

1 INTRODUÇÃO

O regime de responsabilidade do agente público passou por uma importante transformação com a edição da Lei Federal nº 13.655/2018, que modificou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro ao introduzir os artigos 20 a 30, com o objetivo de conferir “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

No tocante à responsabilidade dos agentes públicos, o art. 28 do diploma legal estabelece que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, criando diferentes graus de culpa e, especialmente, aumentando o grau exigido para a responsabilização do administrador sobre seus atos, tendo em vista a anterior responsabilização por culpa genérica (DIONISIO, 2019, p. 126). Assim, o mencionado artigo qualificou a dimensão da responsabilidade do gestor público, o que gerou inúmeras críticas e, inclusive, uma aplicação restritiva do seu teor literal pela jurisprudência, especialmente no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro já impunha um caráter subjetivo à responsabilidade pessoal do administrador, reconhecendo, assim, um espaço de tolerância ao erro, com base principalmente nos arts. 5º, inciso XLV e 37, § 6º, da Constituição da República (DIONISIO, 2019, p. 126). No mesmo sentido, a jurisprudência já admitida em algumas hipóteses a diferenciação dos graus de culpa, a exemplo da responsabilização do advogado público parecerista no âmbito do Mandado de Segurança nº 24073, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a atribuição unificada de uma limitação do grau de culpa para a responsabilização dos agentes públicos em geral não passou sem censuras pela doutrina e pela jurisprudência. Essa inovação vem sendo alvo de inúmeras críticas, que vão desde a alegação de ter criado uma quase isenção da responsabilidade ao mau gestor, até a inconstitucionalidade do dispositivo em uma eventual aplicação no âmbito da responsabilidade civil do administrador em face do Estado.

No presente artigo, será analisada a procedência dessas críticas. Mais especificamente, se o art. 28 da LINDB pode ser aplicado de forma irrestrita às esferas administrativa e civil de responsabilidade, ou se, em uma interpretação conforme a Constituição, a sua incidência deve ser restrita à imposição de sanções ao administrador, restando o dever de ressarcir ao Erário condicionado apenas à culpa genérica, independentemente do seu grau.

Para a devida realização desse estudo, será efetuada uma explicação acerca da inovação implementada pela edição da reforma da LINDB, em especial com a introdução do seu artigo 28. Em seguida, será feita a delimitação do conceito de erro grosseiro, sem o qual não seria possível responder ao problema de pesquisa suscitado. Logo após, passa-se à análise da eventual aplicação do supracitado artigo 28 da LINDB para os casos de responsabilidade civil do gestor público. Por fim, apresenta-se a conclusão.

2 A INOVAÇÃO JURÍDICA IMPOSTA PELO ART. 28 DA LINDB

Como visto, o art. 28 da LINDB buscou qualificar o grau de culpa exigido para a atribuição de responsabilidade ao agente público. Apesar de a existência de diferentes graus de culpa preceder a edição da reforma da LINDB, a aplicação desses dispositivos para todos os agentes públicos é uma inovação trazida pela Lei Federal nº 13.655/2018.

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira já admitia em algumas hipóteses a diferenciação dos graus de culpa para a responsabilização do agente público. É o caso a responsabilidade do advogado público parecerista em tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24073/DF.

Segundo o STF, o parecerista apenas responderia pela atuação administrativa decorrente de sua opinião jurídica no caso de dolo ou “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo”, salvo quando o parecer tivesse caráter vinculante. Já o agente público que, seguindo o parecer jurídico emitido, adotasse as medidas sugeridas, seria responsabilizado independentemente do grau de sua culpa.

Por outro lado, a responsabilização dos agentes públicos em geral era configurada mediante a comprovação de dolo ou culpa genérica, a qual era atribuída com base no parâmetro do agente público mediano: um erro que poderia ser cometido pelo administrador médio, poderia ser isento de responsabilização (CRUZ; BORGES, 2018).

