



Opinião: A LINDB e o regime jurídico para o administrador honesto

Nutrido pela legítima reação da sociedade contra a corrupção, vimos assistindo o desenvolvimento de um “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”. Ele é composto da parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei 8.666/1993); da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); dos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a administração pública, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); e, mais recentemente, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Tais diplomas, na sua maioria, resultaram de manifestações legislativas expeditas, provocadas pela pressão popular (uma espécie de “vonluntarismo normativo”, por assim dizer). Essa marcha legislativa açodada costuma produzir falhas regulatórias (*regulatory failures*), por erros de diagnóstico e análises superficiais.

Uma das principais falhas desse sistema normativo é que ele não considera o administrador probo, honesto e responsável. O desamparo normativo desse agente público produz externalidades negativas para além dos atos praticados pelos agentes corruptos. Causa a paralisia da administração pública. Ninguém decide mais nada. A lógica de autodefesa é a seguinte: se a inércia, quando muito, pode lhe importar uma sanção funcional, enquanto a ação pode lhe importar na sua responsabilização patrimonial, o melhor é não fazer nada. O problema é que a legítima defesa do gestor público leva, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa aos demais fundamentos. Bem-vindo, pois, o artigo 28 da Lei 13.655/2018, de acordo com o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Um antídoto ao “apagão das canetas”.

Cuida-se de prescrição que vai ao encontro da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a qual a Lei de Improbidade deve “alcançar o administrador desonesto, e não o inábil” (REsp 213.994/MG). A segurança jurídica está na certeza de que o agente não será punido pelo seu atuar. As vicissitudes de sua atuação, claro, terão de ser apuradas, mas se volta a privilegiar a presunção de legalidade dos atos administrativos. Nada que afronte a moralidade, nem, tampouco, a legalidade. Muito ao contrário, o dispositivo em comento se encontra em plena consonância com o entendimento do STJ, de acordo com o qual a responsabilização por atos de improbidade é predadora da comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) do agente público (por exemplo, REsp 1.273.583/SP).

Mais que isso, temos que o novel diploma terá o condão de dar densidade ao princípio da moralidade administrativa. É que, nos últimos anos, sobretudo em razão da abertura do artigo 11 da Lei 8.429/1992, a imoralidade administrativa, na qualidade de um conceito jurídico indeterminado, passou a ter a sua zona de certeza positiva delimitada a critério dos controladores. Uma espécie de responsabilização objetiva dos agentes públicos, que não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Nossa Constituição consagra a *responsabilidade subjetiva*, a ser aferida em ação de regresso, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º^[1], da CRFB. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (a exemplo do REsp 1.501.621) vai também nesse sentido. E que se apresentava anti-isonômica, na medida em que a maior parte dos estatutos funcionais sempre exigiu a perquirição do elemento subjetivo, para fins de responsabilização pessoal de seus agentes (a exemplo do disposto no artigo 143, I, do CPC 2015, que dispõe sobre a responsabilização dos magistrados e do artigo 122, parágrafo 1º, da 8.112/1990, que dispõe sobre a responsabilização do servidor federal).

A introdução da responsabilidade objetiva implica imputação por demais aberta, que predicava o estabelecimento de parâmetros mais objetivos, de uma racionalidade decisória, como doravante passará a ser exigido pela interpretação conjunta do artigo 20 com o artigo que ora se comenta, ambos da Lei 13.655/2018.

Assim é que, a partir da vigência do novel dispositivo, temos que tal dispositivo terá o condão de gerar os relevantes incentivos de: (i) contribuir para que o administrador melhor fundamente o seu agir, por intermédio de uma adequada processualização, de sorte a reduzir os riscos de que suas decisões sejam inquinadas pela pecha dos “atos dolosos” ou dos atos praticados lastreados em um “erro grosseiro”; e (ii) inverterá e ampliará o ônus de fundamentação para o controlador, que passará a ter de demonstrar, por intermédio de provas concretas, que o ato praticado pelo agente público restou maculado pela intenção de malferir a probidade administrativa.

Já se disse que a exigência de demonstração do elemento subjetivo esvaziaria o controle. A crítica não procede. Primeiro porque essa atividade é cotidianamente realizada em comissão de sindicância ou em processos administrativos. A CGU tem larga experiência em assim proceder para exonerar ou punir servidores. Não é dificuldade demasiada indicar o elemento subjetivo. O que não se pode admitir é o argumento de que o controlador não pode ser instado a indicar o dolo ou o erro grosseiro do gestor público e este tenha por dever fazer prova negativa de conduta ímproba.

A conduta dolosa é aquela na qual o agente tem o desiderato de violar a probidade administrativa, seja por ações (recebendo propinas, por exemplo), seja por omissões (por exemplo, prevaricando em suas funções). O “erro grosseiro”, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública.

Os vetos apostos aos parágrafos dos dispositivos em comento, a nosso ver, estão embasados em fundamentos jurídicos insubsistentes. São fruto de um de “voluntarismo desregulatório”, para nos valermos da falha da regulação a que nos referidos no início no presente ensaio. Premido pela pressão popular para que o governo realize investidas contra a corrupção, foram apostos vetos, por intermédio de

argumentos genéricos e abstratos — como os que eram autorizados (e rotineiramente utilizados) até a edição da Lei 13.655/2018. Mas não só, eles não produzirão efeitos jurídicos, na medida em que a supressão de tais prescrições não terá o condão de revogar entendimentos jurisprudenciais consolidados ou as normas já editadas.

O veto apostado ao parágrafo 1º tenta reprimatizar a responsabilização do agente público amparado por manifestações técnicas decorrentes do exercício regular da advocacia pública. A ausência de tal prescrição não terá o condão de militar em desfavor da: (i) inviolabilidade das manifestações dos advogados públicos, que é garantida, seja pelo artigo 133 da CRFB, seja pelo disposto no artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei 8.906/1994, que instituiu o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil; e (ii) do entendimento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o qual a responsabilização do advogado público só poderá ocorrer quando ele atuar *com dolo ou erro grosseiro* (por exemplo, no MS 24.631/DF).

Os vetos apostados aos parágrafos 2º e 3º do artigo em comento, do mesmo modo, não terão o condão de interditar que os agentes públicos, na hipótese em que forem responsabilizados *pelo exercício regular de sua competência*, tenham em seu favor franqueados o apoio e o custeio de sua defesa técnica. Trata-se de possibilidade que tem arrimo na Teoria do Órgão (amplamente adotada pela doutrina pátria), de acordo com a qual toda ação do agente público deve ser imputada à pessoa jurídica à qual ele esteja vinculado. E que, por tal razão, em âmbito federal, tem previsão no artigo 22, da Lei 9.028/1995, que autoriza a Advocacia-Geral da União a representar judicialmente agentes públicos, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público. Nessas hipóteses, a primazia será, por certo, da advocacia de Estado, que, ao defender a prática de *atos regulares* praticados por seus servidores, estará a defender, na ponta, a validade dos atos administrativos estatais. O custeio de sua defesa pelas entidades públicas se daria, apenas, na hipótese de o processo sancionador necessitar de uma *expertise técnica específica* — o que, de resto, já é autorizado pelo *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/1993. Tudo isso a ser devidamente disciplinado por cada entidade administrativa.

Enfim, o artigo 28 da nova LINDB revitaliza no nosso sistema a expressa responsabilidade subjetiva do gesto. Não tolhe a coibição dos comportamentos ímprobos, desonestos. Mas presta a devida deferência ao servidor honesto.

[1] Eis o dispositivo: Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.