

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

O LIMITE AO EXERCÍCIO DE PRERROGATIVAS NO DIREITO PÚBLICO:

A CLAÚSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO

ORIENTANDA: KARLA DE OLIVEIRA SILVA

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR RAFAEL ROCHA DE MACEDO

GOIÂNIA-GO

2021

KARLA DE OLIVEIRA SILVA

O LIMITE AO EXERCÍCIO DE PRERROGATIVAS NO DIREITO PÚBLICO:

A CLAÚSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, da Escola de Direito e Relações Internacionais, no Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUCGOIÁS.

Professor Orientador: Doutor Rafael Rocha de Macedo.

GOIÂNIA-GO

2021

KARLA DE OLIVEIRA SILVA

**O LIMITE AO EXERCÍCIO DE PRERROGATIVAS NO DIREITO PÚBLICO:
A CLAÚSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO**

Data da Defesa: 20 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Doutor Rafael Rocha de Macedo

Examinador Convidado: Prof. Mestre Marcos César Gonçalves de Oliveira

Dedico à minha família, meu refúgio, e, em especial à minha mãe Maria Lucimar de Oliveira Silva, fonte das minhas inspirações.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho que ora se oferece ao público resulta de uma caminhada de muito esforço e dedicação, que não é exclusivo de quem dele conta com o grau, senão de uma série de pessoas, que percorrem com seu apoio e auxílio, a vida e a obra de quem se submete a este longo processo de formação.

Assim, aqui é o lugar de mais uma vez reafirmar o reconhecimento e agradecimento, inicialmente, ao meu Deus, meu eterno professor, pela minha vida, por iluminar o meu caminho e auxiliar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo do curso.

Aos meus pais, não só pela oportunidade da vida, mas também por terem me ensinado os valores para enfrentá-la e que em tanto incentivaram.

Cabe, igualmente, um agradecimento especial a uma série de familiares, colegas e professores os quais enriqueceram, com suas contribuições e críticas, o resultado do presente trabalho. Cito, em especial, ao meu orientador Professor Doutor Rafael Rocha de Macedo, pela dedicação e discussão sobre várias questões objeto de reflexão nestas páginas.

Por fim, agradeço, ao Mestre Marcos César Gonçalves de Oliveira, sócio fundador do escritório GMPR Advogados e examinador convidado, pela ajuda inestimável na realização deste trabalho.

O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.

(Jonh Locke)

RESUMO

Estudando-se o Direito Público desde sua origem, com o Estado de Direito até os dias atuais, constata-se a ampliação do seu conteúdo e as frequentes modificações estruturais, intensificadas, no direito brasileiro, com a entrada em vigor da Constituição de 1988 e, mais recentemente, das modificações produzidas no Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB) pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. É justamente pelo atual cenário fático e jurídico em relação à ampliação ou delimitação do controle exercido sobre a Administração Pública e seus exercentes que se justifica o presente estudo e sua importância. Assim sendo, examinou-se a inovação ocasionada pelo advento da Lei n. 13.665/18, especificamente quanto ao limite ao exercício de prerrogativas no direito público, em especial a cláusula geral do erro administrativo. Ademais, informa-se que esta monografia é uma consequência da proposta metodológica qualitativa bibliográfica, distribuída em três capítulos, dos quais procura trazer uma análise em relação ao controle jurídico, a Lei n. 13.655/2018 e suas modificações, e, por fim, da cláusula geral do erro administrativo. Desse modo, o objetivo principal, a ser apresentado, é analisar e compreender a delimitação jurídica dada à atuação dos órgãos de controle sobre o limite ao exercício de prerrogativas no direito público com a utilização da cláusula geral do erro, que preceitua a responsabilização pessoal do agente público por dolo ou erro grosseiro por decisões ou opiniões, conforme previsão no artigo 28 da referida LINDB.

Palavras-chave: Controle Administrativo; Erro Grosseiro; LINDB.

ABSTRACT

Studying Public law since its origin, from the rule of law until now, we can notice its content upgrades and the frequent structural modifications, intensified, in Brazilian law, due to the entry in force of the 1988 Constitution and, recently, the modifications made in the Law-Decree n. 4.657/42 (Brazilian law's Introduction to the regulations law – LINDB) by the law n. 13.655 of April 25th 2018. It's precisely because of the phatic and legal scenario in relation to the expansion or delimitation of the control over the Public Administration and its practitioners what justifies the study and its importance. Thus, it was considered the innovation caused by the advent of the Law n. 13.655/18, specifically about its limit related to the prerogative exercise in the public law, especially the general clause on administrative error. Furthermore, it's informed this monograph is a consequence of the qualitative bibliographical proposal, distributed into three chapters, where it's proposed to make an analysis in relation to the Legal control, the law n. 13.655/2018 and its modification, and, finally, the general clause of the administrative error. Therefore, the main objective to be presented is analyzing and understanding the legal delimitation given to operation of control agencies on the limit to the exercise of prerogatives in public law with the use of the general error clause, which recommends personal liability of the public agent for deceit or huge mistakes made by decisions or opinions, accordingly provided for in article 28 of LINDB.

Keywords: Administrative Control; Huge mistake; LINDB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
2 DA LEI N. 13.655/2018 E SUAS MODIFICAÇÕES NA LINDB.....	18
3 DA CLAÚSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO	23
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

Inicialmente, destaca-se que a vida em sociedade pressupõe a existência de normas aptas a equilibrar direitos, deveres, comportamentos individuais e sociais. Assim, em meio a tantos escândalos envolvendo o Poder Público e seus agentes, como é o caso do *mensalão* e *lavajato*, viu-se uma enorme procura por ampliar o controle exercido sobre a Administração Pública por meio das normas jurídicas. E é sobre esse cenário fático e jurídico em relação à ampliação desse controle, a forma de responsabilização dos agentes públicos, assim como o declínio das funções daqueles gestores públicos, que se justifica a proposta das poucas linhas aqui argumentadas.

Desse modo, pontua-se que a ideia de controle da Administração Pública é inerente ao próprio surgimento do Direito Administrativo, enquanto estudo direcionado. Informa-se, portanto, que o Direito Administrativo tem como marco histórico a Revolução Francesa, momento em que se instituem a limitação e a separação dos poderes do Estado (MELLO, 2013, p. 38 e seguintes). Desde então, o controle do Poder Público apresenta-se como um dos mecanismos políticos dos Estados republicanos e do regime democrático.

No Brasil, por sua vez, em detrimento das arbitrariedades e abusos de poder cometidos à época da ditadura militar, com a promulgação da Constituição em 1988 e as legislações subjacentes, definiram uma série de princípios e deveres a serem observados pela Administração Pública, bem como criaram uma cadeia de fiscalização dos atos, conforme destaca Sergio Ferraz no texto O controle da Administração Pública na Constituição de 1988 (FERRAZ, 1992, p. 64-73).

