

**COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO**

**À PRESIDENTE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO,
PROFESSORA DOUTORA CRISTIANA FORTINI.**

Ação Direta de Inconstitucionalidade 6421

A COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO do **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO - IBDA**, vem, por seus membros (Portaria nº 11/2023 - IBDA), em face da admissão do IBDA como *amicus curiae* nos autos da ADI 6421, apresentar manifestação escrita com argumentos pela constitucionalidade do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com a redação dada pela Lei n.º 13.655/2018.

I. Relatório das premissas iniciais

A REDE Sustentabilidade (REDE) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) propuseram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que ganhou o nº 6.421 pretendendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com a redação dada pela Lei n.º 13.655/2018. Foi feito pedido cautelar para suspensão dos efeitos, sendo, por maioria de votos, em 21 de maio de 2020, deferido parcialmente a pretensão para conferir interpretação conforme a Constituição dos artigos 1º e 2º da Medida Provisória n.º 966/2020 – este um segundo pedido. Quanto ao art. 28, o excelentíssimo Ministro-Relator LUÍS ROBERTO BARROSO não deferiu o pedido de suspensão de efeitos, por faltarem os requisitos do permissivo legal. No dia 11 de setembro de 2020, a Medida Provisória n.º 966/2020 perdeu a validade, já que não foi apreciada pelo

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Congresso Nacional. Então, a ADI nº 6.421 ficou atrelada ao julgamento da constitucionalidade do citado art. 28 da LINDB.

O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), tempos depois, pleiteou e foi deferido o seu ingresso como *amicus curiae* neste processo para formular suas considerações técnicas sobre a constitucionalidade integral da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a *Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro*. Então, neste momento, entregam-se as compreensões jurídico-normativas pelas quais se autoriza a defender que o art. 28 da LINDB é plenamente conforme os termos da Constituição Federal de 1988.

II. Fundamentação

II.1. Não é inconstitucional quando se quer, mas quando a Constituição Federal preconiza

A Constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pode ser defendida com base nos princípios e regras constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. O artigo em questão dispõe sobre a obrigatoriedade de os tribunais aplicarem as normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição Federal, sendo esse o seu teor: "**Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.**".

Como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a partir do referido art. 28, "as opiniões e decisões técnicas tomadas por agentes públicos – de todas as esferas e de todos os Poderes – passaram a sofrer o influxo dessa nova matriz valorativa, que circunscreve, de modo parcialmente inovador, certas condutas infracionais que podem, em tese, ser praticadas por agentes públicos".¹

Basta ver, assim, que há uma obrigação à parte autora, ou seja, um ônus que, ao nosso ver, não foi destrinchado: **qual é o parâmetro constitucional violado?** Em termos ainda mais objetivos: **cabe ao autor dizer claramente qual o dispositivo da CF/88 que retira a**

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 255. Referida edição conta com a participação das professoras Weida Zancaner e Carolina Zancaner Zockun, e do professor Maurício Zockun.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

validade do questionado art. 28 da LINDB? Meras ilações do tipo: “a alteração legislativa gera menos responsabilização do gestor”; ou “há enfraquecimento no controle” etc. não têm força bastante para declarar uma regra contrária ao texto maior.²

A “lei fundamental” do País possui supremacia sobre todas as outras leis e normas, sejam elas estaduais ou federais. Nenhum ato legislativo, regulamento ou ação governamental pode entrar em conflito com a Constituição³. Quando isso ocorre, dever-se-á indicar claramente onde a lei questionada é contrária à Constituição Federal. Do contrário, não será considerada inválida e inaplicável, tendo validade de pleno direito. Esse princípio assegura a manutenção do Estado de Direito e a supremacia dos valores e princípios estabelecidos na Constituição em detrimento de quaisquer leis que possam vir a conflitar com ela.

Então dois caminhos hermenêuticos deveriam ser trilhados pela parte autora, os quais, com maior respeito, parecem estar ausentes: (1) **Existência de um dispositivo da CF/88 que expressamente diga quais são os elementos dogmáticos para a responsabilidade do gestor**, ainda que minimamente mencione a expressão ‘responsabilidade objetiva’, “subjéctiva” etc.; (2) **Existência de um dispositivo constitucional que proíba o tratamento do tema pela legislação ordinária**.

