

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERISSIMO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO - CONJUNTO

**ADI 6.421 MC, ADI 6.422 MC, ADI 6.424 MC, ADI 6.425 MC, ADI 6.427
MC, ADI 6.428 MC e ADI 6.431 MC**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com pedidos de medidas cautelares que, conjuntamente, impugnam três blocos normativos: (i) a Medida Provisória 966/2020; (ii) o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018; e ainda (iii) os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019.

De início, ponto que acompanho o voto-relator quanto à delimitação da questão a ser enfrentada em sede cautelar. Embora algumas das ADIs impugnem dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e do Decreto 9.830/2019, verifica-se que esses atos normativos já se encontram em vigor, no caso da primeira lei, há mais de 2 (dois) anos. Esse dado fático, por si só, afasta a alegação de perigo na demora que autorizaria a suspensão cautelar das legislações. Assim, o presente voto examinará tão somente as alegações de inconstitucionalidade endereçadas à MP 966/2020.

Especificamente em relação à MP 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados à pandemia da Covid-19, argumenta-se, em síntese, que a legislação restringe indevidamente a responsabilização de qualquer ação ou omissão dos agentes públicos durante a pandemia da Covid-19, ao

ADI 6421 MC / DF

estabelecer que esta se dará apenas em casos de dolo ou erro grosseiro na conduta.

Aduz-se que o art. 37, § 6º, da Constituição estabelece, além da proteção direta do administrado – que está amparado pela responsabilidade objetiva do Estado –, uma vertente de proteção indireta, segundo a qual a Administração precisará buscar o regresso da responsabilização no agente público responsável pelo dano, nos casos em que ele tenha atuado com dolo ou culpa.

Defende-se que a legislação ora impugnada rompe esse paradigma para as ações de ressarcimento, ao possibilitá-las apenas em casos de erro grosseiro (culpa grave) ou dolo, indo de encontro ao princípio republicano. Critica-se, ainda, a falta de critérios objetivos para a configuração de erro grosseiro do agente público, o que conduziria a verdadeiro regime de impunidade.

Diante dessa conjuntura, postula-se o deferimento de medida cautelar para suspender as normas atacadas e, no mérito, a procedência dos pedidos formulados, para declarar a inconstitucionalidade da MP 966/2020.

O processo foi distribuído, por sorteio, ao Ministro Roberto Barroso, no dia 15.5.2020, tendo Sua Excelência apresentado o feito em mesa para exame do pedido de medida cautelar na sessão plenária seguinte.

2 – Constitucionalidade formal

Em relação ao controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário quanto à obediência aos requisitos do artigo 62 da CF, entende esta Corte pela excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição (ADI MC 1.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 12.6.1998).

Destaco que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional passado, rejeitava a competência do Judiciário para exercer crítica sobre o juízo de existência dos mesmos pressupostos do decreto-lei. Sob a carta atual, porém, e desde o julgamento da liminar na

ADI 6421 MC / DF

ADI 162, esse entendimento mudou.

Em 1989, a jurisprudência do STF sofreu alteração e passou a admitir que esses pressupostos não são totalmente alheios à crítica judiciária. Sem que se desmentisse o caráter discricionário da avaliação política desses pressupostos, reservou-se ao Judiciário a verificação, em cada caso, de eventual abuso manifesto.

Em precedentes diversos, o STF afirmou a possibilidade de censurar a medida provisória por falta dos requisitos da urgência e da relevância, sem, contudo, encontrar nas hipóteses que analisava caso para tanto. Em 1998, porém, ocorreu a desaprovação pela falta do pressuposto formal.

O Supremo Tribunal Federal já realizou controle de constitucionalidade de leis oriundas de medidas provisórias, oportunidades em que entendeu haver desobediência aos mencionados critérios constitucionais. No entanto, tal fato ocorreu de forma excepcional, quando verificado que a matéria tratada na MP apresentava cunho estritamente processual ou quando flagrante o desrespeito aos critérios da urgência e relevância.