Assim, cada vez mais se tem privilegiado a ampliação das instituições e normas que visam controlar a atuação administrativa e buscar eliminar a corrupção e o abuso de poder no Brasil. Como decorrência, no âmbito federal, tem hoje, por exemplo, o Tribunal de Contas da União (TCU), a Polícia Federal, o Ministério Público, Poder Judiciário e Legislativo, dentre outros, responsáveis por fiscalizar e acompanhar a atuação da Administração Pública.

Nessa perspectiva, foram instituídas diversas leis a fim de delimitar a atuação do agente público, tal como estabelecer sanções em caso de descumprimento dos preceitos legais, como a Lei de Improbidade Administrativa, o Código Penal na seção dos crimes contra a Administração Pública, entre outras recepcionadas pela Constituição de 1988. E, publicadas

posterior à Carta Magna, tem-se a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) e, por último, a Lei n.13.655/2018 – a ser debatida no presente trabalho. Dessa forma, embora as particularidades de cada texto normativo, não deixam de revelar a preocupação quanto à atuação e a prática de ilícitos envolvendo a atividade administrativa.

Ocorre que, as normas constitucionais e infraconstitucionais são revestidas de caráter altamente abstrato, o que ao longo do tempo resultou na extrapolação da discricionariedade dos órgãos incumbidos de fazer cumpri-las. Logo, o excesso de controle dos agentes públicos e o aumento da burocracia estatal não obstaram a corrupção, mas tão somente serviu de instrumento para a sua prática. Ademais, os sistemas de controle externo acabaram por estimular condutas ou resultados indesejáveis na Administração Pública, chamado de disfunções do controle externo pelo autor Rodrigo Valgas, autor do Livro *Direito Administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilidade dos agentes públicos* (2020).

É com relação ao controle externo disfuncional e a carência de efetiva ponderação, quando da aplicação de normas, assim como das balizas limitadoras da extensão interpretativa dos órgãos é que se gerou o exercício medroso da função administrativa. O problema que se aponta, reside, portanto, na forma desordenada com que o controle tem se expandido e na rigidez com que os atos era sido fiscalizados.

Nesse viés, Robert King Merton já havia pontuado algumas preocupações com o exercício do controle, como: o apego a regulamento; excesso de formalismo e adesão a procedimentos (MERTON, 1968, p. 254-256). Da mesma maneira que, foi instituída uma ampla rede de controle, multiplicidade de instituições e estatutos voltados para esse fim, na prática observaram-se diversos órgãos de fiscalização investigando de forma isolada os mesmos fatos e ao mesmo tempo, e muitas das vezes para apurarem as mesmas responsabilidades.

Em estudo sobre a situação do controle no âmbito do Governo Federal, por exemplo, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça concluiu que “um dos problemas do sistema de controles brasileiros não está, portanto, na pluralidade de órgãos de controle, mas na falta de coordenação entre eles”¹, o que enseja graves lacunas no controle. E como consequência lógica da proliferação do controle, verificou-se verdadeira corrida pela

¹ LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009).

punição dos agentes públicos pelos controladores, sem, contudo, ponderar os fatos e a intenção do agente na prática do ato.

Nesse sentido, destacam-se as considerações de Carlos Ari Sundfeld:

Outro problema é que se espalhou no Brasil uma verdadeira obsessão em punir gestores públicos: fálhou, pagou; um exagero. Claro que a corrupção e o desvio de recursos públicos têm de ser combatidos com severidade. Mas grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião. Ora, falhas são próprias de qualquer organização; só não erra quem não age. Os controladores por acaso são punidos quando falham? De outro lado, é normal as opções do gestor não coincidirem com as preferências do controlador: o direito tem muitas incertezas, não é matemática; divergências de interpretação sobre fatos e leis não é crime. Portanto, punição é um erro para esses casos.

À vista disso, é possível afirmar introdutoriamente que, o intrincado excesso de controle dos agentes públicos e o aumento da burocracia estatal foram justamente uma das causas das ineficiências não só do próprio sistema de controle, mas como de sua própria atuação ordinária. E foi justamente nesse contexto, que propiciou um receio permanente no sentido do risco inerente ao manejo das funções, dado a pluralidade de hipóteses de responsabilizações que recaem sobre o mesmo fato e a falta de estrutura na tomada de decisão.

Assim, nesse cenário caótico, houve o trâmite do Projeto de LEI N.349/2018 e posterior aprovação da Lei n. 13.665/2018, que surgiu com intuito de tratar com urgência a deterioração da segurança jurídica no ambiente público normativo brasileiro e, voltada, portanto, a inserir alterações na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42) - a partir de então referido apenas como LINDB -, e orientar a interpretação do direito público no Brasil.

O projeto do qual se originou a Lei n. 13.655/2018 foi proposta por iniciativa do Senador Anastasia, do PSDB. O PLS n. 349/2015 foi um projeto pouco discutido e apoiado, inclusive com mobilização em favor do veto integral ao projeto de lei aprovado. Após a publicação da Lei, em junho de 2019, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA promoveu um encontro para discutir e formular enunciados de interpretação dos novos dispositivos direito público², tendo em vista a grande importância dos novos dispositivos legais.

² Os enunciados representam, conforme o Presidente do IBDA, o professor Fabrício Motta, uma importante ferramenta utilizada pela doutrina brasileira no processo da interpretação da lei. Assim, no dia 14 de junho de 2019, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo realizou seminário intitulado “Impactos de Lei nº

No entanto, embora seja louvável e positiva para a sociedade essa preocupação com o controle da ação estatal e com orientações legais para a interpretação do direito público no Brasil, tendo em vista o alcance de segurança e eficiência, a Lei n. 13.655/2018 gerou algumas controvérsias, de modo a reativar o debate sobre a chamada “Administração Pública do medo” ou “Direito Administrativo do Medo”³, expressão usada pela primeira vez em 08 de maio de 2015 em Conferência que recebeu o mesmo nome, dado o quadro de temor e inação da Administração Pública.

Essa constatação é bastante surpreendente se tomarmos por referência o novo norte hermenêutico apto a conduzir o controle dos atos e condutas dos agentes públicos, pois polemizou ainda mais os termos aplicáveis para responsabilização, como são os casos de culpa grave e erro grosseiro. Desse modo, a relevância jurídica da matéria é demonstrada pelas inúmeras decisões predominantes de uma compreensão autoritária do direito administrativo, que enfatiza as prerrogativas excepcionais do poder público do que os deveres jurídicos da Administração e as garantias do administrado.

Assim, com relação ao controle, enquanto uns posicionam por um controle punitivo estatal mais autocontido, com afirmação que a ampliação deste e o aumento da burocracia estatal não impedem a prática de arbitrariedades e, ao final, só prejudicam o bom gestor. Outros, no entanto, afirmam que após as alterações promovidas pela Lei n. 13.655/18 à LINDB, cria um ambiente de maior segurança jurídica para o administrador bem-intencionado e que quer agir de maneira inovadora.