O art. 28 da LINDB, apesar de não ter inovado no ordenamento ao atribuir graus de culpa, unificou a responsabilidade por dolo ou erro grosseiro para todos os agentes públicos, uma vez que não faz nenhuma distinção ao seu âmbito de incidência (DIONISIO, 2019, p. 93).

A principal motivação que levou à edição do mencionado artigo foi conferir maior segurança jurídica aos administradores no âmbito da tomada de decisões. Considerando que o administrador está fadado a errar em algum momento, o legislador não entendeu ser razoável responsabilizá-lo por graus de culpa menos elevados, pois isso acabaria por criar uma cultura

de medo na tomada de decisões de responsabilização pessoal, caracterizando uma barreira à inovação e eficiência pela Administração Pública.

Nesse sentido, segundo Pedro de Hollanda Dionisio (2019, p. 128),

a inevitabilidade do erro, os excessos do controle e os decorrentes prejuízos ao processo decisório do administrador e a práticas de inovação e experimentalismo na gestão pública levaram o legislador infraconstitucional a tornar mais rígidos os requisitos para a responsabilização de agentes públicos por equívocos cometidos.

Assim, o dispositivo cria um maior espaço de tolerância jurídica ao erro ao proibir a responsabilização dos agentes públicos por decisões baseadas em equívocos que representem um baixo ou médio nível de culpa (DIONISIO, 2019, p. 93).

Assim, depreende-se que o art. 28 da LINDB foi direcionado ao bom administrador, ou seja, aquele que não somente age com probidade, como também possui o desejo de realizar abordagens inovadoras, mas tem medo de agir para evitar a sua responsabilização pessoal caso a sua decisão não atinja os resultados positivos esperados (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 206).

Por meio desse dispositivo, portanto, o legislador deu maior margem à criatividade administrativa, possibilitando ao administrador assumir o risco do erro com menos chances de ser responsabilizado caso os resultados de suas ações não surtam os efeitos positivos desejados (p. 206).

Essa maior tolerância, contudo, não necessariamente propicia um ambiente de ineficiência administrativa, uma vez que, segundo Binenbojm e Cyrino (2018, p. 206), “do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa”. Da mesma forma, autores como Juliana Bonacorsi de Palma (2019), Thiago Priess Valiati e Manoela Virmond Munhoz (2018, p.166) defendem que há outros instrumentos normativos que visam ao controle do administrador ímprobo e que a LINDB tenta dar maior liberdade de inovação ao gestor público honesto para agir nos casos de discricionariedade. Não se trata, assim, de ser conivente com o erro, mas de impulsionar a inovação no âmbito da Administração Pública.

Esse regramento mais flexível se baseia na ideia de que um maior controle sobre os administradores nem sempre é a melhor opção para evitar casos de má gestão ou de corrupção e, ao contrário de surtir efeitos positivos sobre a administração da coisa pública, inibe a adoção de práticas inovadoras e torna o exercício desses cargos menos atrativo (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 206).

Portanto, verifica-se que o dispositivo não busca eximir de qualquer responsabilidade o agente público que agiu com culpa, esvaziando assim demais dispositivos legais que versam sobre o tema, mas, sim, criar um ambiente propício à inovação, ao experimentalismo e à transformação da gestão pública, no qual erros grosseiros, que poderiam ser evitados por alguém diligente, ainda poderão ser punidos (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 213).

3 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ERRO GROSSEIRO

Para entender melhor o alcance do art. 28 da LINDB, é preciso antes delimitar o seu conteúdo e, nesse escopo, o elemento mais relevante é a utilização do conceito jurídico indeterminado de “erro grosseiro”. A depender da abrangência aplicada a esse conceito, o âmbito de responsabilidade do agente pode ser abrangente demais – a ponto de esvaziar o principal propósito da norma de qualificar a culpa – ou limitado demais, dificultando sobremaneira a responsabilização na modalidade culposa. Por esse motivo, é essencial definir com precisão o que seria o “erro grosseiro” exigido pela lei, de forma a conferir à norma a segurança jurídica que tanto almeja.

