

MP 966 e a responsabilidade dos agentes públicos



Paulo Modesto
Professor

A responsabilidade civil (patrimonial) e administrativa (disciplinar) dos

agentes públicos não se define por presunção ou pela simples ocorrência de dano à administração ou a terceiros. É exatamente o contrário: a ação ou omissão de agentes no campo funcional presume-se de boa-fé e conforme ao direito.

Para que a responsabilidade dos agentes públicos irrompa é fundamental que o (1) dano ou o agravamento do risco de dano seja antijurídico (não se deva suportar ou tolerar), (2) seja relevante (não insignificante), (3) reprovável (possível de evitação e não justificado), (4) culpável (deliberado, previsível ou resultante de erro de conduta evitável) e (5) diretamente imputável à ação ou omissão específica do agente público (individualizável e vinculado ao exercício da função pública). Todos esses elementos exigem investigação e prova das circunstâncias concretas do agir ou da inação dos agentes no exercício de função e da presença de causas excludentes da responsabilidade.

Trata-se de responsabilidade subjetiva, diversa da responsabilidade objetiva do Estado. Na responsabilidade subjetiva, além do nexo de imputação e da lesão ao bem jurídico em si, perquire-se o dolo ou a culpa do suposto infrator. Qual o grau da culpa? Essa é questão esclarecida pela recente Medida Provisória 966, de 13 de maio de 2020, publicada no Diário Oficial do dia seguinte.

A rigor, a MP 966 introduz normas interpretativas e, caso venha a ser convertida, terá caráter de lei interpretativa. São enunciadas prescrições que detalham ou clarificam o disposto no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), artigo introduzido pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

O que prescreve esse enunciado da LINDB? Ei-lo:

"Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas



em caso de dolo ou erro grosseiro."

A MP 366 contempla enunciados que interpretam o artigo 28 da LINDB em termos semelhantes ao do parágrafo primeiro que constava do artigo 28, vetado por ocasião da sanção da Lei nº 13.655/2018¹ e, por igual, ao enunciado do artigo 54 do Anteprojeto de Normas Gerais de Organização Administrativa, que antecedeu e influenciou a elaboração da LINDB.²

Qual o conceito interpretado pela MP 966? O conceito de erro grosseiro para fins de responsabilização patrimonial e disciplinar dos agentes públicos. Erro grosseiro é, nesse domínio, conceito equivalente ao de culpa grave e passou a ser invocado em sede de responsabilização dos agentes públicos a partir de decisões do STF sobre sanções aplicadas a pareceristas públicos e situações similares (v.g., MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/2008; MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18.9.2012; MS 30928 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe-171, 15-08-2016).

Essa jurisprudência, em decisão recente, foi explorada e aplicada com precisão por acórdão lavrado pelo Ministro Luiz Fux, com invocação também da LINDB (MS 35196 AgR, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe-022 04-02-2020)³.

Pode parecer surpreendente que se precise editar Medida Provisória para reafirmar e detalhar disposição expressa de lei vigente, que aplica jurisprudência firme do STF, sob a argumento de premente necessidade de atenuar a insegurança jurídica neste momento de pandemia da Covid-19. É que, na prática, a disposição lacônica do Art. 28 da LINDB, desacompanhada dos seus parágrafos, permanece sofrendo resistência de alguns órgãos de controle. O TCU, por exemplo, decidiu, *litterim*:

“O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, *sem qualquer gradação*, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, *não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito*”. (Acórdão 2.391/2018, Plenário, Tomada de Constas Especial, Rel. Min. Benjamin Zymler, Boletim de Jurisprudência do TCU n. 241 de 06/11/2018).[Grifo nosso].

Neste acórdão, o TCU fez uma distinção não contemplada no artigo 28 da LINDB: para a fins punitivos, seria exigida a prova de dolo ou culpa grave (erro grosseiro); para fins reparatórios, supostamente domínio fora do campo de incidência do artigo 28 e com fundamento no § 6º do artigo 37 da Constituição, seria exigida a prova de dolo ou da culpa simples.⁴ Em outros Acórdãos, o TCU invoca a exigência de “especial zelo” e a figura idealizada do “administrador médio” como parâmetro de controle (Acórdão 2.860/2018 – Pleno).



Na MP 966, os artigos 2º e 3º cuidam de esclarecer aspectos da aplicação do conceito de erro grosseiro, assimilado à culpa grave, mas limitam essa inteligência à prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19 e o combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da Covid-19.