Assim, abordar-se-á o limite ao exercício de prerrogativas no direito público e da cláusula geral do erro, no qual se verifica a responsabilização pessoal do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro por decisões ou opiniões. Neste caminho, tratar-se-á sobre o controle do comportamento da Administração Pública no Brasil, que tanto influencia na responsabilização, a Lei n. 13.655/2018 e suas modificações na LINDB.

À vista disso, sem dúvida este é um dos mais significativos temas a ser argumentado atualmente para melhor compreendermos as melhorias e/ou deficiências do modelo de controle da administração pública e as mudanças ocorridas a partir de 2018. Como se pode

13.665/18 no Direito Administrativo” e formulou vários enunciados. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 25 set. 2021.

³ A Conferência “Direito Administrativo do Medo” foi realizada no II Congresso da Advocacia Sul Catarinense e III Congresso Catarinense de Direito Eleitoral, realizada na cidade de Criciúma, Santa Catarina, nos dias 07 e 08 de maio de 2015.

antever é um tema revoltado, que utilizando as palavras do brilhante Rodrigo Valgas (2020, p. 51) “parece invocar a impunidade dos agentes públicos; contraria a ideia que é bom que o agente administre com medo; e afronta o senso comum que devemos moralizar a todo custo o espaço da política nacional”.

Nesse momento, necessário pontuar que, não está a defender a flexibilização ou inexistência de controle perante as ações dos agentes públicos, mas uma correta análise dos termos para essa responsabilização. Isto porque, a ampliação do controle e o aumento da burocracia estatal sujeitaram-se a prática de arbitrariedades e punições genéricas, sem a observância expressa das conceituações contidas, como por exemplo, na Lei de Improbidade Administrativa e, a partir do ano de 2018, do próprio artigo 28 da LINDB.

Assim sendo, a originalidade deste estudo consiste em agrupar temas que costumam ser estudados isoladamente diante da novidade legislativa, mas que devem ser tratados sistematicamente e conjuntamente para explicar o fenômeno da cláusula geral do erro administrativo e o seu impacto na vida dos agentes públicos.

1 DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O tema controle da administração, como visto, é admirável por tocar diretamente com algo enraizado no próprio direito administrativo e na realidade do Estado Brasileiro, em razão da relação fundamental entre governantes e governados. Desse modo, para uns o direito administrativo seria o direito das prerrogativas exorbitantes da Administração Pública e para outros, é antes direito defensivo do cidadão frente ao poder estatal.

No Brasil, por sua vez, como destaca o autor Paulo Modesto (1997, p. 2), predominou sempre uma compreensão autoritária do direito administrativo do que os deveres jurídicos da Administração e as garantias do administrado. E, nos dias atuais, ao contrário, assistimos na doutrina uma corrida, ao menos o maior destaque, aos instrumentos de controle do poder; e no campo legislativo, a edição de normas gerais de responsabilização e controle dos gestores administrativos, sendo o caso do texto legal insculpido no artigo 28 da LINDB.

Inclusive, esclarece-se que responsabilidade e controle são dois termos de uma mesma relação jurídica, mas não podem ser tratados como idênticos. Pois, enquanto a responsabilidade diz sobre a situação jurídica do sujeito controlado face ao sujeito controlante, termo esse a ser mais bem esclarecido em tópico final. O controle, por sua vez, é

termo que compreende a situação jurídica do controlante face ao controlado. Assim, a sujeição ao controle é algo inerente a própria atuação administrativa.

Neste tópico, destacaremos o controle da administração pública, iniciando por sua definição. Assim, a palavra controle é originária da palavra *rotulum*, historicamente ligado às finanças (CASTRO, 2009), de modo que controlar tem sua origem na atuação das ciências contábeis/financeiro quando Taylor, pioneiro da administração científica, utilizou o controle como uma das funções da administração.

No campo do direito, de modo geral, entende-se que a finalidade do controle é a de assegurar que a o controlado atue sempre em consonância com os princípios que lhe são impostos pela lei. No direito administrativo, por seu turno, o controle da Administração Pública é considerado, segundo José dos Santos Carvalho Filho, como o “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder” (2020, p.1013).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no entanto, o controle abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos (2020, p. 942). Logo, em resumo, o controle constitui um poder-dever daqueles que a lei atribuiu essa função, em especial, pelo seu fim corretivo, como é o caso do controle judicial dos atos da Administração, e um direito dos administrados à medida que pode e devem provocar o procedimento de controle.

Com efeito, a fiscalização e a revisão (ou a chamada correção, segundo Di Pietro) são elementos básicos do controle. Por conseguinte, a fiscalização é a verificação sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativo e a finalidade pública. Enquanto a revisão ocorre quando verificado infringências as normas legais, ou há necessidade de alterar algum procedimento ou ato para melhor ser atendido o interesse coletivo.

Numa abordagem mais doutrinária, necessário destacar que o controle possui dois pilares principiológicos de sustentação. O primeiro é o princípio da legalidade, tendo como premissa o fato de a função administrativa se desenvolver a partir da lei, e que os agentes não possuem liberdade de atuação como os particulares em geral. Nesse sentido, para Seabra Fagundes administrar é aplicar a lei *ex officio* (1979, p.21), ou seja, para o desempenho das funções de gestor, por exemplo, é necessário obedecer ao disposto em lei, embora, muitas vezes, não tenha instrumentos adequados para chegar a essa conclusão.

De outro lado, temos como princípio de sustentação do controle as políticas administrativas, que de modo amplo, é a capacidade de a Administração estabelecer diretrizes públicas de modo mais eficiente e rápido possível, pois o alvo desta é o interesse público e é justamente por este motivo que estará a exigir o controle da atuação.

Desse modo, estabelecido algumas linhas gerais a respeito do controle, deve-se pontuar, neste momento, que o controle Estatal pode ser exercido de duas formas, pelo chamado controle político ou controle administrativo. Quanto ao controle político, tem-se por pautado no equilíbrio entre os Poderes estruturais da República, qual seja, Legislativo, Executivo e Judiciário, no importantíssimo sistema de freios e contrapesos, em que um poder teria a função de controlar e fiscalizar a atuação de outro, a fim de impedir abuso do poder.

Nesse caso, por exemplo, encontramos a previsão de controle político no artigo 66, §1º da Constituição Federal, no qual o Poder Executivo por meio do veto controla a atuação do Poder Legislativo. Enquanto isso, o controle administrativo relaciona-se com as próprias instituições administrativas, no sentido de verificar se está agindo em conformidade com os princípios legais insculpidos no artigo 37 da Carta Magna, em especial, o da legalidade e moralidade. Nesse sentido, elucida Carvalho Filho: “todos os mecanismos de controle neste caso são empregados com vistas à função, aos órgãos e aos agentes administrativos” (2020, p. 1012).