A redação original do projeto de lei incluía um § 1º, que tentava limitar um pouco o que seria o erro grosseiro ao dispor que “não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais” (Lei nº 13.655/2018). Contudo, o referido parágrafo foi vetado pelo Presidente da República à época, sob o fundamento de que ele “atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica” (Lei nº 13.655/2018) – objetivo contrário ao proposto pela lei.

Em realidade, o veto do § 1º integrante do projeto original da lei, na realidade, acabou por aumentar a insegurança jurídica do dispositivo, diante da completa ausência de regulamentação do termo. Passou a caber exclusivamente aos órgãos de controle a definição, no âmbito do caso concreto, do erro grosseiro diante de determinada ação do agente público (CARVALHO, 2019).

Ciente desse fato, foi editado o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da LINDB e estabelece em seu art. 12 diversas diretrizes para balizar o conceito de erro grosseiro. Por sua relevância, transcreve-se o teor do dispositivo:

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. (grifo nosso)

Na legislação civil, por sua vez, o conceito de erro envolve uma falsa percepção da realidade, tanto fática, quanto jurídica. O art. 138 do Código Civil dispõe que o erro é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Com base nessa disposição, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) estabeleceu algumas possíveis delimitações ao conceito. Veja-se:

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** (Acórdão 2.391/2018, grifo nosso).

Há diversos julgados nos quais o TCU tenta estabelecer o que seria erro grosseiro, sendo que em boa parte os ministros utilizam como referencial o “administrador médio”, a exemplo dos Acórdãos nº 1.628/2018, 2.860/2018 e 2.692/2019. Ou seja, o erro que pudesse ser percebido pelo administrador médio seria um erro leve ou mediano, enquanto o erro que fugisse à sua percepção esperada do administrador médio poderia ser considerado grosseiro. Nesse sentido, confira-se a título ilustrativo o seguinte trecho do Acórdão nº 1.628/2018-Plenário:

[...] 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). (grifo nosso)

Para Pedro de Hollanda Dionisio (2019, p. 128), “o erro grosseiro é conceituado como aquele que pode ser percebido mesmo por um indivíduo que tenha um nível de atenção aquém do normal”. Seria, assim, uma modalidade de culpa, entendida como a ocorrência de imprudência, negligência ou imperícia em nível muito mais grave.

O autor ainda defende a aplicação de um *in dubio pro administrador*, segundo o qual, quando houver dúvida a respeito da inescusabilidade ou não de um erro, a responsabilidade não poderá ser imputada ao administrador, por não se tratar de erro grosseiro. Assim, entende que a existência do erro grosseiro, por si só, exclui a possibilidade de uma “zona de penumbra”, tendo em vista que essa modalidade de erro seria evidente, de fácil percepção para uma pessoa média (p. 129).

Binenbojm e Cyrino (2018, p. 211-213) também compartilham do entendimento de que a noção de culpa está abrangida dentro do erro grosseiro, sendo este apenas um desdobramento da culpa em sua modalidade grave ou gravíssima. Isso porque, segundo os autores, “o erro passível de responsabilização na tradição jurídica brasileira pressupõe a ocorrência de culpa” (p. 216), tendo em vista que o erro puro, ou seja, aquele no qual se a pessoa soubesse da realidade não teria agido daquela forma, deve ser perdoado.

Assim, pode-se ver que, de maneira geral, o erro grosseiro é considerado equivalente a um grau de culpa grave e, no âmbito da jurisprudência do TCU, o parâmetro utilizado para avaliar a gravidade é o da conduta esperada do administrador médio, caracterizado por aquele que age com diligência.

Em última análise, a configuração ou não do erro grosseiro sempre será casuística, uma vez que é preciso analisar o caso concreto para determinar se o erro cometido pelo gestor público em questão poderia ou não ser evitado por uma pessoa de capacidade mediana. No entanto, ter parâmetros objetivos formulados pela doutrina e pela jurisprudência ajuda a delimitar o seu alcance, de forma a conferir maior segurança jurídica aos administradores.