É o caso do julgamento da ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 29.3.2011, na qual foi reconhecida inconstitucionalidade de medida provisória, ante ausência de relevância e urgência, aliada ao trato de matéria processual de iniciativa exclusiva do Poder Legislativo (antes da EC 32/2001). Segue a ementa:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 9.º da Medida Provisória n.º 2.164-41/2001. Introdução do art. 29-C na Lei n.º 8.036/1990. Edição de medida provisória. Sucumbência. Honorários advocatícios. Ações entre FGTS e titulares de contas vinculadas. Inexistência de relevância e de urgência. Matéria, ademais, típica de direito processual. Competência exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa aos arts. 22, inc. I, e 62, caput, da CF. Precedentes. Ação julgada procedente. É inconstitucional a medida provisória que, alterando lei, suprime condenação em honorários advocatícios, por sucumbência, nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e titulares de

ADI 6421 MC / DF

contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais”. (ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 29.3.2011, grifo nosso)

Contrariamente ao caso supra, a matéria tratada na Medida Provisória 1950-62/2000, e suas sucessivas reedições, visava a, precipuamente, realizar medidas complementares ao Plano Real para livrar o país da extorsiva inflação que gerava descontrole dos gastos públicos, corrosão do poder aquisitivo da moeda e desconcentração de renda.

Não se afirma, todavia, que, no caso em questão, houve obediência aos requisitos da relevância e urgência, mas tão somente que se trata de escrutínio restrito considerado o fato de a matéria em questão fazer juízo apreciativo quanto ao preenchimento dos requisitos taxados constitucionalmente, especialmente ante o caráter discricionário do qual são revestidos os pressupostos das medidas provisórias, mais notadamente quando a análise perpassa os critérios técnico-administrativos de condução da máquina pública e dos destinos nacionais.

Por oportuno, cito o atual posicionamento da Corte:

“CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode

ADI 6421 MC / DF

negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido”. (RE 592.377, Redator p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 20.3.2015, grifo nosso)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MP Nº 1.195/1996. ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO. EXAME DA RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. CASOS EXCEPCIONAIS. CONVERSÃO 1/3 FÉRIAS EM ABONO PECÚNIARIO. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 1. A decisão agravada está alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firme no sentido de que somente se admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. Precedentes. 2. Hipótese em que, para divergir da conclusão do Tribunal de origem, acerca do preenchimento dos requisitos ao direito à conversão do terço de férias em abono pecuniário, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, o que inviabiliza o recurso extraordinário. Precedentes 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 526.353 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 8.10.2015, grifo nosso)

Na mesma linha, já me pronunciei no caso de medida provisória que modificava a indenização do seguro DPVAT, cuja ementa descreve:

ADI 6421 MC / DF

“Recurso extraordinário com agravo. Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT). 2. Redução dos valores de indenização do seguro DPVAT pela Medida Provisória 340/2006, convertida na Lei 11.482/2007. 3. Constitucionalidade da modificação empreendida pelo art. 8º da Lei 11.482/007 no art. 3º da Lei 6.194/74. **4. Medida provisória. Pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Discricionariedade. Precedentes.** 5. Princípio da dignidade da pessoa humana. Ausência de violação. 6. Repercussão geral. 7. Recurso extraordinário não provido”. (ARE 704.520, de minha relatoria, Tribunal Pleno, repercussão geral, DJe 2.12.2014, grifo nosso)

Nesses termos, no caso da MP 966/2020, não cabe ao Poder Judiciário perscrutar a respeito do atendimento dos requisitos da relevância e urgência, pois se trata de situação aparentemente necessária para conferir segurança jurídica ao agente público no combate à pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2), na qual deve prevalecer, em regra, o juízo do administrador público.

Entendo apenas que, afastada hipótese de abuso, no caso em tela, deve-se adotar orientação já consolidada por esta Corte e, portanto, rejeitar a alegação de inconstitucionalidade por afronta ao art. 62 da Constituição Federal.

Além disso, a medida provisória será apreciada no Parlamento. Sendo o Poder Legislativo o titular do poder legiferante por excelência, tem-se que, nesse caso, o reconhecimento da existência de inconstitucionalidade prévia poderia configurar ataque frontal ao princípio da Separação dos Poderes.