Não obstante, a doutrina administrativa ainda classifica o controle em outras diversas categorias, mas aqui adotaremos, por respeito ao espaço, a classificação abordada por José dos Santos Carvalho Filho. Portanto, a princípio, apresenta a classificação do controle quanto à natureza do controlador, no qual Carvalho Filho (2020, p. 1015) declara ser um dos mais importantes, por levar em conta os setores do Estado - controle legislativo, judicial ou administrativo (ou executivo). O controle legislativo é aquele exercido pelo próprio Poder Legislativo sobre a atuação da Administração Pública; o controle judiciário ou judicial é realizado pelo poder judiciário sobre a legalidade ou ilegalidade dos atos; e por último, o controle administrativo é aquele exercido sobre seus próprios atos, denominado autotutela.

De outro lado, quanto à extensão do controle subdivide-se em controle interno e externo, sendo o primeiro aquele realizado por cada um dos Poderes em relação aos seus próprios atos, como é o caso da corregedoria em relação aos atos praticados pelos serventuários da Justiça. E o segundo, sendo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro.

Quanto à natureza do controle, temos legalidade e mérito. O controle de legalidade ocorre a partir do confronto da conduta omissiva ou comissiva com a norma jurídica, podendo ser realizado internamente pelos órgãos da mesma Administração ou externamente, realizado por órgãos de poder diverso. O controle de mérito, por sua vez, é aquele destinado a verificação da conveniência e da oportunidade da conduta administrativa, afere-se, portanto, se uma conduta merece prosseguir ou ser revista. Com efeito, o controle de mérito é privativo da Administração Pública, de modo que não é dado ao Poder Judiciário revisar, no mesmo sentido encontramos os ensinamentos do autor Hely Lopes Meirelles (1993, p. 572).

Quanto ao âmbito da Administração, o controle pode ser por subordinação ou por vinculação. A subordinação ocorre quando é exercida por diversos patamares da hierarquia dentro da mesma Administração e a vinculação ocorre quando o poder de fiscalização e de revisão é atribuído a uma pessoa diversa daquela que praticou o ato. Quanto à oportunidade, tem-se que o controle pode ser prévio, concomitante ou posterior. O controle prévio é aquele exercido antes de consumar-se a conduta administrativa, atua preventivamente. O controle concomitante, por seu turno, é aquele que ocorre à medida que vai se desenvolvendo a conduta e o controle posterior tem por finalidade a revisão da conduta após sua ocorrência.

Por último temos a classificação quanto à iniciativa, de modo que se considera a origem do controle, que pode ser de ofício ou provocado. O controle de ofício é o executado pela própria Administração, caracterizado como poder de autotutela e o controle provocado, por sua vez, é aquele que precisa ser deflagrado por um terceiro, como é o caso da iniciativa popular que ao verificar a prática de um ato ilegal faz uma representação perante o órgão responsável.

Assim, embora a imensa quantidade de classificações, no que diz respeito à abordagem deste trabalho, tem-se que o controle na prática, por vezes, é resumido na vinculação da administração da coisa pública e na aplicação mecânica da lei, como já argumentado. Portanto, o gestor que cumpre a lei é considerado probo em qualquer cenário, entretanto esse cenário perfeito talvez nunca tenha realmente existido, por não dispor a lei toda ação administrativa.

Denota-se que, o ato de gerir, implica funções proativas de prestação de serviços e considerações complexas, mas os órgãos controladores parecem crer fielmente no mundo de aplicação exata da lei, o que seguindo o administrador os comandos normativos, não seriam objeto de controle e conseqüentemente punidos. Esse gestor é considerado, inclusive, como

administrador médio pela jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União, um verdadeiro Hércules administrativo, num paralelo com Dworkin (2007).

Logo, segundo Rodrigo Valgas, o excesso e a insegurança na atividade controladora levam a própria oposição da finalidade do controle da administração pública (2020, p. 45). Nesse contexto, como muito bem sintetizou Carlos Ari Sundfeld “o que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não”. Passemos, então, a verificar os “sins” projetados no direito público após a edição da Lei n. 13.655/2018.

2 DA LEI N. 13.655/2018 E SUAS MODIFICAÇÕES NA LINDB

Como apresentado alhures, tem-se que o controle, por vezes, é resumido na aplicação mecânica da lei e recebendo o gestor público como resposta, diversos “nãos”. Ocorre que, com o reconhecimento da interpretação como modalidade normativa, resultou na proliferação de normas cada vez mais abstratas, compostas por expressões e conceitos indeterminados. Com isso, perdeu-se de vista a segurança jurídica no ato de controle estatal, a ponto de que alguns autores/controladores passem a sofrer de “pricipiatite” (VALGAS, 2020, p. 25), pois tudo poderia ser resolvido por princípios e interpretações pessoais.

Ou ainda, como afirmado por José Vicente de Santos Mendonça (2018, p. 46), os controladores buscaram a realização do controle de modo exibicionista para que seu ato fosse publicamente reconhecido, evento que o autor chamou de “cultura do hipercontrole”. Nesse contexto, na busca de como impor limites à atividade interpretativa, a exagerada sujeição a espécie de “aval decisório” dos órgãos de controle e o temor de responsabilidade existente nos gestores públicos, os juristas buscaram a liberdade do exercício das prerrogativas funcionais na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Sucedese que, como indagado pelo colega Felipe Belchior em seu trabalho de conclusão de curso⁴, se o problema da segurança jurídica foi gerado por normas abstratas e conceitos indeterminados, “como uma lei ordinária, abstrata e integralmente composta por conceitos indeterminados seria a solução?” (2021, p. 45). Nesse sentido, Floriano de Azevedo

⁴ LEMOS, Felipe B. T. C. **A interpretação das normas de direito no âmbito judicial após o advento da Lei n. 13.655/18 (LINDB)**. Monografia. Bacharelado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiás, p. 45, 2021.

Neto (2018, p. 98) explica que a LINDB contém normas de aplicação reflexa, as quais se destinam a oferecer normas de interpretação que serão aplicadas aos demais dispositivos do ordenamento jurídico.

Para tanto, a Lei n. 13.655/2018 tem como seu maior objetivo oferecer disposições acerca da segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, de modo a delimitar a abrangência do uso de preceitos que já faziam parte no ordenamento legal Brasileiro e regular a tomada de decisão nas esferas administrativa, controladora e judicial. Nessa perspectiva, resta apresentar-lhes cada alteração na LINDB.

Em seu primeiro artigo – correspondente ao artigo 20 da LINDB –, a Lei n. 13.655/2018 inicia-se determinando que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que considerem as consequências práticas da decisão. Ora, desnecessária a expressão “esfera controladora”, pois na verdade inexistente esse tipo em caráter autônomo, embora para alguns seja necessário qualificar como aquela exercida pelos Tribunais de Conta - mas mesmo nesse exemplo acabam por desempenhar a própria função administrativa.