4 APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LINDB NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR PÚBLICO

Uma vez estabelecido o que é erro grosseiro, passa-se agora à análise do problema de pesquisa deste trabalho, qual seja, a extensão do âmbito de incidência do art. 28 da LINDB no tocante à responsabilidade do agente público.

O Tribunal de Contas da União e parte da doutrina adotam o entendimento de que o mencionado dispositivo somente se aplicaria no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, ou seja, na aplicação de infrações e sanções administrativas pelo Estado sobre o agente, não se estendendo à responsabilidade civil do administrador, entendida como a obrigação de reparar os danos.

Esse posicionamento do TCU foi firmado no âmbito do Acórdão nº 2.391/2018, no qual se entendeu que a legislação civil, como regra, não faz distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Assim, o dever de reparar os danos causados ao Erário permanece sujeito somente à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Nesse sentido, o TCU adotou o entendimento de que as culpas leve ou média não eximem o agente da obrigação de indenizar o Estado pelos danos eventualmente causados (NIEBUHR, 2018).

Dessa maneira, o TCU estabeleceu dois regimes de responsabilidade distintos: o primeiro, de ordem punitiva, na qual o agente responde por dolo ou erro grosseiro, aplicando-se o art. 28 da LINDB e, o segundo, de ordem reparatória, na qual o agente responde por dolo ou culpa independentemente da gravidade, sob o prisma do art. 37, § 6º da Constituição (FERRAZ, 2018).

Esse entendimento do TCU é confirmado por parte da doutrina e baseia-se em três principais argumentos. Em primeiro lugar, afirma-se que a legislação brasileira não faz distinção entre os graus de culpa para a reparação do dano de forma geral, exceto no caso do art. 944 do Código Civil, no qual há uma manifesta desproporção entre a culpa e o prejuízo efetivamente causado. O segundo, de ordem literal, é de que a Lei Federal nº 13.655/2018, que introduziu o art. 28 à LINDB, não faz menção expressa à pretensão ressarcitória do Erário e, portanto, somente se aplicaria para os casos de punição. Por fim, o último argumento relevante é de ordem constitucional, no sentido de que o art. 37, § 6º da Constituição Federal não limita a obrigação de ressarcimento ao Erário às situações em que houve uma culpa grave, não cabendo ao legislador ordinário impor esse requisito, sob pena de restringir a aplicação da norma constitucional.

Há, ainda, quem entenda que uma eventual aplicação do art. 28 da LINDB na dimensão ressarcitória dificultaria o encargo probatório do Estado nas ações de regresso, que

não só precisaria provar a existência de culpa, como também a sua natureza grave. Assim, iria de encontro ao comando constitucional (ANDRADE, 2019).

É possível encontrar também aqueles que adotam um posicionamento intermediário, no sentido de que, enquanto o art. 37, § 6º, da Constituição só dispõe sobre danos causados pelos agentes públicos a terceiros (responsabilidade externa), o art. 28 da LINDB aplica-se à responsabilidade civil do administrador somente no que tange à responsabilidade interna, ou seja, danos causados diretamente à Administração Pública (NEPOMUCENO; SANTANA, 2020).

Não obstante, o que parece se coadunar melhor ao ordenamento jurídico pátrio, considerando os objetivos do art. 28 da LINDB e os princípios constitucionais da segurança jurídica e da eficiência administrativa, é o entendimento pela aplicação do dispositivo não somente nas hipóteses da responsabilidade administrativa do agente público, mas também de responsabilidade civil, tanto nos danos causados a terceiros, quanto aqueles causados diretamente ao Estado. Explica-se.

De plano, o argumento de que o art. 28 da LINDB não se aplicaria à dimensão civil, pois a legislação civil não faz distinção entre os graus de culpa, não merece acolhida, uma vez que nada impede o legislador de inovar ao exigir um grau de culpa mais elevado para a responsabilização civil do agente público. Se o Código Civil não faz essa distinção, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – aplicável a todos os ramos do Direito - o faz, sendo irrelevante o fato de essa disposição não constar em outras leis. Não é necessário, portanto, que a exigência do erro grosseiro conste em mais de uma lei para que ela seja plenamente válida.