2 – Constitucionalidade material

A questão colocada nas medidas cautelares das ADIs em exame consiste em saber se a Medida Provisória 966/2020 teria violado o texto constitucional ao restringir a responsabilização civil e administrativa dos

ADI 6421 MC / DF

agentes públicos às hipóteses de **dolo** ou **erro grosseiro** pela prática de atos relacionados ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19.

Eis o inteiro teor da Medida Provisória 966/2020:

“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 o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º. O mero nexos 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;

ADI 6421 MC / DF

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.

Art. 4º. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação”.

Em manifestações recentes neste Plenário, tenho ressaltado que a grave crise econômica, financeira e social desencadeada pela pandemia do novo Coronavírus impõe a necessidade de nos mantermos abertos a interpretações do texto constitucional que se amoldem ao contexto fático subjacente. Com esteio sobretudo nas lições do Professor *Peter Häberle*, tenho destacado que devemos estar abertos a um pensamento de possibilidades (*Möglichkeitsdenken*). Como destaca o autor:

“O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para novas realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”. (HÄBERLE, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980. p. 3).

No caso em tela, diante dos imensos desafios impostos à gestão pública pela pandemia do novo Coronavírus, poderíamos até mesmo estar inclinados a debater em que extensão seria razoável e proporcional flexibilizar o regime jurídico de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos.

Todavia, bem analisada a norma impugnada, entendo que **as balizas nela trazidas não se distanciam do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos constitucionalmente vigente**

ADI 6421 MC / DF

mesmo em circunstâncias de normalidade.

É cediço que a regra constitucional de Responsabilidade Civil do Estado, assentada na clássica Teoria do Risco Administrativo, impõe a responsabilização objetiva dos Entes Federativos, ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros. Esse regramento decorre da literalidade do § 6º do art. 37 da CF, *in verbis*:

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

No que se refere à responsabilidade dos agentes públicos, a norma constitucional, portanto, é clara no sentido de exigir a configuração de dolo ou culpa como elementares necessárias para a configuração do dever de reparar.

A jurisprudência do STF relativa ao art. 37, § 6º, da CF/88 consagrou entre nós a chamada **Tese da Dupla Garantia**, que, inspirada no princípio da impessoalidade, assegura regime de proteção dupla: (i) **uma em favor do particular**, possibilitando ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, dado que maior é a probabilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido; e (ii) **outra em favor do servidor**, que somente responde administrativa e civilmente à pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincula. (AgR 908.331, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 18.5.2016).

Na mesma linha, cito também o RE 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, Dj 8.9.2006; o RE-AgR 470.996, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Dje 11.9.2009; o AI-AgR 522.832, de minha relatoria, Segunda Turma, Dje 28.3.2008; o RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 14.11.2008; e o RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, Dj 12.4.2002.

Em decisões recentes, o STF reconheceu alguns desdobramentos

ADI 6421 MC / DF

importantes da Tese da Dupla Garantia. Ao apreciar o tema 777, da repercussão geral, o Tribunal assentou que *"o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa"*. (RE 842.846, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 13.8.2019).

No mesmo sentido, ao julgar o tema 940, o STF pacificou que *"a teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato"*. (RE 1.027.633, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 6.12.2019). Nessa ocasião, a propósito, a Corte conscientemente superou a posição do STJ que reconhecia a legitimidade passiva *ad causam* do agente público nas demandas indenizatórias por ato do Estado.

A partir do regramento constitucional apresentado, não há dúvida de que seria incompatível com o art. 37, § 6º, da CF/88 eventual ato normativo que buscasse imunizar o agente público pela prática de ato ilícito culposo ou doloso.

Todavia, dada a própria abertura semântica do conceito de culpa no campo da Responsabilidade Administrativa, não parece que seria defeso ao legislador ordinário, com o intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor público, prever **elementares culposas qualificadas**, que pudessem trazer especificação normativa da conduta culposa moldada à *práxis* da gestão pública regulamentada.

É justamente com esse intuito de **qualificar** a modalidade culposa da responsabilidade dos agentes públicos que normas como o art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – com redação vigente desde 2018 – prevê que *"o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou **erro grosseiro**"*. No caso específico da LINDB, o conteúdo jurídico da expressão *"erro grosseiro"* é objeto de regulamentação pelo art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019, o qual define: *"considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau*

ADI 6421 MC / DF

de negligência, imprudência ou imperícia”.