Para, além disso, a norma quis evitar a utilização de fundamentos exclusiva em valores abstratos, como são o caso do interesse público, moralidade administrativa e a dignidade da pessoa humana. Em vista disso, busca-se evitar o subjetivismo na aplicação de princípios ou palavras de conceitos abertos, sobretudo porque enseja insegurança jurídica. Apesar disso, o artigo em questão não proíbe decisões fundadas em valores abstratos, mas tão somente determinam que estas não sejam proferidas de modo irresponsável, sem considerar as consequências dessa decisão.

Desse modo, a lei procura, então, dar uma maior ênfase à ponderação dos fatos, orientando o controle a desenvolver um respeito para com as circunstâncias e dificuldades da vida enfrentada pelo gestor público. Assim, o que a lei tentou foi estimular que haja soluções mais justas, de modo que ocorra a mitigação da responsabilização agente por decisões ou opiniões técnicas e, com fim, tentar diminuir o medo de uma responsabilização excessiva e anormal.

Por seu turno, o parágrafo único do artigo 20 em comento, dispõe sobre as motivações das decisões, de modo que deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidade do ato administrativo, por exemplo. A motivação, apesar da ausência de previsão expressa na Constituição, já era expressamente prevista na Lei n.

9.784/1999, de sorte que o parágrafo em comento reafirmou como norma geral a preocupação com a transparência sobre as razões que provocaram uma dada decisão administrativa.

Nesse sentido, de acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, só o fato de o agente público ter de motivar suas decisões faz com que haja um maior cuidado no exame do ato e aumenta a probabilidade de acerto em suas decisões (1979, p. 112). Nessa linha argumentativa, o Decreto n. 9.830/2019, que regulamenta os dispositivos de 20 a 30 da LINDB, acrescentados pela Lei n. 13.655/2019, é bastante claro quanto à exigência de motivação. Assim, em seu artigo 2º, o Decreto destaca como deverá ser uma decisão motivada, que, por sua vez, deve haver uma contextualização dos fatos e a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos, quando cabível.

O parágrafo 2º do artigo 4º do Decreto, igualmente, reforça o contido no artigo 20 da LINDB, com as seguintes diretrizes: “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade”. Assim, se permite simplificar a motivação disposta na Lei de Introdução, os órgãos de controle terão que privilegiar a clareza, transparência e a relação entre sua decisão e a realidade fática.

Em sequência, com a mesma preocupação com as consequências jurídicas e administrativas de determinadas decisões, o artigo 21 e seu parágrafo único da LINDB traz consigo expressamente a necessidade de indicação de consequências, mas desta vez, fala em consequências jurídicas e administrativas. O parágrafo único, por vez, trata das condições de regularização das condutas invalidatórias, exigindo que esta ocorra de modo proporcional e equânime. Assim, rememora-se que o fim é impedir decisões irresponsáveis.

Em vista disso, o artigo 3º, §2º, do Decreto n. 9.830/19, dispõe que: “na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”. Em outra passagem, o artigo 4ª, §1 do mesmo diploma processual, estabelece que: “a consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação”.

Desse modo, o desejo legal é trazer maior razoabilidade na interpretação da exigência disposta no *caput* do artigo 21 da LINDB, o que na contramão, pode provocar a intensificação do controle, pois a autoridade responsável pelo controle pode se sentir

estimulado a imiscuir em decisões que são discricionárias da gestão, usurpando-se da autonomia administrativa no ato da conveniência e oportunidade.

O artigo 22 da LINDB, por seu turno, está revestido de maior significância para o gestor inovador, mas que sofre com a falta de estrutura, tendo em vista que prevê que deverá levar em conta os obstáculos e as dificuldades do gestor e as exigências das políticas públicas de sua atribuição, consagrando-se, desse modo o princípio da realidade. Quanto ao regime punitivo, os parágrafos 2º e 3º do mesmo diploma legal, consagram as prerrogativas do gestor público, pois prevêm que na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos decorrentes, agravantes e atenuantes e antecedentes do agente.

Não trata-se de novidade, portanto, pois o princípio da proporcionalidade já impõe a verificação desses elementos para penalização do agente, entretanto deverão incidir, agora, os critérios generalizados da LINDB. De igual modo dispõe o parágrafo 3º, de modo que ao ser aplicado determinada sanção, deverá considerar aquelas da mesma natureza e pertinentes ao mesmo fato.

Por outro lado, o artigo 23 estabelece que a decisão ao anunciar nova interpretação ou orientação a respeito de norma de conteúdo indeterminado, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Isto pois, a consagração do regime de transição visa proteger os direitos dos interessados atingidos pela nova interpretação.

Em sentido análogo, no artigo 24 da LINDB o legislador procura fortalecer o princípio da segurança das relações jurídicas ao determinar que a revisão quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja produção já se houver completado, deve levar em conta as orientações gerais da época, de modo a proibir interpretações retroativas.

Como visto, trata-se de medida importante para a preservação do ato jurídico perfeito. Quanto em explicar o que seria as “orientações gerais” dispostas no *caput*, o parágrafo único elucida: “consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

Seguindo as disposições legais da LINDB, com a revogação do artigo 25, passa-se para a figura do compromisso entre a autoridade administrativa e os interessados, disciplinada no artigo 26. De plano, destaca-se que não houve grandes mudanças, apenas consolidou a orientação prevista na Lei n. 7.347/85, em seu artigo 5º, §6º, no qual franqueia a possibilidade de celebração de compromisso, com o fito de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Desse modo, o parágrafo 1º dispõe que o compromisso “buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais” e não “poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”, e ainda “deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”.

Da mesma forma, o artigo 27 prescreve sobre a possibilidade de celebração de compromisso, agora impondo compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. Assim, uma vez verificada a incidência da norma ao caso, a compensação passa a ser um direito objetivo do sujeito prejudicado e que, portanto, deve ser aplicada.

Quanto ao artigo 28, abordar-se-á em tópico próprio para melhor delimitação de suas especificidades e fundamental importância para o presente estudo. Por seu turno, o artigo 29, prescreve não a obrigação, mas a possibilidade de edição de atos normativos serem precedida de consulta pública, de modo que nada mais faz do que concretizar o princípio da publicidade. Por esse ângulo, cumpre-se destacar que o dispositivo trata da realização de consulta pública como facultativa: a lei diz que a edição de atos poderá ser precedida de consulta.

Por derradeiro, em seu artigo 30, o legislador preocupou em relacionar os instrumentos a serem utilizados pelo administrador, de maneira exemplificativa, mas que promoverá a segurança e uniformidade na aplicação das normas que terão caráter vinculante. Nesse sentido, dispõe que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

Desse modo, chega-se ao fim das disposições consagradas pela Lei n. 13.655/18, a qual, ao menos de forma teórica, é válido reconhecer que sua aplicabilidade é chave para a proteção da segurança jurídica, mas que carece em diversos pontos de um olhar mais atento, de modo a fornecer uma maior segurança ao agente público no exercício de suas

prerrogativas. Passa-se então, ao tema central do estudo, qual seja a cláusula geral do erro administrativo disciplinada no artigo 28 da LINDB.