Ademais, tampouco é relevante o fato de o art. 28 da LINDB não fazer menção expressa à sua aplicação na dimensão ressarcitória. Na ausência dessa distinção, deve-se considerar que ele é aplicável para todo tipo de responsabilidade, tendo em vista não haver limitação à sua incidência. Como a obrigação de restituir os cofres públicos é uma dimensão de sua responsabilização pessoal, não há motivos para que o art. 28 da LINDB não se aplique a esse tipo de responsabilidade (DIONISIO, 2019, p. 95).

Também podemos recorrer à intenção do legislador (*mens legis*) ao editar o referido dispositivo. Como vimos, o objetivo da Lei Federal nº 13.655/2018 foi conferir maior segurança jurídica no âmbito da Administração Pública e diminuir o medo de responsabilização do gestor público em suas tomadas de decisões. Considerando o objetivo o legislador, tampouco faz sentido restringir o art. 28 da LINDB ao Direito Administrativo Sancionador, uma vez que “o dever de ressarcir os cofres públicos de prejuízos eventualmente

causados é, em diversos casos, muito mais grave às finanças do administrador do que as sanções administrativas dispostas na legislação” (DIONISIO, 2019, p. 95). Assim, ao limitar a aplicação do mencionado dispositivo à responsabilidade administrativa, estar-se-ia contrariando a própria razão de ser da lei.

No mesmo sentido, não nos parece acertada a crítica de que o art. 28 da LINDB seja leniente com a conduta de maus administradores, seja porque são mal-intencionados, seja porque, embora bem-intencionados, acabam sendo negligentes, imprudentes ou imperitos por um suposto puro comodismo. Esse pensamento pressupõe que, quanto maior o controle, melhor será o resultado da administração do interesse público – o que, todavia, não é necessariamente verdade. Nesse sentido, Binjenbojm e Cyrino (2018, p. 218-219) apresentam alguns argumentos que afastam essa ideia:

A uma, porque o controle não se pode pretender omnisciente e infalível, devendo reconhecer suas próprias limitações materiais e cognitivas. A duas, porque há um elevado custo embutido em modelos de controle maximalistas, o que nem sempre apresenta um saldo positivo para a sociedade. A três, porque a insegurança jurídica tende a promover um fenômeno de seleção adversa, desestimulando a atração de gestores de perfil inovador e interessados na mudança do status quo. Por fim, a quatro, porque o próprio controle fundado em cláusulas muito amplas e sem limites claros favorece o desvio, ao excesso e ao abuso. Assim, delimitar e especificar as situações de responsabilização permite não apenas o controle mais efetivo dos agentes controlados, mas evita a concentração de um indesejável poder discricionário nas mãos dos agentes controladores.

No entanto, a principal crítica contra a responsabilização civil dos agentes públicos pelo art. 28 da LINDB trata da questão constitucional. O argumento de que seria inconstitucional a regulamentação do art. 37, § 6º, da Constituição pelo art. 28 da LINDB, ao distinguir os graus de culpa, parte de um maximalismo constitucional, que torna demasiadamente rígida a norma ao ponto de impossibilitar sua regulamentação, mesmo sem haver proibição expressa nesse sentido (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 216).

Assim, não se observa qualquer inconstitucionalidade na incidência do art. 28 da LINDB nas hipóteses de responsabilidade civil, uma vez que não há qualquer impedimento ao legislador de regulamentar os dispositivos constitucionais – o que, em muitas vezes, significa dimensionar o seu alcance para que ele seja o mais efetivo possível, considerando uma visão integrada da Constituição.

O art. 37, § 6º da Constituição não especificou o grau de culpa exigido para a responsabilização do agente público no tocante ao ressarcimento à Administração e não há por que se considerar inconstitucional a tentativa do legislador infraconstitucional de fazê-lo

para preservar outros princípios constitucionais igualmente importantes (DIONISIO, 2019, p. 98; PALMA; ROSILHO, 2021, p. 49; FERRAZ, 2018.).

