

LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos¹

LINDB, Covid-19 and Administrative Sanctions Applicable to Public Agents

LINDB, Covid-19 y Sanciones Administrativas Aplicables a Agentes Públicos

Rafael Maffini²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.369>

Resumo: O trabalho procura analisar os critérios de responsabilização dos agentes públicos previstos na LINDB. Neste sentido, destaca-se o “dever de empatia” imposto aos órgãos de controle pelo art. 22 da LINDB. Destaca-se, também, “direito ao erro não sancionável” de que são titulares os agentes públicos, tal como previsto no art. 28 da LINDB. Tais critérios de responsabilização são especialmente relevantes diante da complexidade das tomadas de decisão em razão da pandemia de Covid-19.

Palavras-chave: LINDB; Covid-19; Sanções Administrativas; Agentes Públicos

Abstract: The work seeks to analyze the accountability criteria of public agents provided for by LINDB. In this way, the text highlights the “duty of empathy” imposed on controllers by art. 22 from LINDB. Also noteworthy is the “right to non-sanctionable error” held by public agents, as provided by art. 28 from LINDB. Such accountability criteria are especially relevant in view of the complexity of decision making due to the Covid-19 pandemic.

Keywords: LINDB; Covid-19; Administrative Sanctions; Public Agents

Resúmen: El trabajo busca analizar los criterios de responsabilidad de los agentes públicos previstos en la LINDB. En este sentido, el “deber de empatía” impuesto a los órganos de control por el art. 22 de LINDB. También es destacable el “derecho al error no sancionable” de los funcionarios públicos, previsto en el art. 28 de LINDB. Dichos criterios de responsabilidad son especialmente relevantes en vista de la complejidad de la toma de decisiones debido a la pandemia de Covid-19.

Palabras clave: LINDB; Covid-19; Sanciones Administrativas; Agentes Públicos

1 Artigo recebido em 23/09/2020 e aprovado em 23/04/2021.

2 Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

1. INTRODUÇÃO

O cenário proporcionado pelo surto de coronavírus (Covid-19 ou SARS-COV-2) mostra-se deveras grave, qualquer que seja a perspectiva pela qual se o analise. Nada pode ser adequadamente compreendido, em matéria de pandemia, através das lentes da normalidade. A vida em sociedade dificilmente será a mesma, tampouco as relações jurídicas e os efeitos delas emergentes poderão ser tratados como o eram antes de tal doença assolar o planeta.

No já longínquo 30 de janeiro de 2020³, a Organização Mundial da Saúde – OMS reconheceu o coronavírus como *emergência de saúde pública de importância internacional – ESPII*, categoria mais elevada de alerta contemplada no Regulamento Sanitário Internacional – RSI⁴. Dimensionando-se a gravidade de tal situação, destaca-se que, antes da Covid-19, somente cinco outros surtos tiveram aquele status reconhecido⁵ e, das três situações ainda em curso, “apenas a relacionada ao novo coronavírus alcança repercussão expressiva no plano global”⁶, razão pela qual a OMS declarou o coronavírus uma pandemia, em 11 de março de 2020. No Brasil, em 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 188/GM/SMS, pela qual se reconheceu o surto, nos termos do Decreto 7.616/2011, como *emergência de saúde pública de importância nacional – ESPIN*. Em 06 de fevereiro de 2020, surge a Lei 13.979, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento à Covid-19.

Evidentemente, o Direito Público, em geral, e o Direito Administrativo, em especial, não restaram indiferentes ao coronavírus, sobretudo em razão da necessidade de que fossem bem compreendidas e adequadamente aplicadas as medidas administrativas de enfrentamento à pandemia⁷, tarefa esta que

não é propriamente singela, em razão do complexo arranjo de competências legislativas e materiais (ou administrativas) previstas na Constituição Federal em matéria de saúde⁸.

Entre os tantos temas do Direito Administrativo que devem ser adequadamente compreendidos, a partir de uma percepção própria do momento excepcional ora vivenciado, um merecerá destaque neste trabalho, qual seja, a questão da responsabilização dos agentes públicos responsáveis pela tomada de decisões, em meio à crise da Covid-19. As dificuldades por eles experimentadas são obviamente ampliadas, em razão dos impactos, inclusive orçamentários, causados pela pandemia. Aliás, tal gravidade, incontroversa no plano fático, é também materializada por meio de uma séria de instrumentos normativos, como é o caso, por exemplo, do Decreto-Legislativo 6/20⁹ e da Emenda Constitucional 106/20¹⁰. A possibilidade de decisões administrativas equivocadas é ampliada quando do enfrentamento da Covid-19, porquanto se trata de uma situação sobre a qual mesmo a ciência da saúde tem rarefeitas certezas e incontáveis e ilimitadas dúvidas¹¹. De outro lado, experimenta-se um momento em que a inação da Administração Pública se mostra certamente mais grave do que seriam algumas das suas ações equivocadas, tomadas em meio às incertezas ensejadas pela Covid-19. Ou seja, ainda

trativo da crise: medidas administrativas de enfrentamento à Covid-19. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio. As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2020. p. 759-780 e CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael; AGI, Samer. Lei do Coronavírus – Lei nº 13.979/2020: Comentada Artigo por Artigo. Brasília: CP Juris, 2020.

8 Sobre o tema, vide MAFFINI, Rafael. “Covid-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702/33142>. Acesso em 06/04/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49702.

9 Tal Decreto-Legislativo, segundo sua própria ementa, “reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”.

10 Que, também segundo sua ementa, “institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”.

11 Com efeito, ainda é desconhecida vacina contra o coronavírus, bem assim a efetividade de tratamentos que podem ser contra ele ministrados, de modo que a estratégia adotada consiste na imposição de medidas de enfrentamento voltadas ao retardamento da proliferação do vírus e a conseguinte diminuição da necessidade de atendimentos hospitalares. É preocupante, pois, que a principal estratégia empregada não seja propriamente o combate ao coronavírus, mas um atraso em sua proliferação, para que se racionalize a ocupação da rede hospitalar. Neste sentido, o art. 4º, da Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020, por exemplo, estabelece que “a medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado”.

3 O tempo parece transcorrer de modo diferente em meio a uma pandemia.

4 O texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, foi promulgado através do Decreto 10.212, também de 30 de janeiro de 2020.

5 Os outros casos de ESPII registrados anteriormente à Covid-19 foram: a) gripe A (H1N1), declarada em abril de 2009 e extinta em agosto de 2020; b) poliomielite, declarada em maio de 2014 e ainda em curso; c) ebola, declarada em agosto de 2014 e extinta em março de 2016; d) associação entre zika vírus e malformações, declara em fevereiro de 2016 e extinta em novembro também de 2016; e) ebola, declarada em outubro de 2019 e ainda em curso.

6 VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32876>. Acesso em 19/03/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180.

7 Sobre o tema, vide MAFFINI, Rafael. Direito Adminis-

que se deva manter a máxima atenção para que se evite a malversação de recursos públicos e o oportunismo de gestores e agentes econômicos desonestos, não se mostra adequado inibir a necessidade de decisões administrativas que, em alguns casos, somente serão possíveis através do método da tentativa e erro (*trial and error*).

Daí porque o tema reclama, estreme de dúvidas, uma análise da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB¹², bem como da Medida Provisória 966/20, esta de curta duração¹³. Para se alcançar os propósitos do trabalho em relação tema proposto, o seu desenvolvimento será dividido em três compartimentos. Num primeiro momento, será analisado o surgimento da Lei 13.655/18, seus impactos na LINDB quanto à responsabilização dos agentes públicos, bem como a efêmera MP 966/20. Após, serão analisados o dever de empatia (art. 22 da LINDB) e a vedação de “criminalização” ou sancionamento do erro (art. 28 da LINDB).

2. O SURGIMENTO DA LINDB E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

A Lei 13.655/18 surge como instrumento de solução ou, ao menos, minimização dos efeitos colaterais de duas importantes conquistas provocadas pela Constituição Federal de 1988 no Direito Público – em especial, no Direito Administrativo – brasileiro.

