASIL. **Lei 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 L13655 (planalto.gov.br).

CAHALI, Yussef Said. **Evolução Histórica da Responsabilidade civil do Estado**. In: Responsabilidade Civil do Estado. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 1v. p. 136.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; Braga Netto, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. - 4ª ed. rev e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Fundamentos Da Discricionariedade Administrativa**. Revista da ESMape, v. 3, p. 563-592, 1998.

- FRANÇA, Vladimir da Rocha **Invalidação Judicial Da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- PINTO, Helena Elias. **Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública | e-ISSN: 2526-0073 | Minas Gerais | v. 1 | n. 2 | p. 87 - 102 | Jul/Dez. 2015.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n de 1969 (arts. 1º - 7º)**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, v. 1.
- RIVERO, Jean. **Droit administratif**, Paris, Dalloz, 1977.
- ROSENVOLD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. Saraiva, São Paulo, 2017. p. 226-227
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo Do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1ª Edição. São Paulo, 2020.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2018.