Como, portanto, nem uma coisa nem outra sucede no caso – o que conduz à conclusão de que não há dispositivo constitucional violado – o resultado não pode ser outro que não a improcedência da ação direta ajuizada.

II.1.1 A Constituição Federal quase não quis falar sobre a responsabilidade do gestor

Em apenas um único caso o constituinte originário de 1988 tratou dos elementos para responsabilizar um gestor público, que foi no art. 37, § 6º: quando um agente público age com dolo ou culpa, poderá ter de indenizar algum dano que causar a terceiro. Estamos apenas e

² No Direito Constitucional brasileiro, como decorrência do princípio da separação de poderes, há presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Ver, a propósito, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 289.

³ Cf. “Artigo VI, Seção 2: A presente Constituição, e as leis dos Estados Unidos que forem feitas em cumprimento dela, e todos os tratados celebrados, ou que sejam feitos, sob a autoridade dos Estados Unidos, serão a lei suprema do país.”

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

somente no campo da responsabilidade civil, quiçá a única possibilidade de se questionar uma interpretação conforme do art. 28 da LINDB. De resto, quando a CF/88 quis, indicou os casos e tipos punitivos para a responsabilidade⁴. E na maioria dos casos, o próprio constituinte deferiu ao legislador livre determinação para tutelar, como bem aprofundasse, a responsabilidade do gestor⁵.

Aliás, quando se miram os locais em que a Constituição deveria ter tratado do tema, como o art. 37 ou o art. 71, não se toma em conta nenhuma menção aos elementos dogmáticos da responsabilidade sancionatória do gestor. O que se fez, apenas, foi indicar alguns âmbitos de punitividade, como quando o art. 37, § 4º, determina que Lei Ordinária trate dos casos de improbidade. Mas veja bem que em mais uma oportunidade o constituinte quis que o legislador definisse se a punição reclamaria ou não prova de dolo, culpa, erro grosseiro, dolo eventual etc.

Em suma, já é possível encaminhar a primeira conclusão:

- (a) **A Constituição Federal de 1988 não define qual o limite e quais são os elementos dogmáticos da responsabilidade civil do gestor;**
- (b) **Ao contrário, delegou o tratamento do tema ao legislador;**
- (c) **Então, o art. 28 da LINDB vem totalmente ao encontro da CF/88, porque cumpre seu papel de dizer como e em que nível um gestor ou parecerista pode ser responsabilizado.**

Aliás, só a título de exemplo: quando o constituinte de 1988 tratou do direito sancionador disposto às Cortes de Contas, também decidiu que seria a lei a delimitar o tema. Ora, foi justamente o que o artigo 28 da LINDB fez.

II.1.2 A Constituição Federal não proibiu o tratamento do tema

Como consequência da exposição anterior, conseguimos ver com mais clareza ainda que o constituinte de 1988 não proibiu a eleição pelo legislador do elemento subjetivo para a responsabilidade do gestor nas várias esferas de punição. Cita-se aqui uma série de exemplos: recentemente, a Lei nº 14.230/2021 alterou a *Lei de Improbidade Administrativa* (nº

⁴ V.g. art. 29-A, §§ 2º e 3º; art. 50, “caput”; art. 74, § 1º; art. 85; art. 100, § 7º; art. 141; art. 208, § 2º; art. 212-A, inciso IX;

⁵ V.g. art. 37, § 2º, art. 40, § 22, inciso VIII; art. 71, inciso VIII; art. 173, § 5º; art. 236, § 1º.

**COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO**

8.429/1992) modificando justamente este assunto. Antes, o gestor poderia ser responsabilizado por dolo e, em caso de lesão (art. 10), também por culpa. Hoje, isto não é mais possível, sendo que não há dispositivo constitucional proibindo estas opções. Do mesmo modo inconstitucionalidade não há na Lei nº 12.846/2013 (chamada de “Lei Anticorrupção”), quando o legislador optou por responsabilizar objetivamente a pessoa jurídica (arts. 1º e 2º), e subjetivamente os respectivos gestores (art. 3º), tanto mais porque a eclosão dessa responsabilização objetiva demanda, como pressuposto, a voluntariedade de uma pessoa no cometimento do ilícito tipificado no art. 5º dessa lei⁶.

Exemplos outros não faltariam para provar que o elemento subjetivo de qualquer ramo do direito sancionador depende da opção política do legislador, caso a Constituição Federal não tenha disposto de modo expresso – o que, na maioria dos casos, isto não foi feito⁷.