De um lado, o parâmetro de aferição da validade das condutas estatais passou de uma noção legalidade estrita para uma compreensão de que a higidez dos comportamentos estatais resta condicionada à atuação conforme a lei e o Direito. Trata-se do que vem sendo denominado “juridicidade administrativa”, no sentido de que tenha a Administração Pública de agir em conformidade com as regras aplicáveis, bem como de modo compatível com os princípios norteadores do Direito Administrativo¹⁴. A juridicidade administrativa vê-se corroborada, em sede de legislação infraconstitucional, pela Lei n° 9.784/99¹⁵, em

cujo artigo 2º, parágrafo único, I, impõe-se à Administração Pública uma “atuação conforme a lei e o Direito”, norma esta inspirada no art. 20, III da Lei Fundamental da Alemanha¹⁶. Com efeito, concebendo-se o Direito como uma ciência que transcende as regras positivadas em textos legais, impõe-se a utilização da noção da juridicidade administrativa para a aferição da higidez jurídica das condutas administrativas, no sentido de que estas somente serão consideradas consentâneas com a ordem jurídico-constitucional se observarem, a um só tempo, a lei e o Direito¹⁷. Consoante Carlos Ari Sunfeld, a “Administração não age apenas de acordo com a lei; subordina-se ao que se pode chamar de bloco de legalidade. Não basta a autorização legal: necessário atentar à moralidade administrativa, à boa-fé, à igualdade, à boa administração, à razoabilidade, à proporcionalidade – enfim, aos princípios que adensam o conteúdo das imposições legais”¹⁸. Igualmente, pondera Vladimir da Rocha França que “a juridicidade cuida da compatibilidade formal e substancial da atividade administrativa com o ordenamento jurídico instituído pela lei, que concede o ponto de partida do processo de concretização da função administrativa”¹⁹.

norma local e específica que regule a matéria”.

16 ROGÉRIO, Nuno. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha com um ensaio e anotações de Nuno Rogério. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 147.

17 Questão interessante diz com a incidência da noção de juridicidade administrativa nos dois significados básicos do princípio da legalidade (primazia da lei e reserva legal). Quanto ao ponto, parece ser mais adequado restringi-la ao ambiente da primazia da lei e do direito, justamente porquanto sua incidência no âmbito da reserva legal ensejaria um desarranjo na sistemática constitucional e infraconstitucional de competência. Neste sentido, já se afirmou que “não se mostra adequada a aplicação da noção de juridicidade no tocante à reserva legal, sobretudo para os fins de outorga de competências administrativas. Desta forma, assim que não se mostra adequado invocar o interesse público (ou sua suposta supremacia) para os fins de se criar regras de competências ou prerrogativas em favor da Administração Pública, igualmente não se poderia invocar tal noção ampla de legalidade administrativa, para os fins de se atribuir competências à Administração Pública. Dito de outro modo, a juridicidade administrativa, a priori, é noção que há de restar confinada na faceta da primazia da lei e do Direito, justamente porquanto relacionada com a validade da ação administrativa, sendo indevido estendê-la para a seara da reserva legal” (MAFFINI, Rafael. Juridicidade administrativa e controle da administração pública. In: ROSSI, Benoni (org.). Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi, 2019. p. 114).

18 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 32.

19 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 83.

12 Com especial destaque às alterações introduzidas pela Lei 13.655/18.

13 Como será melhor desenvolvido no item 3, a MP 966/20 vigorou desde sua publicação, em 14/05/2020, até a perda de sua eficácia, em decorrência do decurso do prazo referido no art. 62, §§ 3º, 4º e 7º, da CF.

14 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

15 Denotando a relevância da Lei 9.784/99, a Súmula n° 633 do STJ enuncia que a “Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente

Ocorre que a noção de juridicidade administrativa, a despeito de trazer consigo uma virtuosa maximização dos parâmetros de validade da função estatal de administração pública (que culminou por reduzir, cada vez mais, os espaços de arbítrio estatal), inevitavelmente produz um indesejável subproduto, que, em linhas gerais, consiste no uso irresponsável das normas jurídicas de índole principiológica²⁰, proliferando-se o risco de que voluntarismos e subjetivismos culminem por transmutar este evoluído estágio hermenêutico num ambiente hostil ao clamor por segurança jurídica, que é próprio da sociedade atual²¹. Com efeito, Carlos Ari Sunfeld adverte que se vivencia “um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”²². Com isso, corre-se o risco de surgir um ambiente inegavelmente inseguro que, em tom jocoso, consiste em fenômeno que já vem sendo batizado de “principiachismo”. Concorde-se, quanto ao ponto, com Marçal Justen Filho, para quem “a generalidade e a abstração das normas de hierarquia superior implica grandes dificuldades para a atividade de aplicação do direito. A autoridade investida de competência para aplicar as normas abstratas e para produzir uma decisão para o caso concreto deve escolher entre soluções diversas e contraditórias. A experiência brasileira evidencia que essa situação conduziu a soluções simplistas, que produzem grande insegurança jurídica”²³. Este é, pois, um efeito colateral produzido pela conquista consistente na substituição de uma noção de estrita legalidade pela juridicidade administrativa, como novo paradigma de validade.

De outro lado, tem-se como outra importante evolução do Direito Público brasileiro operada a partir da Constituição Federal, a ampliação do prestígio institucional atribuído aos órgãos de controle. Alguns foram criados pela CF/88 ou por força do poder constituinte derivado²⁴, outros tiveram suas competências ampliadas, mas, em termos gerais, é

inegável que os órgãos de controle ganharam relevância institucional com a Constituição Federal.

Não obstante, o efeito colateral produzido pela ampliação da estatura institucional dos órgãos de controle decorre do fato de que estes se legitimam justamente pelo controle que realizam. Assim, embora o controle sobre a Administração Pública seja uma função extrema e inegavelmente importante à noção de Estado de Direito²⁵, os órgãos de controle veem-se incentivados a realizar controle de modo mais intenso ou detalhista do que deveriam realizar. Neste sentido, já se afirmou que “os órgãos de controle, sobretudo aqueles que surgiram ou ao menos foram mais prestigiados pela Constituição Federal de 1988, acabam por ser legitimados justamente pelo controle que fazem; e isso, por vias oblíquas, acaba por incentivar que o controle seja, por vezes, mais intenso ou detalhista do que devia”²⁶. Aliás, quanto ao ponto, Edilson Pereira Nobre Júnior assevera que “o excessivo culto formalista aliado a uma doentia presunção de desonestidade – que, algumas vezes, raia aos lindes do doentio – vem propiciando o surgimento de um quadro que, no dizer de Hélio Beltrão, representa uma ‘asfixia burocrática’”²⁷.

Neste sentido, a conjugação de tais efeitos colaterais – insegurança jurídica causada pela noção de juridicidade administrativa e exageros perpetrados pelos órgãos de controle – culmina num fenômeno que vem sendo batizado de “apagão das canetas”, decorrente de um “Direito Administrativo do medo” (ou “Direito Administrativo do terror”). Trata-se de um estado de coisas em que a gana por se responsabilizar ou punir os maus e desonestos gestores propicia a inibição de que pessoas qualificadas como bons e honestos administradores almejem o desempenho de relevantes funções públicas.

Como uma espécie de reação a tal fenômeno, surgiu, no ambiente acadêmico, sobretudo pelas mãos de Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto²⁸, um projeto de lei apresentado ao

20 MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016, p. 31.

21 BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A Administração Pública na Constituição de 1988 – 30 anos depois: disputas, derrotas e conquistas. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 45-74, maio/ago. 2018.

22 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 23.

24 Veja-se, por exemplo, o caso do CNJ e do CNMP, criados pela EC 45/04.

25 Concorde-se, quanto ao ponto, com a relevância e a autonomia conceitual da função estatal de controle, a que se refere SCAPIN, Romano. A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das ‘medidas cautelares’ à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 23-116.

26 MAFFINI, Rafael. Comentários ao art. 24 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 114.

27 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 33.

