Luciano Ferraz: MP 966 e STF: uma crônica anunciada?

Dispõe a Súmula 400 do STF que a *"decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a o".*

Subjacente ao verbete encontra-se o reconhecimento de que o ordenamento jurídico conhece uma amplitude interpretativa que não raro abriga sortes diversas de compreensão e escolha decisória. E, nesse sentido, a decisão judicial que interpreta razoavelmente a lei e o Direito merece respeito.

Se assim se passa com a decisão judicial, porque não se deve passar com a decisão administrativa?

A recentemente publicada Medida Provisória 966, em seu artigo 1º, *caput*, estabelece que *"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: (a) enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19; (b) combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da Covid-19".*

O elemento subjetivo dolo é invariavelmente punível (tirante os exageros do dolo genérico [1]), porquanto demonstra a intenção indevida e consciente do agente público na prática de conduta vedada e não constitui novidade no âmbito do Direito Sancionatório Brasileiro [2]. Nesse caso, não há controvérsia. A conduta com uma tal caraterização deve ser, como de fato já é, apenada pelo ordenamento pátrio.

O "erro grosseiro", portanto, é a figura que comporta discussões, as quais terminaram por bater às portas do STF, como sói acontecer com tudo o que não é matemático atualmente no Brasil. E como não poderia deixar de ser, a provocação da Suprema Corte transformou-se numa "pandêmica discussão" judicial em torno da constitucionalidade da MP 966, com seis ações diretas manejadas ao STF e submetidas à relatoria do ministro Roberto Barroso.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A principal disposição constitucional invocada nessas ações para dizer da inconstitucionalidade da MP 966 — e, por tabela (embora os ambientes sejam diversos, como apontou o jurista Edgar Guimarães em artigo publicado na **ConJur**) [3], do artigo 28 da LINDB — é o artigo 37, §6º, da Constituição, que dispõe: *"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"*.

O preceptivo trata, no que interessa para o presente texto, do direito de regresso contra os agentes públicos ou equiparados que venham a causar prejuízos a terceiros. Ele não alude propriamente à questão central discutida nas ações diretas que é a responsabilidade funcional dos agentes públicos por decisões e opiniões de natureza administrativa.

Também não se verifica pertinência, embora esta seja uma posição menos aguda do que a inconstitucionalidade *tour court*, na tentativa de divisar, com base no preceito constitucional citado e no artigo 28 da LINDB, dois tipos distintos de responsabilidade oriundas do exercício funcional dos agentes públicos. A primeira, de ordem punitiva (aplicação de sanções), que exigiria do agente público, para fins responsabilidade, a presença do dolo ou do "erro grosseiro" (que deve ser lido como sinônimo de culpa grave); a outra, de ordem reparatória, alheia ao âmbito de incidência da nova regra da LINDB, que se regularia autonomamente pela disposição do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição — e que exige dolo ou culpa simples.

São dois os principais argumentos jurídicos para se acreditar num rumo consentâneo com os predicados do exercício da função administrativa no seio do STF.

O primeiro, que é creditado ao professor Clovis Beznos (Congresso Goiano de Direito Administrativo, 2018), é o de que nada impede que o legislador infraconstitucional discipline e estabeleça "balizas e condicionantes", definindo graus de culpa para efeito da obrigação de indenização por parte de agentes públicos. Não existe obstáculo constitucional para que o legislador possa fazê-lo, sendo comuns hipóteses desse jaez na legislação infraconstitucional. Deveras, tal como se depreende do inciso I do artigo 143 e do artigo 181 do Código de Processo Civil, os magistrados e os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas somente podem ser responsabilizados por perdas e danos se vierem comprovadamente a proceder com dolo ou fraude [4], desconhecendo-se invocação de inconstitucionalidade em abstrato de disposições desse tipo, que também se fizeram presentes em codificações anteriores [5].

O segundo é o de que parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição dedica-se aos danos causados pelos agentes públicos ou equiparados a terceiros (externos), não se dirigindo aos possíveis danos causados pelos agentes à própria administração pública (internos) [6]. O texto constitucional, com efeito, é expresso ao dizer que os danos indenizáveis são os causados pelos agentes das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos a "terceiros" — e, como consequência, não se impõe ao legislador obrigação de definir a responsabilidade interna no mesmo sentido, sob pena de inconstitucionalidade da responsabilidade funcional dos magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

As alterações legislativas trazidas pela MP 966, que se inspiram no artigo 28 da LINDB, objetivaram conferir

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

— não é difícil perceber isso — segurança jurídica aos gestores no momento da decisão, notadamente em tempos de pandemia e quiçá de escolhas trágicas. Tais disposições representam uma resposta à ausência de parâmetros de controle e responsabilização no exercício das funções administrativas e aos excessos cometidos contra gestores probos e destemidos, pelo que se é de compreender que as regras hostilizadas perante o STF disciplinaram legitimamente o panorama das responsabilidades públicas no Brasil.

Não se sabe se o questionamento dessas novas regras no STF é azar ou sorte… O momento político não é bom… Os argumentos já estão lançados. A crônica que se espera anunciada é … juiz pode errar, mas, se a decisão não revelar "erro grosseiro", descabe recurso extraordinário!

---

[1] Sobre o tema, ver PEREIRA, Flávio Unes. *Improbidade Administrativa e Dolo Genérico*. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-10082015

[2] Ver artigo 9º e 11 da Lei 8.429/92.

[3] GUIMARÃES, Edgar. *Responsabilização dos agentes públicos à luz da MP 966: mais do mesmo? Nem tanto*. https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/edgar-guimaraes-responsabilizacao-agentes-publicos-mp-966.

[4] O tema foi tratado antes com o mesmo enfoque. Ver FERRAZ, Luciano. *Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos*. https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu.

[5] Ver artigo 85 e artigo 133, I do CPC de 1973.

[6] FERRAZ, Luciano. *Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos*. https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu

Date Created
20/05/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.