3 DA CLAÚSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO

Uma das maiores controvérsias sobre os novos dispositivos da LINDB recai justamente sobre o artigo 28, segundo o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Sobre esse limite ao exercício das prerrogativas na realização de decisões ou opiniões técnicas, há algumas considerações a ser realizada.

Primeiro, de acordo com o Enunciado n. 18, formulada no encontro do IBDA/Tiradentes (2018)⁵, a LINDB “impacta todas as regras de direito público, especialmente aquelas que tratam da responsabilização dos agentes públicos que decidem ou emitem opiniões”. Nessa perspectiva, dispositivos legais como o artigo 10 da Lei de Improbidade, devem ser interpretados de acordo com o artigo 28, de modo a afastar a possibilidade de configuração de improbidade sem a presença de erro grosseiro. E, não de outro modo, o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal passa-se a exigir o dolo ou erro grosseiro para fins da responsabilidade regressiva do agente público.

Nesse sentido foi o entendimento firmado nos Enunciados n. 19 e 20, formulada também no encontro do IBDA/Tiradentes. Assim, verifica-se a alta importância da previsão normativa, posto que, conforme anota Fabrício Motta (2020, p. 93), resulta-se de uma das maiores angústias dos órgãos técnicos que emitem pareceres, por poder haver uma responsabilização e a ação controladora estatal, quando na verdade deveria haver uma autonomia técnica, de modo que a emissão da opinião ocorresse com o máximo de isenção.

Assim, tratar-se-á sobre a limitação legal da responsabilidade do administrador apenas em caso de dolo ou erro grosseiro (artigo 28). Iniciemos nossa análise a partir da premissa delineada por Rodrigo Valgas, de que as normas protetivas dos agentes públicos contidas na LINDB “consagram verdadeira limitação ou blindagem decisória” (2020, p. 262). Desse modo, conforme entendimento partilhado por Pedro de Hollanda Dionísio, possuir um espaço

⁵ A propósito do tema, conferir: Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 29 set. 2021

para que o gestor público possa “cometer erros sem ser responsabilizado é essencial para atrair bons profissionais” (2019, p.110).

Portanto, acerca do tema da tolerabilidade ao erro, frisa-se que a ampla responsabilização por quaisquer falhas conduz à paralisação da atividade administrativa e o retorno da expressão “direito administrativo do medo”, como já citado. Assim, o simples descumprimento das normas não pode ser autorização para a imediata responsabilização, devendo-se aceitar um espaço de tolerância ao risco administrativo.

Assim sendo, Pedro de Hollanda Dionísio descreve alguns parâmetros para que os erros sejam tolerados, dos quais cita: (i) diligência, quanto mais intenso for o nível de diligência do gestor público, maior será o espaço de tolerância; (ii) exigência do cargo ocupado, quanto mais distante for o erro dos conhecimentos exigidos pelo cargo, maior será a tolerância; (iii) grau de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão, quanto maior o seu nível também deve ser a tolerância; e (iv) grau de aderência da decisão em relação as informações coletadas, que quanto mais coerente maior deve ser também o espaço de tolerabilidade (2019, p. 130 – 151).

Compreendido a necessidade de possuir tolerância quanto ao erro praticado pelo gestor público, haja vista não ser um verdadeiro Hércules administrativo, cumpre-se verificar as expressões e suas definições previstas no dispositivo legal. Assim, o artigo 28 da LINDB prescreve que a norma é destinada ao “agente público” que ao decidir ou emitir opiniões técnicas com dolo ou erro grosseiro deverá responder pessoalmente, de modo a amparar o gestor ou agente público bem-intencionado ou inovador que não agir de modo doloso ou em erro.

Pois bem, vislumbra-se, inicialmente, que os destinatários da norma são os agentes públicos, que nos ensinamentos de Binenbojm e Cyrino (2018, p. 207), abrangem os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, os contratados em caráter temporário, além de qualquer pessoa que exerça função pública ou contratada mediante delegação - ou algum tipo de subvenção. Assim, o agente público em referência é o mesmo disciplinado pela Lei n. 8.429/1992 - LIA.

Em segundo, temos a expressão “responderá”, para tanto o termo responsabilidade, conforme definição exposta por De Plácido e Silva, “revela o dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais que lhe são

impostas” (2010, p. 1214). Desse modo, é a capacidade jurídica para assumir as consequências da própria conduta face ao sujeito controlante, que neste caso é decorrente da emissão de opiniões técnicas ou decisões.

Em terceiro, temos que haverá responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas. Inobstante, ao legislador utilizar os termos “opiniões” e “decisões”, o artigo 28 deixa indiferente se este é vinculante ou não, assim quis se inferir que o agente público será responsabilizado tanto pela prática de atos decisórios quanto pelo oferecimento de uma orientação, no âmbito do direito público. Logo, a abrangência da norma vai desde a contribuição de um técnico até a ação concreta, apta a promover transformações na esfera jurídica.

Portanto, a princípio, ao referir-se a “opiniões técnicas”, previu que esse ocorresse por meio de pareceres no exercício de uma atividade de consulta, como é o caso de advogado público. Nesse ínterim, segundo Thiago Marrara, parecer é uma manifestação técnica, geralmente escrita e imparcial, que se destina a subsidiar a autoridade administrativa em sua decisão (2019, p. 357). Di Pietro (2015, p. 222), por sua vez, define o parecer como “o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”.

Assim, em acordo as definições terminológicas, são características do parecer: (a) concretude: relaciona com questões específicas; (b) tecnicidade: o parecer possui conteúdo técnico a respeito de determinada matéria; (c) formalidade: em regra, são escritos; (d) anterioridade: o parecer é produzido para dar subsídio ao gestor público tomar determinada decisão; e (e) imparcialidade: é excluída das relações hierárquicas da Administração Pública, de modo a assumir uma posição mais isenta.

Fabício Motta (2020, p. 94), por sua parte, classifica os pareceres em:

(1) quanto à necessidade de solicitação: (a) facultativo, quando há obrigatoriedade legal; e (b) obrigatório, quando é dever legal que constem do processo administrativo; e (2) quanto aos efeitos: (a) vinculantes, quando da decisão final da autoridade competente não puder se desviar de seu conteúdo; e (b) opinativos e não vinculantes, quando a autoridade puder decidir de forma diversa, desde que motive sua decisão.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.073/DF manifestou que existem três tipos de pareceres: o facultativo (ou opinativo), o obrigatório e o vinculante. O facultativo ocorre quando solicitado por autoridade que pretende praticar algum ato e desconhece a matéria. O obrigatório é aquele previsto em lei, que vinculam o gestor a recomendação do parecerista, mas pode solicitar novo, caso discorde do

primeiro. E o vinculante, por sua vez, é aquele que a Administração é obrigada a solicitá-la e acatar sua recomendação por completo.