28 SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de

Congresso Nacional pelo Senador Antonio Anastasia, que tramitou no Senado como o PLS 349/15 e na Câmara dos Deputados como o PL 7.448/17, sofrendo algumas importantes alterações, no curso do processo legislativo, até sua aprovação. Quando enviado à sanção presidencial, tal projeto enfrentou severas resistências, especialmente oriundas dos órgãos de controle, bem assim mereceu algumas defesas efusivas, numa polarização indesejável ao trato científico do Direito²⁹. Sancionado o referido projeto, com alguns vetos presidenciais, surge no Direito Brasileiro a Lei 13.655/2018, que, segundo sua própria ementa, introduz “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Trata-se de inovação legislativa digna de muita atenção, porquanto traz consigo a institucionalização de técnicas de controle – algumas das quais já empregadas de forma não sistemática – necessárias à implementação da segurança jurídica no Direito Público brasileiro, tendo como objetivo explícito “reforçar a segurança jurídica num quadro de incerteza e de mudança permanente”³⁰.

3. A UTILIDADE DA EFÊMERA MEDIDA PROVISÓRIA 966/20

Embora já existentes normas pertinentes à responsabilização dos agentes públicos na LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/18, especialmente os seus artigos 22 (que será tratado no item 4) e 28 (que será objeto do item 5), restou editada, em 13 de maio de 2020, a Medida Provisória 966, a qual dispôs, em poucos artigos³¹, “sobre a responsabilização de agentes

públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19”. Seu surgimento, cumpre salientar, gerou intensos debates³², especialmente se se trataria algo desnecessário, justamente porquanto já existentes normas equivalentes na LINDB, ou se se trataria de uma necessária customização de tais preceitos ao grave momento de pandemia ora vivenciado³³.

o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou II - se houver conluio entre os agentes. § 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público. Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados: I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público; III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas”.

32 Tal debate já foi retratado e analisado em MAFFINI, Rafael; CARVALHO, Guilherme; MP 966: Vacina indevida ou precaução normativa? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/mp-966-vacina-indevida-ou-precaucao-normativa>. Acesso em maio 2020.

33 Quanto ao ponto, a Mensagem 265, enviada por representante do Governo Federal ao Congresso Nacional, possui os seguintes argumentos de defesa da necessidade da MP 966: “5. Note-se que, apesar das recentes alterações, em 2018, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) e da sua prona regulamentação (Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019) representarem importantes aparatos de proteção para uma atuação responsável e independente do agente público, o estado de calamidade que se vive no momento e condições nas quais o processo decisório se desenvolve demonstram que as regras referidas são insuficientes. Em apertada síntese, as razões que justificam a urgência e a relevância da medida são apresentadas a seguir. 6. O agente público, hoje, para salvaguardar vidas e combater os efeitos econômicos e fiscais da população brasileira se vê diante de medidas que terão impactos fiscais extraordinários para as futuras gerações, de compra de equipamentos por preços que, em situação normal, não se julgaria ideal, de flexibilizações na interpretação de regras orçamentárias que antes pareciam indiscutíveis, dentre outras. Em suma, hoje, o gestor se vê diante de vários choques negativos estruturais simultâneos, da dificuldade de previsibilidade de cenários e de situações que lhe demandam decisões contrárias a parâmetros antes conhecidos. 7. Dessa forma, não é possível que a mesma legislação – pensada e desenvolvida para situações ordinárias de épocas regulares – seja suficiente para atender às inúmeras peculiaridades de uma crise com a proporção da atual. 8. Portanto, para que os gestores possam continuar guiados apenas por dois objetivos – salvar vidas e evitar um colapso econômico do País –, é necessário que tenham um altíssimo grau de segurança jurídica. É preciso que suas decisões mais impactantes, tomadas de boa-fé e voltadas para esses objetivos, sejam livres das amarras futuras de processos de responsabilização. É preciso que o gestor saiba que, especialmente nessa situação, não deve temer que suas ações sejam confundidas com as práticas ilegais daqueles que eventualmente se aproveitarem do momento para corromper. 9. Essa proteção

Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285

29 Sobre tais antecedentes históricos ao surgimento da Lei 13.655/18, vide ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários à Lei 13.655/2018 – proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 9-106.

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17.

31 Destacam-se os artigos 1º a 3º, da MP 966/20, aqui reproduzidos: “Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19. § 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará: I - se estiverem presentes elementos suficientes para

De qualquer sorte, a MP 966/20 perdeu sua eficácia em razão de não ter sido convertida em lei, no prazo a que se refere o art. 62, §§ 3º, 4º e 7º, da Constituição Federal. Diante disso, o Congresso Nacional haverá de disciplinar as relações jurídicas dela emergentes, por meio de decreto legislativo a ser editado em até sessenta dias da perda de eficácia da referida medida provisória. Caso não seja editado tal decreto legislativo, restarão conservadas as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência. Embora seja prudente aguardarmos eventual pronunciamento do Congresso Nacional quanto ao tema, parece que a melhor interpretação sobre tal inusitada situação é a de que os fatos ocorridos durante a sua vigência haverão de ser tratados e, eventualmente, sancionados, a partir das normas contidas na MP 966/20, ainda que a apuração destes ocorra já quando não mais vigente a referida medida provisória.

Todavia, ainda que tenha perdido vigência em razão do decurso de prazo sem aprovação congressual, a MP 966/20 deixou um legado inegavelmente positivo. Trata-se do fato de que, provocado por uma séria de ações diretas de inconstitucionalidade³⁴, o STF pronunciou-se sobre a sua constitucionalidade, no tocante à apreciação das normas jurídicas que efetivamente tratam da responsabilidade de agentes por atos relacionados ao combate à pandemia, em

especial que se busca, portanto, também robustecer o combate às ilegalidades e improbidades, já que ajuda a esclarecer em qual terreno cada decisão se encontra: caso eventual conduta tomada pelo gestor, em instante de premente urgência, não atinja os objetivos pretendidos, a eventual punição só correrá caso se tenha tomado tal decisão de forma dolosa ou com um grau elevado de negligência, imprudência ou imperícia. 10. Destacar essa proteção em lei específica vai permitir que o julgamento posterior de responsabilizações seja especialmente orientado pelo contexto atual. Não haverá margem de dúvidas, do ponto de vista legal, sobre os limites que ora se estabelecem. Não haverá ação do tempo que permita a supressão das particularidades da crise que se vive. A imposição normativa será um esquadro permanente a guiar os julgadores dos atos que se praticarem no combate aos efeitos econômicos, sociais e de saúde pública decorrentes da pandemia da Covid-19. 11. Por fim, a urgência para edição da anexa proposta de Medida Provisória decorre do momento pelo qual passa o País, em que a situação de risco à saúde pública decorrente do novo Coronavírus (Covid-19), classificado como pandemia, tem gerado medidas extremas de controle sanitário e provocado impactos severos na economia nacional. Tal cenário exige intervenções imediatas nos mais diversos campos de atuação estatal, cabendo, assim, salvaguardar a necessária autonomia decisória dos agentes públicos. 12. Portanto, Senhor Presidente, faz-se necessária a edição da anexa proposta de Medida Provisória, que liberará os bons gestores de amarras – ainda que simbólicas ou imaginadas – e permitirá que o País caminhe mais rápido, e com menos vidas perdidas, para longe dessa crise”.

34 Foram propostas as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade, todas sob a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso: ADI 6421, ADI 6422, ADI 6424, ADI 6425, ADI 6427, ADI 6428 e ADI 6431.

debate que, apesar de veiculado em sede de medida cautelar, se mostrou deveras denso. A partir do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, o STF conferiu “*interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção*” e, ainda, conferiu “*interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção*”³⁵. Tal decisão, cumpre salientar, ainda que endereçada a normas que agora não mais vigem, contempla relevantes diretrizes interpretativas aos preceitos também contidos na LINDB, notadamente aqueles que se fazem objeto do presente estudo (artigo 22 e, em especial, o artigo 28).