No mesmo sentido, Binenbojm e Cyrino (2018, p. 217) defendem que a valoração da culpa para fins da responsabilidade civil do agente público

[...] atende a objetivos concomitantes que o legislador pretendeu harmonizar ao fazer a sua escolha: de um lado, a repressão aos casos de negligência, imprudência e imperícia graves, e, de outro lado, a promoção da segurança jurídica e de uma certa abertura experimental a soluções inovadoras pelo agente público.

A completa intolerância a erros na Administração, por outro lado, gera uma cultura de medo na tomada de decisões, o que desestimula a adoção de decisões alternativas e soluções práticas, engessando a gestão da coisa pública em fenômeno denominado “apagão das canetas” e, por consequência, gerando prejuízos potenciais ao interesse público.

É inevitável que o gestor público considere o fator pessoal nas suas tomadas de decisões, consubstanciado na ponderação entre o risco de sua responsabilização pessoal e a adoção de uma medida inovadora que pode, eventualmente, não gerar os efeitos positivos que se pretende, conforme elucida Dionisio (2019, p. 105):

A intolerância ao erro prejudica e distorce as decisões administrativas tomadas pelo gestor público, na medida em que faz com que ele dê um peso excessivo em sua ponderação decisória à possibilidade de ser responsabilizado por conta de sua atuação funcional e deixe de lado questões que dizem respeito propriamente ao interesse público. A formulação de um juízo decisório adequado, portanto, depende da existência de um espaço para o cometimento de equívocos.

Nessa linha, o medo excessivo de ser responsabilizado vai de encontro à necessidade de o Estado encontrar soluções rápidas e adaptar sua prática diante das constantes evoluções econômicas, sociais e tecnológicas. Por esses motivos, a interpretação do art. 28 da LINDB que mais se ajusta à intenção do legislador é aquela que permite a sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da eficiência na Administração Pública.

Um exemplo muito claro disso ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 966/2020, editada no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus, que trouxe em seu art. 1º disposição semelhante à do art. 28 da LINDB:

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

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.
(grifo nosso)

Essa disposição teve como objetivo trazer maior segurança ao administrador, que, no contexto de enfrentamento de uma pandemia, teve que agir prontamente e com base em poucas, ou até mesmo nenhuma evidência científica. Conferiu-se, assim, maior conforto decisório ao agente público para tomar as decisões necessárias, diminuindo-se o receio de responsabilização pessoal. Apesar de tratar de situação excepcional, essa medida provisória possui a mesma razão de ser do art. 28 da LINDB, razão pela qual merece ser destacada.

Alvo de muitas polêmicas, a MP nº 966/2020 provocou o ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 6421 e ADI 6428), propostas pela REDE Sustentabilidade e pelo Partido Democrático Trabalhista respectivamente, com o objetivo de declarar inconstitucional suas disposições, assim como o próprio art. 28 da LINDB.

No julgamento da medida cautelar dessas ações, o Plenário do STF, seguindo o voto do relator Min. Luís Roberto Barroso, deferiu parcialmente a tutela antecipada, conferindo interpretação conforme a Constituição dos arts. 1º e 2º da medida provisória, com a elaboração de duas teses:

[...] 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 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” (ADI 6421/DF).

Em relação ao art. 28 da LINDB, o STF afastou a pretensão cautelar, tendo em vista o artigo já estar vigente há mais de 2 anos e, evidentemente, não haver urgência na declaração de sua inconstitucionalidade. Para a discussão objeto deste artigo, é especialmente relevante o voto do Min. Gilmar Mendes, que enfatizou que as disposições da MP não divergem do regime de responsabilização dos agentes públicos já vigente no nosso ordenamento e se

posicionou pela possibilidade de a lei estabelecer “elementares culposas qualificadas”, tendo em vista a abertura da noção de culpa no texto do art. 37, § 6º, da Constituição (PALMA; ROSILHO, 2021, p. 52). O ministro ainda afirmou que “a norma impugnada não ilide tampouco atenua a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos, mas apenas qualifica a modalidade culposa aplicável” (ADI 6421/DF), o que não seria vedado pela Constituição.