A discussão sobre a responsabilidade do parecerista, embora já pacificada é antiga. Por esse ângulo, Bienenbojm e Cyrino (2018, p. 208) explicam que o Supremo Tribunal Federal decidiu, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 24.584/DF, em 2007, que pode haver hipótese além de erro grosseiro e dolo que poderia conduzir a responsabilização, nos casos que envolvesse parecer de caráter vinculante e obrigatório. Por conseguinte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite a responsabilização, em caso de parecerista, se houver erro grosseiro, dolo ou sua opinião tiver teor vinculante.

Nessa conjuntura, o artigo 28 da LINDB, entretanto, com o fito de encerrar a discussão, determinou que independentemente da natureza do parecer emitido, apenas responderá o agente público nos caso de dolo ou erro grosseiro. Nesse sentido, esclarecem Binenbojm e Cyrino (2018, p. 211):

O artigo 28 da LINDB vem em boa hora e elucida que, independentemente do caráter vinculante, ou ainda, existindo ou não teor decisório extraível do parecer, o fato é que só haverá responsabilidade em caso de erro grosseiro ou dolo. De fato, o art. 28 refere-se a opiniões e decisões, de modo que se torna indiferente saber se há ou não caráter vinculante no parecer. O fundamental é verificar se há dolo ou erro grosseiro.

Portanto, a questão controvertida resta evidenciada na responsabilidade por dolo e, principalmente, pelo erro grosseiro do agente. Com isso, haverá dolo quando o agente público agir com intenção de praticar um ato contrário à Administração Pública. Assim, para se verificar a ocorrência do dolo pressupõe-se exame de elemento subjetivo (intenção), o que dependerá de investigação cuidadosa a ser desempenhada pelos órgãos de controle.

Destarte, dolo no dizer de Cezar Roberto Bitencourt é a “consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Welzel, ‘dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito’” (2011, p. 314). Dessa maneira, o dolo implica diretamente a intenção do agente em realizar uma conduta e este, por sua vez, implica a responsabilização. Com exceção das hipóteses em que, embora a conduta seja dolosa, ao seja típica ou não seja culpável.

Por fim, o artigo 28 da LINDB fala em “erro grosseiro”, termo de conceito jurídico indeterminado e que, por isso, provocou grandes questionamentos. Desse modo, cumpre-se determinar que a ocorrência do erro, sem grau de elevação, se dá pela simples falsa percepção

da realidade, o que nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira é a “falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada” (2013, p.434).

Ocorre que, não se admite a responsabilização por qualquer erro, mas tão somente aquele erro grosseiro. Assim, a cláusula geral do erro administrativo, por sua vez, compreende a falsa percepção da realidade, compreendendo erro inconcebível, como, por exemplo, a aplicação de dispositivo legal já revogado ou a ignorância de uma prescrição. Conquanto a previsão frisa-se que o erro grosseiro não afasta a incidência de culpa, o que por consequência estão abrangidas a noção de imprudência, imperícia e negligência, quando estas forem de natureza grave ou gravíssima.

Nesse sentido, editou-se o Decreto n. 9.830/2019, a fim de regulamentar o disposto nos artigos 20 ao 30 da LINDB. Em específico, quanto ao artigo 28, o Decreto destinou o artigo 12 para regulamentá-lo, assim redigido:

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.

Nessa toada, considera-se erro grosseiro aquele que é manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, e complementa o parágrafo primeiro, que é aquele caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Ora, a despeito da limitação de decidir com base em valores jurídicos abstratos,

insculpido principalmente no artigo 20 da LINDB, para definição de um termo indeterminado como erro grosseiro, utilizou-se de outro termo de difícil configuração, qual seja, culpa grave.

O Acórdão n. 2.391/2018 do Tribunal de Contas da União – TCU, mencionado pelo autor Rodrigo Valgas (2020, p. 288), buscou estabelecer alguns parâmetros para identificar o erro grosseiro:

83. Tomando como base esse parâmetro (erro substancial previsto no artigo 138 do Código Civil), 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. “Sem comentários no original”

Desse modo, percebe-se uma associação dos conceitos de erro grosseiro à culpa grave, tanto pelo artigo 12 do Decreto n. 9.830/2019 como pelos órgãos controladores. Antes, aponta-se que a culpa simples é a inobservância do dever objetivo de cuidado resultando num resultado não querido, mas objetivamente previsível. A culpa se manifesta pela negligência, imprudência ou imperícia, definido por Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 329) do seguinte modo:

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente.
Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação. É o não fazer o que deveria ser feito antes da ação descuidada.
Imperícia é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimento técnico par ao exercício de arte, profissão ou ofício.

Entretanto, em razão da disposição do artigo 28 da Lei n. 13.655/2018, não pode mais o agente público responder a título de culpa em qualquer intensidade, mas tão somente aquela de maior gravidade, que supera a simples falta de diligência, assim sendo como culpa grave. Em conformidade com essa premissa, a culpa grave é caracterizada como o cometimento de negligência, imperícia ou imprudência em níveis elevados.

Nesse sentido, destaca a definição de culpa grave realizada por Pontes de Miranda, como sendo: “a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave” (1958, p.72). Lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do REsp

213994 MG 1999/0041561-2, assim afirmou que “a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”.

À vista disso, cumpre-se elucidar que para a caracterização da culpa grave, como visto não se obriga à análise de elemento subjetivo do agente público, mas tão somente objetivo e, portanto, fugindo da ideia de homem médio tanto utilizado, de forma exclusiva, pelos órgãos de controle para a identificação do erro grosseiro. Logo, acrescenta-se o impacto imediato da cláusula geral do erro administrativo na reconfiguração da noção de administrador médio e na limitação do exercício de prerrogativas no Direito Público.

Quanto à medida do homem médio padrão ou do administrador médio anteriormente mencionado, o problema se posta na chamada zona de incerteza. Isso, devido ao fato de que, por vezes é utilizado o padrão do homem médio para analisar condutas e imputar responsabilidades, tendo como juízo de comparação entre a conduta em análise e a conduta que teria de ser tomada por qualquer pessoa.

O homem médio, portanto, é uma figura, ainda utilizada, para fornecer um referencial de solução de certas questões complexas e para se concluir se uma conduta é a correta, diante daquele dotado de capacidade cognitiva, com grau de conhecimento e de informação intermediária, exigível de qualquer pessoa. Nessa medida, o erro grosseiro antes era aquele que dificilmente seria cometido por outra pessoa, dotada de capacidade similar daquele agente público que praticou a conduta. Ocorre que, trata-se de uma referência fortemente influenciável pela subjetividade do controlador, e que, isoladamente não pode ser considerada como caracterizador do erro grosseiro.