Aliás, somente pelo fato de que se encontra em vigor há mais de 2 anos, o STF não analisou os pedidos cautelares formulados em desfavor da LINDB (e, por arrastamento, de seu decreto regulamentador). Quanto a ela, a principal controvérsia consistia na compatibilidade com a Constituição Federal da limitação da responsabilidade dos agentes públicos aos casos de dolo e de erro grosseiro, afastando-a, portanto, nas hipóteses de culpa simples ou de erro escusável.

Assim, além de analisar e reafirmar a constitucionalidade da MP 966/20, conferindo interpretação conforme a Constituição para excluir, da sua interpretação, sentidos que poderiam ser violadores dos deveres de proteção à vida e à saúde, de tal importante decisão do STF também pode ser extraída interpretação que gravita ao redor da constitucionalidade, do ponto de vista material, dos artigos 22 e 28 da LINDB. Neste aspecto, como já referido, alvissareiro o surgimento da MP 966/20, por ter, ainda que de modo indireto, contribuído para a compreensão da constitucionalidade material de dois dos artigos introduzidos pela Lei 13.655/18 na LINDB.

Feitas tais considerações, passa-se justamente à análise dos artigos 22 e 28 da LINDB.

35 Acórdão ainda não publicado, porém o voto do Relator está disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf. Acesso em: 12/09/2020.

4. ART. 22 DA LINDB E O DEVER DE EMPATIA IMPOSTO AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

O clamor por segurança jurídica consiste num dos desideratos das modificações introduzidas pela Lei 13.655/18 na LINDB. E, evidentemente, este propósito repercute em todas as suas normas, como é o caso daquela contida no seu art. 22³⁶, preceito legal este que busca ensejar, tanto quanto o art. 28, menor imprevisibilidade aos efeitos dos comportamentos perpetrados por agentes públicos, bem como determinar parâmetros necessários à separação dos casos dignos de reprimenda sancionatória administrativa daqueles em que não há razões para se cogitar de punições.

Inegável, pois, tal preceito endereçar um certo nível de proteção aos bons agentes públicos, ou seja, aqueles que exerçam funções estatais por meio de vínculos jurídicos regulares, porquanto estabelece que a atividade de gestão pública deva ser interpretada a partir das circunstâncias fáticas que lhe são inerentes. Daí porque a necessidade de se considerar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”, no sentido de se “mitigar os efeitos da lei de acordo com a realidade, temperar a generalidade (abstração ínsita à atividade legislativa) com a especificidade (fatos concretos), colmatar lacunas, notadamente aquelas decorrentes da complexidade, todas estas tarefas são, dentre outras, tarefas naturais do intérprete contemporâneo³⁷. Tem-se, pois, que no caso do art. 22 da LINDB é particularmente relevante a contextualização dos fatos relacionados com a atividade de gestão pública eventualmente controlada. Parte-se, pois, da premissa, ainda surpreendente a alguns, de que as prescrições legais e mesmo os parâmetros principiológicos aplicáveis ao Direito Público são concebidos a partir de uma lógica de normalidade que nem sempre se materializa no cotidiano da Administração Pública. Ora, as normas constitucionais

e legais incidentes sobre a gestão pública orçamentária são concebidas a partir de uma realidade jurídica, orçamentária e financeira que o Poder Público raramente consegue materializar. As dificuldades e restrições suportadas pelos gestores públicos não podem ser, portanto, desconsideradas na fiscalização sobre a gestão pública relacionada com a noção de responsabilidade fiscal.

Ou seja, o art. 22 da LINDB, nas precisas palavras de Eduardo Jordão, “consagra o ‘primado da realidade’. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de “pedido de empatia” com o gestor público e com as suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta”³⁸.

Daí porque o referido clamor à empatia contido no art. 22 da LINDB implica o dever de que as formas de controle sobre gestão pública não sejam aplicadas ou mesmo interpretadas de modo desatrelado à re-

36 LINDB, 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”.

37 HAERBERLIN, Martín. Comentário ao art. 22 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael, coord. Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 90.

38 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 60-70. Sobre o tema, já se afirmou que “o art. 22, “caput”, endereça sua prescritividade à interpretação do direito público, que sempre deverá ponderar: as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, em relação ao prejuízo que os direitos dos administrados possam sofrer. Esse “diálogo” é notoriamente bastante complexo. Contudo, releva notar a determinação, até mesmo repetitiva, de que a realidade, ou melhor, os fatos reais e pragmáticos existentes devam ser levados em conta. Nesse plano, volta à tona com muita ênfase as teses de limitação orçamentária (calcada na velha máxima da ‘reserva do possível’), em relação à manutenção do “mínimo existencial”, dicotomia tantas vezes tratada quando se falou da judicialização de políticas públicas. E, atrelado a essa dicotomia, o debate acerca da vinculação às leis orçamentárias volta à cena. Afinal, tanto a “reserva do possível” quanto aos obstáculos orçamentários são ‘obstáculos reais’ a serem considerados nas decisões judiciais, administrativas ou controladoras. Ao que parece, todos esses argumentos que não vinham surtindo efeito especialmente nas cortes de justiça ganham força normativa a partir da vigência da Lei nº 13.655/2018. Assim, as ‘escolhas valorativas’, porque é difícil imaginar que bens como liberdade e propriedade possam ser vislumbrados em um plano abstrato, mas sim, por meio de escolhas. São essas ‘escolhas valorativas’ que impulsionam quem decide acerca da aplicação do direito público, porque, antes de tudo, opta-se por uma ou por outra política pública protetora ou promotora desses mesmos bens. Contudo, a partir da edição da legislação mencionada, essas ‘escolhas’ possuem parâmetros, que deverão ser expressados motivadamente, ou seja, as razões de decidir deverão ser claras no sentido de dar ênfase às consequências de optar por uma e não por outra via, bem como no que isso impacta na realidade do poder público e do cidadão” (MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set-dez. 2018, p. 255).

alidade sobre a qual incidentes as condutas controladas. A gestão, desta forma, haverá de ser controlada não somente a partir de conteúdo semântico atribuível de modo neutro às normas de conduta, mas em razão da realidade sobre a qual tais normas de conduta restaram aplicada concretamente³⁹, concordando-se com Irene Patrícia Nohara⁴⁰, para quem o art. 22 da LINDB

“preza pelo chamado primado da realidade, para que o intérprete pondere fatores complexos subjacentes a cada contexto no qual se aplica as regras e os princípios administrativos”, de modo que “a aplicação do primado da realidade não implica desconsiderar o direito e sua cogência, mas de procurar realizar um sopesamento de critérios para que haja a enunciação de uma decisão mais equilibrada e cujos efeitos sejam individualizados em função das particularidades do caso concreto, suas vicissitudes e os impactos tanto no tocante aos

39 Daí a razão pela qual se concorda com a afirmação de que o art. 22 da LINDB “impõe um parâmetro concreto para a avaliação de condutas de modo que o controlador, na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrantes deontológicos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária)”. Assim, pode-se afirmar que “a regra do caput do artigo 22 da LINDB, e seu parágrafo primeiro instaura outra questão polemica, ao dizer que se há de ter em conta, na interpretação de normas de gestão pública, as dificuldades práticas enfrentadas pelo gestor (por força das quais o administrador vê-se na contingência de limitar ou condicionar a função de direitos previstas na norma geral e abstrata). MacCormick, longe de confundir a racionalidade moral com a racionalidade jurídica, diz que o raciocínio jurídico é um caso especial, altamente institucionalizado e formalizado, e raciocínio moral. Nesta medida, o que a regra do artigo 22 parágrafo 1º da LINDB está a dizer é o seguinte: “ponha-se no meu lugar”. Ocorre lembrar apenas que cada um se coloca na situação do outro de acordo com a sua própria perspectiva, o que reinstaura o problema da segurança jurídica na prática dos atos administrativos. Poder-se-ia afirmar – e favor das alterações promovidas pela LF nº 13.655/2018 – que a norma do art. 22, caput e parágrafo único, inspirou-se na máxima ad impossibilia nemo tenetur. Sucede que dificuldades reais na prática do gestor ou circunstâncias quaisquer “que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” não se confundem com a impossibilidade de gestão responsável. Tal discussão encontra terreno fértil, por exemplo, no campo da implementação das políticas públicas de saúde, muitas vezes negligenciada na elaboração do orçamento público” (SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Ano 7, v. 14, n. 2, jul-dez. 2018).