Em verdade, não seria sequer necessário limitar as disposições da MP 966 ao contexto do enfrentamento da pandemia da Covid-19. O ideal é que essa cláusula de restrição temporal fosse eliminada. A incerteza jurídica em praticamente todos os domínios hoje é paralisante e desincentivadora do bom gestor na Administração Pública brasileira e, por óbvio, toda ou qualquer atuação e controle de atuação deve considerar os itens I a IV do Art. 3º. da MP 966/2020, sintonizados perfeitamente com o Art. 22 da LINDB.⁵

Nada há de inconstitucional nesses dispositivos. Essa graduação da culpa traz realismo à gestão pública e ao controle e, embora apenas com a LINDB tenha sido proclamada em termos gerais, é usual a graduação da culpa em diversos diplomas infraconstitucionais precedentes quanto à responsabilidade de magistrados (art. 133 do CPC/73; art. 143, I, do CPC/2015 e art. 49 da LC 35/1979), membros do Ministério Público (art. 85 do CPC/1973; art. 181 do CPC/2015), advogados públicos (art. 184 do CPC/2015) e defensores públicos (art. 187 do CPC/2015).

A MP 966 interpreta e densifica o Art. 28 da LINDB para assegurar maior segurança jurídica a agentes que não contam com a cobertura de normas especiais de graduação da culpa e, no mesmo passo, cobra dos órgãos de controle atuação zelosa na fundamentação de suas decisões, que deixam de poder adotar para o juízo de censura de agentes públicos paradigmas abstratos, atemporais ou idealizados de “gestor médio”⁶, conceitos presumidos ou a culpa simples. Todo e qualquer juízo de responsabilização, seja de reparação ou sanção punitiva, diante dos dispositivos ora expressos, passarão a exigir *avaliação contextual e individualizada*, pois deverá ser considerado no juízo de caracterização do erro grosseiro ou falta grave os obstáculos e dificuldades reais do agente público, pela complexidade da matéria e das atribuições exercidas, pela circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência ou pelas circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público.

Essas disposições não afastam a responsabilidade penal, política ou a responsabilidade por improbidade de qualquer agente público. A expressão agente público é a mais ampla, como se sabe. Mas a responsabilidade tem vários rostos e a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos são apenas duas das faces da responsabilidade. Nenhum agente de má-fé deixará de ser responsabilizado na esfera política, penal ou por improbidade em razão do art. 28 da LINDB ou dos Arts. 2º e 3º da MP 966/2020. Porém, o agente inábil ou que erra de modo escusável não deve ser equiparado ao gestor de má-fé ou ímprobo, este último punido por legislação especial (Lei 8429/1992), exigente de conduta dolosa ou, pelo menos, eivada de culpa grave (STJ, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Zavaski, Corte Especial, Dje 28/9/2011).

O Art. 1º da MP 966/2020, no entanto, não pode ser mantido como foi redigido, pois padece de técnica legislativa inconsistente. Para enfatizar a aplicação de seus comandos durante a pandemia do Covid-19, a norma sugere uma suposta imunidade para tudo o mais, o que obviamente não é o que almeja prescrever, pois incidiria em inconstitucionalidade chapada. Espera-se que o Congresso Nacional altere



radicalmente essa redação.

O “apagão das canetas”, o “direito administrativo do medo” (conceito cunhado por Fernando Vernalha)⁷, o fetiche da culpa no controle público⁸, não são fenômenos nacionais exclusivos. Luc Ferry, filósofo e ex-ministro francês, refere como fenômeno global a “desculpabilização do medo”, a transformação completa dos sentimentos associados ao medo, que deixa de ser percebido como algo essencialmente negativo e passa a ser introjetado e exibido sem causar vergonha. E, arremata, com uma analogia: “deve-se confessar que também o poder está paralisado pela angústia. Para cada projeto de reforma, ele mede o terreno, como banhistas que experimentassem, pusilânimes, com a ponta do pé, a água. Se estiver fria, retiram-se rapidamente. Não estando tão hostil, seguem pé ante pé, até a cintura, para uma meia-volta à primeira marola inoportuna. É trágico o resultado dessa situação: a impotência pública é tamanha que nossas democracias ficam praticamente sem ação”⁹

Essa matéria sensível não deveria ser lançada na agenda dos embates de narrativa política. No entanto, é o que ocorreu. Bastou a MP 966 ser editada que foi questionada por seis ações diretas de inconstitucionalidade com ilações várias, mas de escassa fundamentação jurídica (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427 e 6428). Fala-se que foi editada para impedir o Presidente da República e seus assessores de serem responsabilizados por insistirem na indicação pública da “cloroquina”, medicamento considerado de incerta eficácia no tratamento da covid-19. Trata-se de algo surpreendente, pois desconhece-se qualquer responsabilização disciplinar ou civil do Presidente da República na história do país!