Ainda, nota-se que a maioria dos ministros reconheceu o medo dos gestores públicos de responsabilização pessoal na tomada de decisões (PALMA; ROSILHO, 2021, p. 52). Segundo Palma e Rosilho, “outro significado igualmente relevante do julgamento refere-se ao entendimento de que a LINDB se aplica em todas as relações envolvendo o Poder Público, inclusive no controle: os órgãos de controle devem observar as regras da LINDB e não podem construir interpretações jurídicas criativas que mitiguem o alcance de seus preceitos” (p. 52).

Outro argumento para a aplicação abrangente do art. 28 da LINDB é a existência de outros dispositivos legais que também limitam, em certa medida, a responsabilização de determinados agentes públicos e que não são alvos das mesmas críticas pelos aplicadores do Direito. Como exemplos podemos citar o art. 143 do CPC, que limita a responsabilidade civil dos magistrados; o art. 181, relativo aos membros do Ministério Público; o art. 184 (advogados públicos); o art. 187 (membros da Defensoria Pública) do mesmo diploma legal; e o art. 73 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, que confere aos seus membros as mesmas garantias e prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

O objetivo desses dispositivos, assim como do art. 28 da LINDB, é fazer com que o agente público “não se torne refém de órgãos de controle que, pelo manejo de um conceito amplo de culpa, possam, em verdade, influenciar, interferir ou mesmo determinar o conteúdo dos atos de competência dos agentes controlados” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 218). Assim, não há qualquer motivo que justifique uma suposta inconstitucionalidade do art. 28 da LINDB, por qualificar o âmbito da culpa dos agentes públicos em geral, enquanto se permite a limitação da responsabilidade civil de membros específicos do corpo público, como dispõem os mencionados artigos do Código de Processo Civil.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a aplicação do art. 28 da LINDB não deve ser restrita à responsabilidade administrativa do agente público, sendo plenamente aplicável também à sua responsabilidade civil. Seja analisando a literalidade da lei, a intenção do legislador ou os efeitos práticos do dispositivo, todas as conclusões sugerem a

compatibilidade da qualificação da culpa com as normas constitucionais e demais legislações vigentes, não havendo justificativa jurídica plausível para restringir a aplicação do dispositivo à responsabilidade administrativa do gestor público.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. A repercussão do art. 28 da LINDB na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei nº 8.429/92. **GEN Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92>>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2021.

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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.

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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24073/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 06/11/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 31/10/2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-02 PP 00379.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6421/DF. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21/05/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 270, 12/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6428/DF. Relator: Roberto Barroso. Julgamento: 21/05/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 13/11/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.628/2018. Relator: Benjamin Zymler. Órgão Julgador: Plenário. Data da sessão: 18/07/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.391/2018. Relator: Benjamin Zymler. Órgão Julgador: Plenário. Data da sessão: 17/10/2018.

CARVALHO, Guilherme. O artigo 28 da LINDB é uma mera “bandeira branca”? **Migalhas**, 21 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/296719/o-artigo-28-da-lindb-e-uma-mera--bandeira-branca>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. **Consultor Jurídico**, 14 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opinio-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>>. Acesso em: 17 jul 2021.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

FERRAZ, Luciano. Alteração da Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. **Consultor Jurídico**, 29 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

NEPOMUCENO, Luciana Diniz; SANTANA, Letícia Maciel. O reflexo do art. 28 da LINDB na Lei de Improbidade Administrativa. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 269-285, 1º sem. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. **Zenite**, 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em: 14 jul. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. **SBDP**, 2019. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. Constitucionalidade do direito ao erro do gestor público do art. 28 da nova LINDB. **Revista da Controladoria-Geral da União**, v. 13, n. 23, p. 45-54, jan-jun 2021.

VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 16, n. 62, p. 161-186, jul./set. 2018.