40 NOHARA, Irene Patrícia. Comentário ao art. 22, § 1º, da LINDB. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019, p. 199 e 203.

direitos dos indivíduos afetados, como na realização dos interesses públicos”.

Quanto ao ponto, lembre-se do enunciado 11 emanado do encontro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo realizou, realizado no dia 14 de junho de 2019, em seminário docente intitulado “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, pelo qual “na expressão “dificuldades reais” constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor”. Claro que tal avaliação haverá de levar em contato critérios jurídicos, os quais deverão de ser pautados pela motivação, controlabilidade e racionalidade, conforme o enunciado 12, do mesmo encontro acima referido⁴¹.

Norma jurídica assemelhada à contida no art. 22, *caput*, da LINDB encontrava-se presente no art. 3º da MP 966/20⁴², com os acréscimos específicos das questões sanitárias próprias da pandemia. Contudo, ainda que tenha perdido a vigência, a principal utilidade da referida medida provisória foi justamente o fato de que o STF sobre ela se debruçou, exarando decisão que, em grande medida, se aproveita à análise higidez constitucional da LINDB. Contudo, mesmo que sem o art. 3º da MP 966/20, o ordenamento jurídico pátrio encontra no art. 22 da LINDB – e também no seu art. 28 – instrumentos jurídicos aptos à racionalização dos instrumentos de racionalização dos agentes públicos.

Questão interessante diz com os sujeitos referidos nas prescrições normativas contida no art. 22 da LINDB. Tem-se, de um lado, a referência ao fato de que tal preceito se endereça à “interpretação de normas sobre gestão pública” (art. 22, *caput*). De outro, o art. 22, § 1º determina sejam consideradas as circunstâncias práticas pertinentes “à ação do agente”. Ou seja, tais normas são evidentemente voltadas à normatização do modo de interpretação das condutas administrativas, ou seja, condutas perpetradas por administradores ou autoridades administrativas (servidores ou agentes dotados de poder de decisão, nos termos do art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/99). Por tal razão, defende-se a opinião pela qual o art. 22 da LINDB seria aplicável à interpretação

41 Enunciado 12: “no exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art.22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade”.

42 Vide, sobre a MP 966/20, o item 3, *supra*.

de todo e qualquer modo de exercício da função estatal de administração pública. Compreendido, pois, qual – e de quem deve ser – a atividade controlada deve ser para fins de aplicação do art. 22 da LINDB, remanesce a questão de quais controladores encontram-se sujeitos às normas contidas no referido preceito legal. Quanto ao ponto, entende-se que os controladores referidos no art. 22 da LINDB sejam tanto aqueles que desempenham algum mecanismo de controle externo, quanto aqueles outros que, em razão da noção de autotutela administrativa culminam por serem controladores de sua própria atuação, ou seja, as próprias autoridades administrativas que levam a efeito as condutas controladas⁴³. Por fim, deve-se atentar à referência, contida no art. 22, caput, da LINDB, no sentido de que a interpretação sobre gestão pública haverá de considerar os obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como as exigências decorrentes das políticas públicas inerentes à sua função pública “sem prejuízo dos administrados”. Percebe-se, pois que as normas jurídicas ora analisadas não se olvidam dos destinatários da função administrativa, como obviamente não poderiam se olvidar em face do princípio do interesse público. Assim, evidentemente, a adequada interpretação do art. 22, caput e § 1º, impõe sejam também considerados os direitos dos administrados (cidadãos ou particulares). Trata-se, pois, de um comando normativo segundo o qual a interpretação sobre gestão pública haverá de cotejar, evidentemente com a necessária motivação⁴⁴, uma série de aspectos, tais como os obstáculos e as dificuldades do gestor, as políticas públicas a que estes se vinculam, mas também os direitos dos destinatários da função administrativa.

43 Concorde-se uma vez mais com Eduardo Jordão, para quem “à primeira vista, o parágrafo primeiro parece ser destinado às instâncias controladora e judicial, na medida em que fazem referência a ‘decisão sobre regularidade de conduta ou validade’ de uma série de ações administrativas – manifestação típica dos controladores. Mas também os gestores lhe devem atenção, tanto porque exercem a autotutela de atos administrativos anteriormente adotados, como porque necessariamente realizam uma análise prospectiva relativa à regularidade dos atos que irão adotar. Também o caput do art. 22 é universalmente aplicável às instâncias administrativas, controladora e judicial. Este dispositivo requer a consideração dos ‘obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo’ para qualquer intérprete das normas sobre gestão pública. Isso significa que a determinação se aplica também para os gestores públicos, a quem fica vedada uma interpretação descontextualizada das leis que regem sua atuação” (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 71).

44 Neste sentido, tem-se o art. 8º, § 2º, do Decreto 9.830/2019.

O art. 22 da LINDB, em seus §§ 2º e 3º, endereça atenção às normas próprias do Direito Administrativo Sancionador, o que se mostra elogiável dada a relevância cada vez maior de tal compartimento do Direito Público. Aliás, tais preceitos não constavam da redação originariamente proposta, tendo sido incluídos no curso da tramitação congressual, por conta de emenda apresentada pela Senadora Simone Tebet. Com efeito, como ensina Mártin Haerberlin, “o art. 22, §§ 2º e 3º, estabelece ainda determinações específicas sobre a consideração da realidade no momento da aplicação das sanções aos agentes, determinando que sejam consideradas, nessa aplicação, diversos critérios objetivos, quais sejam: natureza e gravidade da infração, danos dela provenientes, circunstâncias agravantes e atenuantes e antecedentes do agente. Com isso, impede-se a aplicação do direito administrativo sancionador formado por critérios vagos, subjetivos e, aqui também, descolados da realidade”⁴⁵. Daí porque Eduardo Jordão⁴⁶ assevera que

“no caso específico das sanções, a preocupação é relevante porque se trata de grave interferência na esfera pessoal dos cidadãos que se dá de forma retrospectiva e temporalmente distante das circunstâncias práticas que determinam a sua adequação e proporcionalidade. Como no caso dos dois primeiros dispositivos do art. 22, os últimos também devem ser lidos conjuntamente Somadas as suas determinações, eles exigem que, na aplicação das sanções, sejam considerados: (i) danos para a administração, (ii) agravantes, (iii) atenuantes, (iv) antecedentes do agente e (v) outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo que lhe tenham sido aplicadas”.

Por fim, merece atenção a polêmica surgida a propósito do art. 22, § 3º, da LINDB, o qual, segundo seus críticos, teria legitimado o *bis in idem* em solo pátrio. Ora, a vedação à aplicação de penas de mesma natureza em razão de um mesmo fato possui estatura constitucional (seja em razão do devido processo legal insculpido no art. 5º, LIV, seja em razão de vários tratados internacionais ratificados pelo Brasil,

45 HAERBERLIN, Mártin. Comentário ao art. 22 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael, coord. Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 91

46 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 85.

atraindo a incidência do art. 5º, § 2º) e, portanto, prescindiria de normas infralegais, bem como por elas não poderiam ser excepcionadas. Diante disso, não parece ser adequado que o art. 22, § 3º, da LINDB seja compreendido como preceito legitimador do bis in idem, tampouco seja ele considerado um paliativo à eventual ocorrência de bis in idem. Opta-se por uma leitura um pouco diversa, segundo a qual tal preceito seja compreendido a partir da vedação de bis in idem. Assim, propõe-se a seguinte interpretação: a) não é constitucionalmente viável a aplicação de penas de mesma natureza em decorrência de um mesmo fato; b) a referência à expressão ‘demais sanções de mesma natureza’ contida no art. 22, § 3º, deve ser interpretada conforme a constituição, no sentido de que sempre que um mesmo fato ensejar mais de um modo de sancionamento (ex. fato sancionável em decorrência da Lei de Improbidade, da Lei Anticorrupção e Lei do CADE), a aplicação das sanções anteriormente levadas a efeitos haverá de ser considerada quando da aplicação das sanções supervenientes, de modo que tal regra somente terá incidência quando uma “sanção de mesma natureza (multa, por exemplo) em face da reponsabilidade imposta pela infração a regimes jurídicos distintos, tais como o criminal, o administrativo e o civil”⁴⁷. De qualquer sorte, o “comando normativo inserido no § 3º, do artigo 22, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, impõe às instâncias decisórias, em procedimentos sancionadores ou penais, o dever de considerar, para fins de dosimetria, das demais sanções da mesma natureza, relativas ao mesmo fato”⁴⁸.