No caso em tela, a densificação do regime de responsabilidade dos agentes públicos na adoção de medidas de enfrentamento à pandemia é igualmente buscada pela MP 966 com a restrição às ações ou omissões do Poder Público por “*dolo*” ou “*erro grosseiro*”. A convalidação da modalidade de responsabilidade subjetiva, a propósito, encontra-se espelhada no art. 1º, § 2º, da MP, o qual dispõe que “*o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público*”.

A rigor, **a norma impugnada não ilide tampouco atenua a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos**, mas apenas **qualifica** a modalidade culposa aplicável ao prever: “*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. 2º).

Também bem andou a MP ao buscar fixar parâmetros de aferição do erro grosseiro. Esses parâmetros são indicativos para o próprio Judiciário e órgãos de controle externo, que deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e **assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão**. Em especial, deve-se considerar “*a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência*” (inciso III) e ainda “*o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas*” (inciso V).

Alinhado às considerações feitas pelo Ministro Relator, ressalto, também, a importância de as decisões tomadas pelos gestores durante a pandemia se fiarem, ao máximo possível, em *standards* técnicos, em especial aqueles decorrentes de normas e critérios científicos e aplicáveis à matéria, entre elas as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Nesse ponto, compreendo que uma interpretação possível do diploma normativo em exame poderia, na realidade, fazer incidir sobre a categoria de erro grosseiro quando configurado tratamento não deferente

ADI 6421 MC / DF

do gestor público às normas técnicas aplicáveis.

Caso um agente público conscientemente adote posição contrária às recomendações técnicas da OMS, entendo que isso poderia configurar verdadeira hipótese de imperícia do gestor, apta a configurar o erro grosseiro, nos termos do próprio art. 2º da MP. Já manifestei – e manifesto novamente – que **a Constituição Federal não autoriza ao Presidente da República ou a qualquer outro gestor público a implementação de uma política genocida na gestão da saúde.**

Assim, fazendo coro à técnica de interpretação conforme veiculada pelo relator, defiro parcialmente a cautelar apenas para estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro previsto na MP 966/020, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

3 – Premissas para um regime constitucional de responsabilização administrativa dos agentes públicos

Antes de concluir, gostaria de fazer algumas advertências sobre os fundamentos constitucionais que devem estruturar regime republicano de responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos;

Nos últimos anos, publicistas de escola do Direito Administrativo brasileiro têm levantado sérias preocupações com a ausência de critérios para a definição da responsabilidade administrativa de gestores públicos nas três esferas da administração direta e indireta. Autores como **Floriano de Azevedo Marques Neto** (MARQUES NETO, Floriano. FREITAS, Rafael Vêras. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto, maio de 2018*. Consultor Jurídico. 25 de maio de 2019), **Gustavo Binenbojm**, **Carlos Ari Sundfeld** (SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. Portal Jota, 31 de outubro de 2017), e outros de igual calibre têm diagnosticado, no Brasil, a ocorrência de verdadeiro **“Apagão das Canetas”** – expressão utilizada

ADI 6421 MC / DF

para designar sentimento generalizado de temor e de inação de nossos gestores públicos frente aos riscos de responsabilização pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. O pior que poderia acontecer, em um momento como o que estamos vivendo, em que - como já disse a Ministra Rosa - é necessária a ação, era a inação, era a inércia.

Na sua essência, esse fenômeno decorre de visão da Administração Pública que projeta, no gestor, o ideário de que ele deve ser mero “aplicador” da lei; como se todas as escolhas importantes para a funcionamento do Estado já tivessem sido tomadas pelo legislador, cabendo ao servidor apenas desvendá-las.

Para além de todos os desafios que essa visão de mundo implica, em termos de hermenêutica jurídica, qualquer aplicador do direito minimamente atento à realidade consegue reconhecer suas limitações. Como bem destacam **Binebojm** e **Cyrino**, embora “o mundo da aplicação da lei de ofício seja um lugar bastante seguro para o agente público, esse mundo não existe e talvez nunca tenha existido”. Sobretudo em sociedades complexas como a nossa, é inegável que “administrar envolve tomar decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo legislador”. (BINENBOJIM, Gustavo e CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, nov 2018, p 205).