Veja o caso do art. 74, § 1º, da CF: “§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, **sob pena de responsabilidade solidária**.”. Pergunta-se: a responsabilidade reclamará prova de dolo, de culpa, de erro grosseiro? Ou será subjetiva? Consideramos claro que será o legislador a tratar do tema, e, hoje, se não disser de modo expresso em lei específica, valerá o art. 28 da LINDB.

No plano infraconstitucional, diversos dispositivos preveem restrições à responsabilidade pessoal de certos agentes públicos: magistrados (art. 143, CPC/2015)⁸, integrantes do Ministério Público (art. 181, CPC/2015)⁹, membros da Advocacia Pública (art.

⁶ Neste sentido: ZOCKUN, Maurício. *Aspectos gerais da Lei Anticorrupção*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/6/edicao-2/aspectos-gerais-da-lei-anticorruptao>

⁷ Ver item precedente.

⁸ “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (...)”.

⁹ “Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

**COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO**

184, CPC/2015)¹⁰, membros da Defensoria Pública (art. 187, CPC/2015)¹¹. Nada obstante, não houve declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos legais.

O art. 143, CPC, por exemplo¹², refere que “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”. Ou seja, referido artigo impõe restrição à responsabilidade muito superior a fixada no art. 28 da LINDB, “pois sequer a *culpa* em quaisquer de seus graus pode gerar responsabilidade pessoal do magistrado, mas apenas *dolo* ou *fraude*, que têm por premissa a *intenção* em causar dano”¹³.

Como refere RODRIGO VALGAS DOS SANTOS, “o art. 28 da LINDB veio apenas consagrar o *princípio da isonomia*, posto que a exigência de responsabilização apenas nos casos de dolo ou fraude é adotada para magistrados, promotores públicos, ministros e conselheiros de tribunais de contas, sendo isonômico e razoável aplicar a responsabilidade por atividade decisória ou técnica no exercício de função administrativa apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro”¹⁴.

Em resumo: o tratamento dado pelo artigo 28 da LINDB, ao tema da responsabilidade do agente público, não desborda dos limites da *liberdade de conformação normativa* deferida ao legislador, quando não há parâmetro constitucional flagrantemente violado.¹⁵

Conclusão segunda:

(a) A ADI nº 6.241 não deve ser recebida, porque não indica uma clara regra da CF/88 que foi violada. Espelha apenas ilações e prognoses que nem sequer se provaram existentes;

¹⁰ “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

¹¹ “Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

¹² Diversos outros exemplos poderiam ser dados: art. 32, III, Lei 12.527/2011, art. 38, § 2º, Lei nº 13.327/2016, art. 40, Lei nº 13.140/2015 etc.

¹³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Art. 28 da LINDB: a cláusula da proteção decisória do agente público no direito brasileiro. *In*: RAMOS, Rafael (Coordenador). *Comentários à nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 164.

¹⁴ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Art. 28 da LINDB: a cláusula da proteção decisória do agente público no direito brasileiro, p. 166.

¹⁵ Ver, exemplificativamente, ADI 4825, Relator: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

- (b) A CF/88 não proíbe como permite que o legislador estabeleça os elementos subjetivos para responsabilidade do gestor. Logo, o art. 28 da LINDB é constitucional.

II.2 Constitucionalidade do art. 28 da LINDB

II.2.1. A exigência de determinado elemento subjetivo para a responsabilização do administrador público já era prevista em diversos diplomas normativos

Administrar pressupõe algo ou alguém a ser gerido, encontrando, na sua essência, a tomada de decisões para se perseguir o desenvolvimento deste algo ou deste alguém. A escolha da alternativa correta, ou seja, a mais acertada decisão a ser tomada pelo gestor encontra justificativa em intuições, em informações, em dados técnicos, na realidade que se põe à sua frente etc. E a administração da coisa pública compreende decisões arraigadas em elementos que não permeiam somente a intuição do gestor. Aliás, nem poderia, dado que a gestão dos aparelhos de Estado deve estar atrelada aos dispositivos constitucionais e legais, aos princípios administrativos, à busca pelo interesse público etc., sendo que o espectro subjetivo do agente é o que menos conta.