Analisado, ainda que sumariamente, os principais aspectos dos comandos normativos contidos no art. 22 da LINDB, afigura-se evidente, de um lado, que sua aplicação é especialmente relevante num momento em que sobejam dificuldades materiais, orçamentárias e mesmo sanitárias, tornando ainda mais complexas as já difíceis tomadas de decisão pelo Poder Público. De outro lado, mostra-se igualmente evidente que tal preceito legal não imuniza de responsabilização – severa, em alguns casos – os gestores desonestos e absolutamente inábeis, bem assim aqueles que veiculam em suas decisões fundamentos

diversos dos fundamentos científicos e racionais que hão de presidir a atuação pública de enfrentamento da Covid-19.

5. ART. 28 DA LINDB E O DIREITO AO ERRO NÃO SANCIONÁVEL

Na mesma toada, tem-se o art. 28 da LINDB⁴⁹, pelo qual a responsabilização dos agentes públicos resta condicionada a uma culpabilidade qualificada. Com efeito, a lógica intrínseca a tal preceito legal diz com a vedação de responsabilização que não reste embasada nas situações em reste demonstrada a deliberada intenção do cometimento da infração e/ou dano (dolo) ou ao menos tais lesões à ordem jurídica decorrem de situação de erro grosseiro. Trata-se, por via indireta, de norma jurídica que veda a responsabilização nas situações carentes de dolo ou erro grosseiro⁵⁰. Igualmente, resta interdito o sancionamento no caso em que eventuais erros – muito comuns em crises como a causada pela Covid-19 – não possam ser caracterizados como suficientemente graves. Neste sentido, rogando-se licença para o exagero retórico, pode-se afirmar que o art. 28 da LINDB descriminaliza o simples erro. Pode-se afirmar, pois, que tal regra jurídica confere ao administrador público uma espécie de direito subjetivo ao cometimento de leves equívocos bem-intencionados, evidentemente sem ser estendida tal prerrogativa ao erro leve para os casos dotados de culpabilidade caracterizada como dolosa, grave ou desonesta.

49 LINDB, Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

50 No processo legislativo que culminou no art. 28 da LINDB houve tentativa de balizamento interpretativo do conceito de erro grosseiro. Tratava-se do vetado art. 28, § 1º, pelo qual não seria considerado 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”. Tal proposta legislativa restou vetada pelo Presidente da República pois “a busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica”. Destaque-se que normas voltadas à definição de erro grosseiro também se encontravam previstas nos artigos 1º e 2º, da MP 966/20, sobre cuja natureza, efemeridade, e sujeição ao crivo do STF já se tratou no item 3, supra.

47 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 93.

48 RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. Compensação de sanções de mesma natureza pelo mesmo fato e “ne bis in idem”. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019, p. 211.

Com efeito, coexistem, no Direito Público brasileiro, várias categorias diversas de responsabilização dos agentes públicos (v.g. responsabilidade administrativa, responsabilidade civil, responsabilidade penal, responsabilidade político-administrativa por improbidade administrativa, responsabilidade fiscal, responsabilidade eleitoral)⁵¹, sendo que a indevida utilização de tais instrumentos de responsabilização dos agentes públicos pode ensejar um fenômeno indesejável de inibição dos bons gestores, os quais se afastarão da Administração Pública, deixando cada vez mais espaço para os maus administradores públicos, ou seja, uma verdadeira “seleção natural” perversa. Assim, tem-se que interpretações demasiadamente rigorosas dos conceitos inerentes às mais diversas categorias de responsabilização a que os agentes públicos se encontram sujeitos, no afã de se punir os maus agentes públicos, podem expulsar da Administração Pública os bons gestores ou, ao menos, reduzir sua criatividade quase a zero, no já referido fenômeno do “apagão das canetas”⁵². Dois subprodutos de tal forma exacerbada de interpretação e aplicação das normas de responsabilização dos agentes públicos mostram-se especialmente graves. Primeiramente, há uma certa promiscuidade interpretativa quanto à ocorrência de infrações de maior gravidade. Com efeito, ora por desconhecimento ora por deliberada intenção de agravamento dos modos de responsabilização dos agentes públicos, não é raro que órgãos de controle e mesmo certos setores da Administração Pública interpretem todo e qualquer comportamento como improbidade administrativa, crime contra a Administração Pública, ou outras espécies graves de infração. De outro lado, o descuido na aplicação responsável de tais conceitos culmina por “criminalizar o erro”, sem que se perceba o mal que isso provoca no desenvolvimento da gestão pública. Conforme já referido nas notas introdutórias deste trabalho, a técnica da tentativa e erro por vezes é recomendável e até mesmo neces-

51 Para uma visão geral de tal arcabouço jurídico de responsabilidades, veja-se SEVERO, Sérgio Viana. *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

52 Como ensinam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, o desamparo normativo do administrador probo, honesto e responsável “produz externalidades negativas para além dos atos praticados pelos agentes corruptos. Causa a paralisia da Administração Pública. Não há incentivo para se decidir. A lógica de autodefesa é a seguinte: se a inércia, quando muito, pode se importar uma sanção funcional, enquanto a ação pode lhe importar na sua responsabilização patrimonial, o melhor é nada fazer. O problema é que a legítima defesa do gestor público lega, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa aos demais fundamentos” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 129-130).

sária, mas sua aplicação obviamente seria incogitável se o agente público percebesse que seus erros seriam severamente punidos. Daí porque se mostra alvissareiro o surgimento, no Direito Público brasileiro, da norma contida no art. 28, da LINDB. Saliente-se uma vez mais que para os maus gestores, aqueles que atuam indevidamente e com gravidade ou desonestidade, continuam a merecer a severa aplicação das mais diversas categorias de responsabilização⁵³.

Desta forma, em face do art. 28 da LINDB, os agentes públicos somente são responsabilizáveis se suas condutas vierem devidamente acompanhadas do elemento subjetivo doloso ou por uma noção de culpa grave qualificada na norma pelo conceito de “erro grosseiro”. Lembre-se quanto a tais conceitos que

“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 inescusáveis 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 contro-

53 Com razão, portanto, Gustavo Binbenojm e André Cyrino, para quem “o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge neste cenário. Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir das abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco do erro. Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. Dorme tranquilo quem indefere, dizia Marcos Juruena. O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública. (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O 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, p. 206). Do mesmo modo, o referido preceito legal visa a evitar a “responsabilização injusta de autoridades em caso de revisão de suas decisões” (SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Segurança Jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord). *Segurança Jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Senado Federal: Brasília, 2015, p. 7).

lador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública”⁵⁴

Parece, pois, ser possível afirmar que a norma contida no art. 28 da LINDB traz como decorrência lógica a impossibilidade de responsabilidade por presunções. Justamente por tal motivo, não se concorda com posição interpretativa do TCU⁵⁵, no sentido de que a incidência do conceito de erro grosseiro decorreria de uma regra-matriz de responsabilização oriunda da noção de “administrador médio”. Com efeito, o que se depreende do art. 28 da LINDB é justamente a proibição de culpa presumida, eis que impõe o ônus argumentativo da constatação do dolo ou do erro grosseiro⁵⁶.

Aliás, o Decreto 9.830/2019⁵⁷ possui várias normas jurídicas no sentido de evitar presunções no

54 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 137.