Esse fenômeno apontado pela doutrina impõe que façamos uma autocrítica das nossas instituições de controle. Em belíssimo texto sobre o tema, a professora do Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) **Juliana Bonacorsi de Palma** buscou identificar, a partir da análise de 133 acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU), o que seria, na visão do Tribunal, o chamado “administrador médio”. Como descreve a professora:

“Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010).

ADI 6421 MC / DF

Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)“.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>

Essa figura utópica, que é utilizada como régua no controle externo dos atos administrativos parece presumir que o gestor público deveria atuar como verdadeiro exegeta oitocentista. Esse tipo de idealização, infelizmente, não parece ser exclusividade dos órgãos de controle. Alguns casos de escola no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário placitam abordagens semelhantes.

Sobretudo, em cenários em que as dificuldades de uma crise econômica, financeira ou sanitária demandam dos gestores públicos medidas invasivas e urgentes, o exame *a posteriori* da responsabilidade do agente público pelos órgãos judiciais e também pelo Ministério Público deve considerar o contexto informacional contemporâneo à tomada de decisão.

Considere-se como exemplo esse caso – quase que banal – da liberação dos recursos pelo Governo para pagar o benefício emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos) reais. Temos notícias de que militares ou mesmo

ADI 6421 MC / DF

pessoas de melhores condições econômicas acabaram recebendo o benefício. Esse é o resultado do Brasil que nós criamos.

E, aqui, como nós sabemos, temos visto, inclusive noticiado, essa realidade, esse vexame nacional, é não saber onde estão esses pobres. É um vexame! É vergonhoso! A imprensa timbrou dizendo: São os invisíveis. Desenvolveu esse nome. Vejam, não se sabe onde encontrar essas pessoas, embora estejam passando fome em algum lugar, perderam seu emprego ou a única atividade que tinham: biscate, autônomos. Não se sabia como encontrar. Nós temos que enfrentar essa realidade.

É ruim para nós como nação. É vergonhoso que a oitava, nona ou décima economia do mundo tenha que conviver com esse regime de *apartheid*. Isso, sim, precisa ser enfrentado. E vejam o risco de quem decide, porque o dinheiro ou não chegou nas mãos de quem precisa, ou pode ter chegado **em mãos outras**. Mas não podemos imputar, por exemplo, a quem distribuiu como má-fé.

Nesse episódio, o próprio Ministro da Economia, mesmo após obter uma liminar do Ministro Alexandre de Moraes suspendendo a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal durante o período de pandemia, discutia-se se ainda seria necessária a edição de uma Proposta de Emenda Constitucional, tendo em vista o cenário de abuso que se pode perpetrar contra os gestores públicos.

Espero que o resultado dessa crise seja a colocação na agenda política nacional de uma política de combate à desigualdade. Nós não sabemos sequer ainda quem são as pessoas que precisam de ajuda nos nossos cadastros, o que faz com que equívocos como esse sejam cometidos.

Mas agora imaginemos que um agente do Ministério Público entre com uma ação de improbidade contra o presidente da Caixa Econômica Federal por não ter tido cuidado no pagamento desse benefício assistencial. Imagina que isso aconteça e um agente da Caixa Econômica Federal ou do Ministério da Economia seja responsabilizado pela operação dos recursos.

ADI 6421 MC / DF

Claro que todos nós queremos repudiar fraudes. Se houver fraudes e conluíus, é claro que isso deve ser combatido. É claro que todos nós ficamos chocados com as notícias que aparecem todo dia quanto ao superfaturamento na compra dos equipamentos necessários para o combate a covid-19. É evidente que isso choca a todos, o consumo dos recursos que são pagos de maneira ineficiente, inadequada, abusiva. É preciso, de fato, que isso seja combatido e repudiado. É preciso, de fato, que isso seja combatido e repudiado.