Assim sendo, para adequada utilização do artigo 28 da LINDB e consequente responsabilização nos casos de dolo ou erro grosseiro pelos órgãos de controle, é necessária a determinação de elementos objetivos, de modo que impeça a subjetividade daqueles em identificá-la. Semelhantemente, é imprescindível aferir o grau de diligência e os demais parâmetros estabelecidos, por exemplo, por Pedro de Hollanda Dionísio, assim como deve a autoridade controladora demonstrar efetivamente o nível de culpabilidade incorrida pelo agente, nos termos do artigo 20 e 21 da LINDB.

A título informativo complementar, com relação à responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro definidos no artigo 12 do Decreto n. 9.830/2019, o parágrafo 2º definiu que “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”.

No caso, verifica-se o cumprimento do artigo 20 e seu parágrafo único da LINDB quando determina que sejam consideradas as consequências jurídicas e deve haver motivação das decisões. Não obstante, igualmente considera-se o artigo 22, §2º da LINDB, prevendo que “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”.

Além de que, com a previsão de indispensabilidade de comprovação, nos autos do processo de responsabilização, da situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro, não dá margem para decisão divergente pelo agente controlador, fundada exclusivamente em termos indeterminados ou propicie a continuidade de situações em que os agentes públicos ficam reféns de simples divergência de opiniões dos órgãos de controle.

Ademais, o parágrafo 3º do artigo 12 do Decreto n. 9.830/2019 dispõe que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica a responsabilização imediata, se não comprovados o dolo ou o erro grosseiro do agente público. Em sequência, o parágrafo 4º, em obediência ao chamado primado da realidade inculpada no artigo 20 da LINDB, determina que a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público deverá ser considerada em eventual responsabilização do agente público.

Seguidamente, o parágrafo 5º do artigo 12 tenta eliminar decisões que, por considerar tão somente os valores dos supostos danos ao erário, eram utilizados, por si só, como elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo. O parágrafo 6º define que a responsabilização por opinião técnica não se estende de forma automática daquele que a adotou como fundamento de decidir, mas tão somente quando verificado igualmente o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

Logo depois, quanto ao exercício do poder hierárquico, o parágrafo 7º define que somente responderá por culpa *in vigilando* se da omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo. Em complemento, o parágrafo 8º dispõe que, na ocasião do parágrafo 7º, quando do poder hierárquico, não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

Em conclusão, resta reafirmar que a Lei n. 13.655/2018 tem sua razão de existir na repressão e prevenção de abusos no exercício da atividade de controle da Administração

Pública. De modo que, o artigo 28 da LINDB vem estabelecer um novo paradigma para atuação do controle, nos quais, apenas ensejará a responsabilização pessoal do agente público por decisões ou opiniões técnicas se este agir, de fato, com dolo ou erro grosseiro/culpa grave.

CONCLUSÃO

Foram coletadas informações literárias disponíveis sobre o tema, inseridas numa proposta metodológica qualitativa bibliográfica, envolvendo o método dedutivo e a pesquisa teórica. A primeira hipótese levantada foi de que o antigo modelo de controle da administração mantinha-se deficiente face aos termos abstratos e condutores de responsabilização genérica e subjetiva. E, de fato, a ampliação do controle dos atos administrativos, por meio do excesso do poder punitivo e o aumento da burocracia estatal, não impediram práticas corruptas.

Assim, a partir da entrada de vigência, em especial do artigo 28 da LINDB, acrescido pela Lei n. 13.655/18, o agente público passou a ser responsabilizado somente por conduta dolosa ou por erro grosseiro. Não obstante, conforme introduzido ao tema, a Lei n. 13.655/2018 reativou diversos debates sobre a “Administração Pública do medo”, quando em meios a tantos escândalos envolvendo o Poder Público o caminho foi na contramão: o controle punitivo estatal da Administração Pública e de seus agentes deve ser autocontido.

Assim, os artigos acrescentados à LINDB, primordialmente o artigo 28 que é a chamada cláusula geral do erro administrativo, tem por finalidade precípua oferecer segurança ao agente público com boas intenções. Desse modo, a delimitação na responsabilização pessoal do agente público ao cometimento de dolo ou erro grosseiro constitui um importante passo na segurança daqueles agentes públicos que emitem orientações técnicas ou decisões.

Enquanto isso, o erro grosseiro de que trata o artigo 28 da LINDB é caracterizado como sendo uma falsa percepção da realidade (fática ou jurídica) grave, perpetrada pelo agente público em sua decisão ou opinião técnica. Trata-se, pois, uma delimitação na responsabilização pessoal do agente público, constituindo-se um novo marco legal no plano da responsabilidade.

Por isso, a reversão do quadro de medo e de ineficiência administrativa gerou um verdadeiro auxílio aos gestores que se dispõem a realizar uma boa administração a partir de abordagens inovadoras. Assim, como tratado no decorrer do presente estudo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB veio a impor uma nova lógica no plano da responsabilização do gestor que não mais se condiz com a responsabilização automática, sendo indispensável identificar agora, se agiu com dolo ou erro grosseiro/culpa grave, e ainda as circunstâncias fáticas que levaram a decisão, além da individualização da responsabilidade

de cada um dos administradores eventualmente envolvidos. Consagrando-se uma verdadeira e importantíssima blindagem decisória.

O artigo 28 da LINDB, deste modo, constitui, de um lado, uma limitação ao exercício das prerrogativas do agente público e uma tolerância ao erro, salvo quando cometido em erro grosseiro, apto a viabilizar soluções inovadoras e atrair gestores capacitados. Por outro lado, possui o efeito de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave.

Com efeito, como apresentado em tópico introdutório, era preciso atentar-se para o gestor com boas motivações e com capacidade de inovação, mas que por muitas das vezes não possuem adequada estrutura para uma gestão mais eficiente e detém medo de ser por isso responsabilizado.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 201988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2021.

_____. 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/del4657.htm. Acesso em: 25set. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 25set. 2021.

_____. Lei nº 13.665, de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 25set. 2021.

_____. Projeto de Lei n. 349, de 10 de junho de 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 25 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 34. ed., São Paulo: Atlas, 2020.

CASTRO, Domingos Poubel. *Auditoria e Controle Interno na Administração Pública*. 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 112.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Direito administrativo*. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

DOWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2.ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 16-17.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

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

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38 e ss.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, Nov. 2018.

MERTON, Robert. King. *Social theory and social structure*. London: The Free Press, 1968.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 10.

MODESTO, Paulo. O controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 1997. v. 209, p. 71-80. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47042>. Acesso em: 25 set. 2021.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre a mudança de previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 93-112, Nov. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/1999 Comentada*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 357.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. v. I, p. 434.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p.72.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da responsabilidade dos agentes públicos*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo Forense, 28ª ed. 2010, p. 1214.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-quega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.