55 TCU, Acórdão 1.628/2018, Pleno.

56 Daí porque se mostram adequadas as conclusões Juliana Heinen, para quem “a rigor, o controle dos atos administrativos não pode ser ancorar em uma ‘culpa presumida’, sendo que justamente é isto que o art. 28 da LINDB pretende combater. Em outras palavras, a previsão do termo ‘erro grosseiro’ no citado dispositivo quer impedir, teleologicamente, que se fixe a culpa do gestor de modo abstrato ou *in re ipsa*, por exemplo, derivada de um sincretismo principiológico (bastante perigoso, para dizer o mínimo)... Em outras palavras, pensa-se que a atividade controladora deve deixar de lado a tendência de identificar o ‘erro grosseiro’ como qualquer atividade que não corresponda ao ‘administrador médio’. Aliás, o art. 28 é justamente editado desta forma para que se afaste esta correlação, uma vez que reclama se conhecer as circunstâncias fáticas, o grau de responsabilidade com que o administrador decidiu, a realidade que estava diante quando da decisão etc. (v.g. arts. 20 e 22 inseridos pela Lei nº 13.655/2018). E isto induz a uma motivação que não pode se pautar em uma ‘culpa presumida’, mais ‘grave’ e, claro, ‘provada’. É bastante evidente que a Lei nº 13.655/18 exige maior motivação nas decisões que venham a sancionar o gestor público, justamente para se proteger o ‘administrador honesto’. Assim, o critério para a responsabilização do gestor deveria ser a culpabilidade, e não o prejuízo ao erário” (HEINEN, Juliana. Comentários ao art. 28 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 165-166).

57 O Decreto 9.830/2019 restou editado, consoante dispõe seu art. 1º, para regulamentar “o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro”. Seu surgimento gerou evidente perplexidade. Primeiro porque as regras introduzidas na LINDB pela Lei 13.655/2018 não parecem clamar ou carecer de uma interpositio normativa infralegal para que sua operatividade venha a ser assegurada. Dito de outro modo: a LINDB não demanda regulamentação, mesmo no seu compartimento voltado a assegurar segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público. A regulamentação de tais normas, ao menos como se extrai do Decreto 9.830/2019, parece algo tão inusitado quanto seria a regulamentação, por exemplo, do Código Civil ou do Código de Processo Civil. Até haveria algum sentido em tal regulamentação se houvesse a edição de decreto federal voltado à adaptação das normas introduzidas na LINDB pela Lei 13.655/2018 às particularidades próprias da estrutura e da funcionalidade da União, o que até ocorre em alguns dos preceitos contidos no De-

creto 9.830/2019 (v.g. art. 10, §§ 5º e 6º, art. 14, art. 15 e arts. 20 a 24). Mas, na maior parte de seus preceitos, o Decreto 9.830/2019 propõe-se como instrumento de regulamentação universal dos artigos 20 a 30 da LINDB. Além disso, também gera perplexidade o fato de que o referido Decreto 9.830/2019 parece pretender imiscuir-se em searas além daquelas para as quais o art. 84, IV, da CF atribui competências regulamentares ao Chefe do Poder Executivo Federal. Neste sentido, é de se indagar, por exemplo, se as normas contidas no Decreto 9.830/2019 vinculam a atuação do Poder Judiciário no controle jurisdicional da Administração Pública. Do mesmo modo, é de se perguntar se o Decreto 9.830/2019 se impõe à atividade de controle que eventualmente venha a ser realizada pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Ministério Público. Daí a razão pela qual, embora até possua normas dignas de encômios, como as aqui destacadas, o Decreto 9.830/2019 há de ser interpretado – e, por conseguinte, aplicado – com a devida parcimônia e observados os restritos limites normativos contidos na noção de regulamentação que se extrai da Constituição Federal.

creto 9.830/2019 (v.g. art. 10, §§ 5º e 6º, art. 14, art. 15 e arts. 20 a 24). Mas, na maior parte de seus preceitos, o Decreto 9.830/2019 propõe-se como instrumento de regulamentação universal dos artigos 20 a 30 da LINDB. Além disso, também gera perplexidade o fato de que o referido Decreto 9.830/2019 parece pretender imiscuir-se em searas além daquelas para as quais o art. 84, IV, da CF atribui competências regulamentares ao Chefe do Poder Executivo Federal. Neste sentido, é de se indagar, por exemplo, se as normas contidas no Decreto 9.830/2019 vinculam a atuação do Poder Judiciário no controle jurisdicional da Administração Pública. Do mesmo modo, é de se perguntar se o Decreto 9.830/2019 se impõe à atividade de controle que eventualmente venha a ser realizada pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Ministério Público. Daí a razão pela qual, embora até possua normas dignas de encômios, como as aqui destacadas, o Decreto 9.830/2019 há de ser interpretado – e, por conseguinte, aplicado – com a devida parcimônia e observados os restritos limites normativos contidos na noção de regulamentação que se extrai da Constituição Federal.

do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro”. Um primeiro olhar sobre tal norma poderia levar à conclusão de que se trata de norma em grande medida tautológica. Contudo, dela deve se extrair a conclusão de que o elemento subjetivo das condutas dos agentes públicos deve ser devidamente comprovado nos respectivos processos de responsabilização, endereçando-se o ônus da prova também quanto à culpabilidade aos proponentes da acusação imputada aos agentes públicos processados.

Conveniente atentar para a repercussão do art. 28 da LINDB nas mais diversas formas de responsabilização a que os agentes públicos se encontram sujeitos. Inicialmente, quanto à responsabilidade administrativa propriamente dita, como é o caso da responsabilidade funcional dos agentes públicas, normalmente instituída pelos respectivos estatutos e regimes jurídicos, somente se poderá responsabilizar agentes públicos caso se demonstre cabalmente a ocorrência de dolo ou erro grosseiro. Ou seja, de um lado, é incogitável qualquer caso de responsabilidade objetiva funcional dos agentes públicos e, de outro, não mais persiste a possibilidade de responsabilização de agentes públicos por categoria culposa que não se manifeste como caso de erro grosseiro⁵⁸.

Quanto à responsabilidade fiscal dos agentes, assim considerada aquela oriunda das competências constitucionais dos Tribunais de Contas, igualmente, somente poderá ser caracterizada situação ensejadora de responsabilidade, conduta que contemple hipótese de dolo ou erro grosseiro. Trata-se de novidade especialmente alvissareira quanto à competência dos Tribunais de Contas, os quais possuíam um certo descuido decisório quanto à culpabilidade dos seus jurisdicionados. Com efeito, antes do art. 28 da LINDB, ainda que não se falasse em responsabilidade objetiva propriamente dita, as decisões impositivas de responsabilidade pelos Tribunais de Contas simplesmente olvidavam de tratar da culpabilidade. Com o advento de tal norma legal, também a responsabilização impositiva pelos Tribunais de Contas restará condicionada a situações de dolo ou erro grosseiro.

58 Diante disso, exorbita do poder regulamentar, por extrapolar os limites normativos contidos no art. 28 da LINDB, a norma contida no art. 17 do Decreto 9.830/2019, segundo o qual “o disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve”. Ora, mesmo em relação ao regime disciplinar, somente se poderá responsabilizar os agentes públicos caso caracterizada situação de dolo ou erro grosseiro, no qual não se enquadram as condutas culposas de natureza leve, inclusive em face do disposto no art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019.