Mas, talvez, aqui os órgãos de controle pudessem até atuar de uma maneira preventiva, aqueles especialmente que tenham alguma *expertise* para evitar controvérsias que surgem *a posteriori*. O Ministro relator falou de *standarts* para orientar as ações dos agentes públicos e eu digo que também precisamos ter *standarts* na avaliação da responsabilidade por parte dos órgãos de controle e das câmaras técnicas do Ministério Público. Muitas vezes as decisões desses agentes vão ser examinadas daqui a dois, três, quatro ou cinco anos. Isso tem um efeito grande sobre o processo decisório. Por isso, seria importante termos súmulas e orientações técnicas que orientam a atuação dos órgãos de controle externo.

Somente na história recente da nossa República, o Governo Federal já implementou, por exmeplos, nos últimos 30 anos, quatro planos monetários.

Isso foi um jogo de tentativas e erros. Imputar má-fé agora, às vezes, poderia ocorrer. Os planos fracassaram, de maneira retumbante, ao longo desses anos. Eu vivenciei essa realidade em um governo. Eu vi a crise cambial, em que o mundo desaparecia, e todos estavam tentando fazer o seu melhor. É fácil, depois, entrar com uma ação de improbidade para dizer que houve alguma coisa de errado. É preciso olhar isso, Presidente! É preciso saber, valorar e valorizar o trabalho que essas pessoas exercem nas suas funções. Eu vivi a crise do apagão. Eu sei aquilo que significava. E, claro, a toda hora, encontrávamos esses professores de Deus nos ensinando a fazer as coisas. Como se diz no interior: "quem não sabe não

ADI 6421 MC / DF

faz, critica".

Em muitos casos, não é dado ao gestor público antever todos os desdobramentos positivos e negativos de uma eventual medida. Como já destaquei em estudo acadêmico, políticas econômicas como as reformas monetárias são de notável complexidade, existindo diversos modelos disponíveis. (MENDES, Gilmar Ferreira. A Reforma Monetária de 1990 – Problemática Jurídica da Chamada ‘Retenção dos Ativos Financeiros’”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, out./dez. 1991).

nesse estudo, eu demonstro que uma boa parte das reformas ocorridas, entre o final dos anos 1940 até 1954, tinha este viés de retenção de ativos financeiros. Isto fica muito claro, inclusive numa tabela que eu faço publicar nesse estudo.

E não se pode esquecer que aquela medida teve alguma aceitação naquele momento, porque nós tínhamos uma inflação - essa é a inflação que se registra no Plano Collor - de 84,32% ao mês e em ascendência. Portanto, era um estágio de hiperinflação.

Julgar isto depois e dizer: "*Ah, mas há uma inconstitucionalidade.*" É muito fácil. Especialmente se nós estivermos numa inflação próxima a zero. Perdemos até a noção.

Quando nós falamos para o nosso público, hoje, de estudantes, que houve uma inflação de 84,32%, eles parecem crianças alemãs. Não sabem o que era inflação. Só que isso não ocorre na Alemanha, porque a Alemanha insiste, inclusive, em mostrar o que significou a inflação no período de *Weimar*.

Preciso dizer isto, preciso que as pessoas saibam disto, como também as pessoas precisam saber no Brasil. Que houve ditadura no Brasil e que a ditadura foi lamentável. Precisamos trabalhar a história para valorizar as conquistas que nós tivemos, valorizar a democracia.

Em hipóteses delicadíssimas de adoção de políticas públicas como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas, por exemplo, o pior cenário possível é que ocorra o já referido aqui "**Apagão das Canetas**", situação em que os gestores públicos ficam paralisados pelo medo de responsabilização.

ADI 6421 MC / DF

O temor da caneta só direciona o agir para a solução formal que nada agrega à construção de políticas públicas. Nas palavras precisas do saudoso professor carioca Marcos Juruena: “*Dorme tranquilo quem indefere*”. (Como destacado em MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o Ato Administrativo. **Revista Colunistas – Direito do Estado**, n. 289, 2016).

Talvez um dos episódios mais icônicos da nossa história recente – e que entra para o folclore jurídico – seja a do ajuizamento, pelo Ministério Público Federal, no começo dos anos 2000, de ações de improbidade contra os ex-ministros do Governo FHC Pedro Malan, José Serra e Pedro Parente.