É indiscutível que atuação de má-fé na esfera administrativa deve ser punida e avaliada com rigor. O mesmo deve ocorrer em face de crimes e atos de improbidade praticados por gestores públicos. Para os gestores de boa-fé, no entanto, o controle não pode ser uma surpresa, um incentivo para a inércia, um desincentivo para a inovação, o oráculo obrigatório a que ser consultado antes de qualquer decisão. No mundo dos nossos dias, processos de risco complexos desafiam a capacidade de compreensão e reação dos gestores; atividades em rede, envolvendo coordenação de interesses e a ativação de parceiros e órgãos diversos, exigem flexibilidade, estratégia e, não raro, algum experimentalismo. A complexidade jurídica, elevada ao plano da juridicidade e não apenas da legalidade, oferece diversas trilhas de decisão. A mais desafiadora é aquela que apoia o planejamento da ação futura e viabiliza a preservação dos interesses das atuais e futuras gerações. Porém, esse processo decisório termina por ser insuportável quando até o passado é incerto e o entendimento dominante e fundamentado em um tempo histórico passa a ser avaliado no futuro, em termos retroativos, como desajustado ou ilegítimo. Trata-se de insegurança jurídica radical que paralisa a administração e não serve a qualquer interesse público. Na névoa dos nossos dias, essa paralisia não pode ser tolerada pelos seus graves custos humanos, administrativos e econômicos.



1 O § 1º do Art. 28 do Projeto de Lei nº 7.448, de 2017 (nº 349/15 no Senado Federal), enunciava: “§ 1º 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.” O veto informava que o dispositivo atribuía “discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.” (Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm). A justificativa do veto ao § 1º do Art. 28 do Projeto de Lei 7.448, de 2017, é inconsistente: a discricionariedade, se houver, será derivada da norma de competência e não do Art. 28 e, com o veto, mesmo o administrador apoiado em interpretação razoável e calçado em jurisprudência ou doutrina precedentes poderia sofrer censura quando a inteligência adotada divergisse de entendimento futuro (e incerto) de órgãos de controle. Na prática, o veto manteve em insegurança jurídica o gestor: reduziu a previsibilidade dos efeitos futuros de sua atuação presente, conquanto adotadas cautelas de fundamentação e motivação suficientes. Ocorre que não se tolera “infração por hemenêutica” quando a interpretação é motivada e razoável, havendo inclusive duas Súmulas do STF nesta direção: Súmula 400: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”; Súmula 343: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

2 “Art. 54. Os órgãos de consultoria jurídica da administração, independentemente de sua função de assessoria, devem, no exercício do controle prévio de legalidade, prestar orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais.

§ 1º Os agentes dos órgãos a que se refere o caput deste artigo não serão passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão.

§ 2º Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgão de supervisão ou controle, inclusive judicial. Cf. a íntegra do projeto em MODESTO, Paulo (org). Nova Organização Administrativa Brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (1a. Ed), p. 336. Confira ainda, na web, em <https://www.academia.edu/1055240> [acesso em 19/05/2020].

3 Ver em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751913839> [Acesso em 19/05/2020].



4 Sobre esse aspecto, o preciso artigo de Niebuhr, Joel Menezes. O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU, in: Contratos Administrativos, Licitação 14/11/2018. In: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu> Concorde-se com o autor nos seus três argumentos: a) a LINDB pode graduar a culpa, inclusive para fins ressarcitórios; b) o TCU ao criar a distinção realizou controle de constitucionalidade (interpretação conforme), atuando fora de sua competência (STF, MCMS 35.410/DF, Rel. Min. Alexandre Moraes, em 15/12/2017); c) o caso aplicou indevidamente o art. 37, § 6º, da CF, por se tratar de hipótese de dano à própria Administração Pública e não a terceiros. No mesmo sentido, FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. Interesse Público. <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu#sdfootnote6sym>

5 “ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º 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.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

6 Sobre o conceito de gestor médio, no TCU, confira-se PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o ‘administrador médio’ do TCU? <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>

7 VERNALHA, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Revista Colunistas de Direito do Estado, 2016, n. 71, <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>

8 MODESTO, Paulo. O Controle Público e o Fetiche da Culpa. Revista Colunistas de Direito do Estado, 2016 n. 114. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>

9 FERRY, Luc. Famílias, amo vocês. Política e vida privada na era da globalização. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 12-13.

Date Created

21/05/2020