No tocante à responsabilidade por improbidade administrativa, parece que o art. 28 da LINDB é menos novidadeiro, porquanto os tipos de improbidade contemplados nos arts. 9º (enriquecimento ilícito), 10-A (concessão indevida de benefícios fiscais em matéria de ISS) e 11 (violação aos princípios da administração pública) da Lei 8.429/92 somente serão caracterizados se houver dolo, ainda que genérico, ao passo que o tipo de improbidade contido no art. 10 da Lei 8.429/92 (lesão ao erário) poderá ser caracterizado tanto no caso de dolo, quanto na hipótese de culpa grave, a qual, desde há muito, vem sendo interpretada como aquela dotada de gravidade suficiente para a caracterização de comportamento desonesto que é próprio da noção de improbidade administrativa⁵⁹. Defende-se, pois, que a noção de erro grosseiro contida no art. 28 da LINDB seja assimilável ao que a jurisprudência já vinha considerando como culpa grave, necessária à categorização da improbidade administrativa prevista no art. 10, da Lei 8.429/92. Discorda-se, pois, de Guilherme Pellegrini, para quem “a norma do art. 28 da Lei n. 13.655/18, com relação aos casos por ela especificados, ao estabelecer um âmbito de responsabilização administrativa mais restrito do que a lei anterior (Art. 10 da Lei 8.429/92) é com ela incompatível, determinando-lhe, pois, a insubsistência parcial”⁶⁰, porquanto se entende que em matéria de improbidade administrativa, notadamente quanto ao art. 10 da Lei 8.429/92, erro grosseiro e culpa grave são noções identificáveis. Por outro lado, não se cogita que o art. 28 da LINDB possa ser utilizado para a caracterização dos demais tipos de improbidade (enriquecimento ilícito, concessão indevida de benefícios fiscais de ISS e violação aos princípios), no tocante a casos de erro grosseiros, eis que se tratam de categorias normativas que exigem dolo.

Finaliza-se a presente análise com o destaque necessário à compreensão da incidência do art. 28 da LINDB sobre os casos de responsabilidade civil dos agentes públicos. Quanto ao tema, há polêmicas que devem ser compreendidas e, se possível, solucionadas. Ocorre que o art. 37, § 6º, da Constituição

59 Sobre o tema vide MAFFINI, Rafael. É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). Teses jurídicas dos tribunais superiores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, t.2 p. 29-50.

60 PELLEGRINI, Guilherme M. Anotações ao artigo 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coords). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 423.

Federal estabelece que “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”. Assim, tal norma constitucional estabelece que a responsabilidade civil dos agentes públicos, caso responsáveis por danos causados em desfavor de terceiros, ocorra por dolo ou culpa. Já o art. 28 da LINDB estabelece que a responsabilidade dos agentes públicas ocorra nos casos de dolo ou erro grosseiro. Do cotejo de tais normas, resta a dúvida acerca de como se interpretar o conceito de erro grosseiro. Com efeito, caso se interprete que o conceito de erro grosseiro contido no art. 28 da LINDB restringe o conteúdo da norma constitucional, evidentemente se estará diante de uma flagrante inconstitucionalidade. Todavia, caso se interprete que a Constituição Federal deixou em aberto o conceito de culpa permitindo ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de gradação da culpa indutora de responsabilidade, tem-se aí uma função normativa absolutamente legítima e constitucional. Parece que o art. 28 se enquadra nesta segunda situação, razão pela qual não parece tratar-se de norma violadora do texto constitucional. Assim, concorda-se com a conclusão de Gustavo Binbenojm e André Cyrino, para quem “a adoção da categoria de erro grosseiro nos parece uma legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte”⁶¹. Aliás, lembre-se que algumas categorias funcionais são sujeitas a regras legais que, sem qualquer violação ao art. 37, § 6º, da CF/88, preveem responsabilidade civil condicionada a certas categorias específicos de culpabilidade (ex. art. 143, I, do CPC).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, procurou-se abordar uma das tantas importantes questões que o Direito Administrativo brasileiro há e haverá de enfrentar em razão dos nefastos efeitos da pandemia do coronavírus, qual seja a responsabilização dos agentes públicos por suas condutas e decisões perpetradas em meio a um momento tão crítico como o que está assolando o planeta. As restrições materiais e orçamentárias e as incertezas experimentadas pela própria medicina causam um cenário em que as tomadas

decisão são ainda mais difíceis do que normalmente já ocorre no exercício da função estatal de administração pública.

Se, de um lado, a legislação e sua interpretação devem se mostrar impiedosas com situações caracterizadas pela malversação intencional ou desonesta, de outro, não se pode aplicar os mesmos rigores aos casos em que os agentes públicos tomam decisões influenciadas pelos limites e restrições próprios de um momento tão grave como o que a sociedade está passando.

Daí porque se analisou a responsabilização dos agentes públicos pela perspectiva da LINDB, com as alterações introduzidas pela Lei 13.655/18. Passados já mais de dois anos de sua vigência, parece tratar-se de diploma legal já amadurecido o suficiente, ao menos no plano doutrinário, para servir de um adequado instrumento de racionalização do sistema de sancionamento aplicável a agentes públicos.

Neste diapasão, restaram destacados especialmente duas normas jurídicas contidas na LINDB. Tratou-se, inicialmente, do seu art. 22 que contempla um verdadeiro clamor por empatia aos órgãos de controle no exercício da fiscalização incidente sobre agentes públicos, na medida em que determina que o fiscal analise as condutas fiscalizadas a partir das dificuldades e limitações que lhe eram pertinentes. Tratou-se, também, do art. 28 da LINDB, segundo o qual a responsabilização dos agentes públicos resta condicionada a uma forma qualificada de culpabilidade, que culmina por interditar que recaiam sanções em face de comportamentos que não sejam intencionalmente ilícitos, desonestos, ou ao menos qualificados como grosseiros.

O fio condutor do trabalho buscou demonstrar que um sistema de responsabilização somente poderá ser considerado efetivo se possuir mecanismos aptos à separação dos casos graves que reclamam reprimendas severas, daqueles casos em que eventuais deslizes formais ou mesmo eventuais ilegalidades tenham sido perpetrada por meio erro. Tal diretriz, por seu turno, visa assegurar um ambiente confortável aos bons gestores que, por melhores que sejam e por mais cuidados que tenham, cometerão erros em suas decisões, num momento histórico em que rarefeitas são as certezas e, por conseguinte, frequentemente os acertos somente ocorrem por sorte.

Porto Alegre, RS, 20 de setembro de 2020.

61 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O 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, p. 206.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários à Lei 13.655/2018 – proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A Administração Pública na Constituição de 1988 – 30 anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 2, p. 45-74, maio/ago. 2018.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O 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.
- CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael; AGI, Samer. Lei do Coronavírus – Lei nº 13.979/2020: Comentada Artigo por Artigo. Brasília: CP Iuris, 2020.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HAERBERLIN, Martín. Comentário ao art. 22 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael, coord. Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 79-98.
- HEINEN, Juliano. Comentários ao art. 28 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 161-176.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 60-70.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018.
- MAFFINI, Rafael. “Covid-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências”. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702/33142>. Acesso em 06/04/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49702.
- _____. Comentários ao art. 24 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 113-128.
- _____. Direito Administrativo da crise: medidas administrativas de enfrentamento à Covid-19. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio. As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2020. p. 759-780.
- _____. É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). Teses jurídicas dos tribunais superiores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, t.2 p. 29-50.
- _____. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.
- _____; CARVALHO, Guilherme; MP 966: Vacina indevida ou precaução normativa? *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/mp-966-vacina-indevida-ou-precaucao-normativa>. Acesso em maio 2020.
- _____; HEINEN, Juliano. Análise acerca da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set-dez. 2018.
- _____. Juridicidade administrativa e controle da administração pública. In: ROSSI, Benoni (org.). Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Comentário ao art. 22, § 1º, da LINDB. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PELLEGRINI, Guilherme M. Anotações ao artigo 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coords). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. Compensação de sanções de mesma natureza pelo mesmo fato e “ne bis in idem”. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019.

ROGÉRIO, Nuno. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha com um ensaio e anotações de Nuno Rogério. Coimbra: Coimbra, 1996.

SCAPIN, Romano. A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das ‘medidas cautelares’ à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019

SEVERO, Sérgio Viana. Tratado da Responsabilidade Pública. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Ano 7, v. 14, n. 2, jul-dez. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Direito Administrativo para céticos. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança Jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord). Segurança Jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Senado Federal: Brasília, 2015.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32876>. Acesso em 19/03/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180.



Rafael Maffini

<https://orcid.org/0000-0001-7349-2411>

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
rafael.maffini@rmmgadvogados.com.br

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto de Direito Administrativo e Notarial do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS; Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS; Juiz Substituto do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em vaga destinada a advogados para os biênios 2016/2018 e 2018/2020; Advogado em Porto Alegre; Sócio Diretor do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grandó Advogados, <http://lattes.cnpq.br/5560738819747602>