Essas ações questionavam a assistência financeira no valor de R\$ 2,97 bilhões do Banco Central aos bancos Econômico e Bamerindus, em 1994, dentro do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), que socorreu bancos em dificuldades. Ela foi subscrita pelos ilustres Procuradores da República Oswaldo José Barbosa Silva, Wellington Cabral Saraiva, Antônio Carlos Alpino Bigonha, José Leovegildo Oliveira Moraes, Humberto Jacques de Medeiros e Franklin Rodrigues da Costa.

Os três ex-ministros acusados de improbidade chegaram a ser condenados em primeira instância a restituir aos cofres públicos R\$ 200 milhões. O ilícito civil praticado por eles teria sido a autorização do pagamento, com recursos públicos, de prejuízos dos correntistas dos bancos que sofreram intervenção em 1995 pelo Proer – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, do governo FHC.

Em 2016, a Primeira Turma do STF acolheu recurso da Procuradoria-Geral da República e determinou o desarquivamento das mencionadas ações de improbidade, que, hoje, quase 30 (trinta) anos depois da implementação do Proer, continuam a correr na Justiça Federal de Brasília. Transcreve-se a ementa abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO.
USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

ADI 6421 MC / DF

INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA DE FORO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE. COMPETÊNCIA DO PRIMEIRO GRAU. AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE NA ADI 2.797/DF NÃO CONFIGURADA. Sedimentou-se, nesta Corte Suprema, o entendimento de que competente o primeiro grau de jurisdição para julgamento das ações de improbidade administrativa contra agentes políticos, ocupantes de cargos públicos ou detentores de mandato eletivo, independentemente de estarem, ou não, em atividade. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido”. (Rcl 3.004 AgR, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15.3.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13.4.2016 PUBLIC 14.4.2016)

Outro caso atual bem ilustra o drama que mesmo servidores públicos experientes enfrentam. Em janeiro de 2020, o MPF ofertou denúncia em face de ex-executivos e ex-conselheiros de fundos de pensão que realizaram aportes financeiros no Fundo de Investimentos e Participações (FIP) Sondas, veículo de investimentos da Sete Brasil Participações pelo crime de gestão temerária. Um dos denunciados é Esteves Colnagno, hoje assessor especial do Ministério da Economia. Trata-se de um dos mais brilhantes servidores públicos da União, que conta sólida formação acadêmica e vasta experiência pública: é servidor de carreira do Banco Central, atuou como diretor de programa e secretário-executivo-adjunto do Ministério do Planejamento e chegou a ser Ministro do Planejamento no governo Temer.

Em entrevista publicada na Folha de São Paulo, o experiente gestor narrou as circunstâncias fáticas e projeções econômicas da época. Explicou que, quando a reunião do Conselho de Administração aconteceu, nos idos de 2012, a projeção do investimento era amplamente favorável à operação, o que inclusive era subsidiado em pareceres técnicos. :

“Você tinha os pareceres dizendo que o investimento era bom. Vamos supor que, **se pela minha ação, não exercêssemos**

ADI 6421 MC / DF

o direito de preferência e aí o negócio dá certo. Poderiam falar: ‘Você causou um prejuízo à Funcef por ter sido muito conservador’. Até porque houve três diretores durante a reunião falando que aquilo tinha boas perspectivas. **Eu poderia ser acusado do outro lado. O cenário era muito positivo.**

(...) O **investimento era bom, aparentemente era bom. Todo o mundo falando que tinha que entrar.** Mas houve uma queda muito forte no preço do petróleo, de US\$ 100 o barril para US\$ 30. Teve a Operação Lava Jato, que maculou a imagem da Petrobras e acionou regras de *compliance* [normas de conduta] dos bancos, que não tinham mais como emprestar. Os pilares do projeto ruíram. Deixaram de existir. (Disponível em: [-https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/nao-me--](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/nao-me--)

Esses são apenas alguns exemplos arquetípicos, que revelam como um cenário insegurança jurídica, no regime de responsabilização de gestores públicos, pode contribuir para uma paralisia sistemática da Administração Pública.

Sobretudo no campo da responsabilização por improbidade administrativa, fica bastante clara a necessidade de repensarmos o regime jurídico para dar mais segurança jurídica ao gestor e reduzir o espectro de discricionariedade dos órgãos de persecução.

Uma pesquisa recentemente realizada por docentes do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e apresentada na Confederação Nacional dos Municípios (CNM) analisou 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, publicados entre 2005 e 2018, contra prefeitos. De acordo com a pesquisa, menos de 10% das ações de improbidade contra prefeitos que chegam ao STJ estão relacionadas a situações de enriquecimento ilícito, previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992. Mais da metade dos casos no STJ envolvem tão somente a modalidade de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública contemplada no art. 11. Além disso, há uma intensa discussão sobre a proporcionalidade das sanções aplicadas pelos atos de improbidade.

Da experiência institucional acumulada, fica claro que precisamos

ADI 6421 MC / DF

pensar com urgência em uma reforma da Lei de Improbidade. O Ministro Barroso, em seu voto, falou muito disso, das pessoas que hoje têm medo, inclusive, de assumir as funções públicas e elas, às vezes, as funções públicas, ficam inclusive, no decorrer, ocupadas por aventureiros. O caso a que nos referimos, a perplexidade do Ministro Guedes e de sua equipe, tem a ver exatamente com a noção de responsabilidade dessas pessoas.

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 10887/2018, que resultou do trabalho de comissão de juristas criada pelo presidente da Câmara, Rodrigo Maia, e coordenada pelo ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

E aqui a gente tem que dizer: a associação, o consórcio espúrio, o conúbio espúrio, que infelizmente não se encerrou, entre, muitas vezes, membros do Ministério Público e determinada força política faz com que se entre com ação de improbidade quando podia ser uma ação civil de cobrança. "Ah, o Ministro Gilmar está exagerando nas suas imputações!" Não, reconheço a importância do trabalho do Ministério Público, e é preciso que faça essa crítica e essa autocrítica.

O Projeto de Lei mencionado visa a conferir maior estabilidade ao regime de improbidade administrativa. Sua principal inovação consiste justamente na supressão da modalidade culposa de improbidade. Como destacado na Justificativa do PL:

"De um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento. O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamento de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da

ADI 6421 MC / DF

improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados”.

Além disso, o PL busca garantir maior proporcionalidade nas sanções decorrentes dos atos de improbidade de baixo potencial ofensivo, permitindo que, nessas situações, a sanção se concentre na pena pecuniária, e não necessariamente envolva a suspensão de direitos políticos.

“Perseguindo o desiderato de proporcionalidade entre ato e sanção, consequências jurídicas e ofensividade do ato, o anteprojeto inova criando a possibilidade de que atos ímprobos de baixa ofensividade sejam apenados de forma distinta daqueles atos ofensivos a uma maior gama de valores da administração pública ou que causem prejuízos relevantes. Sem prejuízo do ressarcimento, devido, atos de baixa relevância serão apenados com multa, sem suspensão de direitos políticos ou proibições de relacionamento com o poder público ou desligamento da função ou do cargo público.

Existem atos administrativos que são meramente irregulares, jamais atos de improbidade administrativa, e entre aqueles ilícitos caracterizáveis como atos de improbidade existem os que não implicam relevante dano ao erário, embora sejam atos que ofendam a moralidade e às vezes ao patrimônio administrativo. Possuem baixo poder ofensivo –ou baixa relevância, ou baixa significância –, mas são ontologicamente atos de improbidade. Desta maneira, merecem sanções previstas nesta lei, mas de forma proporcional à ofensa perpetrada, e não nos moldes da sanção aplicável aos relevantíssimos atos de improbidade”.

Essas alterações parecem ser bastante oportunas para conferir maior segurança jurídica à Administração Pública brasileira. Em verdade, a estrutura de incentivos criada por um sistema que projeta a figura do agente público formalista exegeta mina totalmente as oportunidades de

ADI 6421 MC / DF

soluções inovadoras.

O cultivo de uma cultura judicial que persegue, reprime e cerceia a boa gestão jamais pode ser compatível com os preceitos constitucionais da eficiência, da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública.

3 - Dispositivo

Feitas essas considerações e ante todo o exposto, acompanho o relator.