Em oportuna lembrança de LUCIANO FERRAZ, já em 2018, por ocasião do Congresso Goiano de Direito Administrativo, CLÓVIS BEZNOS pontificou que “...nada impede que o legislador infraconstitucional discipline e estabeleça balizas e condicionantes, definindo graus de culpa para efeito da obrigação de indenização por parte de agentes públicos. Não existe proibição constitucional a que o legislador possa fazê-lo, sendo absolutamente frequente essa hipótese na legislação infraconstitucional”¹⁶.

O art. 37, § 6º, CF/88, segundo GUSTAVO BINENBOJM e ANDRÉ CYRINO, ao se referir à culpa, “não fechou questão sobre o grau ou intensidade de sua incidência para a configuração da responsabilidade do agente público. Assim, logo à partida, a crítica adota uma versão de *maximalismo* constitucional incompatível tanto com a letra expressa da Lei Maior, quanto com uma visão aberta e democrática do constitucionalismo. Por evidente, não

¹⁶ FERRAZ, Luciano. *Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos in* <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu> .

**COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO**

existe uma interdição a que o legislador democrático *densifique* o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade reste configurada”.¹⁷

Mas não apenas isso. Como observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ao tratar do art. 28 da LINDB, observa que “...o dolo e a culpa historicamente foram qualificadoras do comportamento humano em relação ao fato praticado em vista do seu resultado. Deste modo, a finalidade pretendida pelo agente é regularmente apurada identificando-se o dolo (ânimo de atingir o resultado ou assumir o risco de atingi-lo) ou a culpa (apesar de o resultado não ser desejado, ele é previsível e o agente continua a desenvolver o comportamento por negligência, imprudência ou imperícia). A intensidade dos comportamentos doloso e culposo (e não sua modalidade) foi historicamente relevante para a dosimetria da sanção aplicável, o que ainda se verifica entre nós, tanto no Direito Penal como no Direito Civil. Como já afirmamos, este panorama foi alterado com o advento do art. 28 da LINDB, que erigiu a gradação do comportamento humano (denominado erro grosseiro) não mais como um elemento da dosimetria da pena, mas como circunstância apta a qualificar a conduta voluntariamente praticada como infracional. Desloca-se a intensidade do comportamento humano (doloso ou culposo) da sanção para a infração”¹⁸.

A necessidade de voluntariedade na prática da ilicitude, assim entendida como vontade livre e consciente do autor em agir em desconformidade com o ordenamento, visando ao resultado vedado, já havia sido antevista por FLÁVIO UNES¹⁹.

Daí prossegue, fundado nessas ideias, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirmando que, “Como até o momento o sistema normativo é nebuloso quanto à fixação do sentido, conteúdo e alcance do conceito de erro grosseiro, pensamos haver possibilidade de aproximá-lo tanto do dolo indireto ou eventual como também da culpa consciente (que são gradações dos comportamentos doloso e culposo, teorizadas pela doutrina à margem de previsão normativa). Não desconhecemos a circunstância de que a distinção entre um e outro

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, 203–224. <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, 2023. 36ª ed., Cap. V, item 123-A, p. 255.

¹⁹ PEREIRA, Flávio Unes. *Improbidade Administrativa e Dolo Genérico*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-10082015>.

***COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO***

é tênue ou, para alguns, até mesmo inexistente, em vista da impossibilidade prática de estremar as duas situações. Em vista disto, parece-nos que a proposta elaborada por Guilherme Nucci, destinada a desatar o ‘Nó de Górdio’ relacionado à distinção entre o dolo indireto e a culpa consciente, é integralmente aplicável ao art. 28 da LINDB, que se refere ao erro grosseiro. Pode-se reconhecer que o tipo é doloso e, havendo dúvida (se dolo indireto e culpa consciente), aplica-se a atenuação na dosimetria da pena, fundando-se no princípio processual aplicável ao Direito Administrativo sancionador, do *in dubio pro reo*²⁰.

Demais disso, a graduação da culpa, de longa data, é adotada pela doutrina pátria, distinguindo-a em grave, leve e levíssima²¹, sendo o erro grosseiro equivalente à culpa grave. No Código Civil, inclusive, a graduação da culpa encontra previsão expressa no parágrafo único do art. 944: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a *gravidade da culpa* e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.²²

No exercício dessa atividade de gestão, os órgãos controladores (ou em outras instâncias) podem imputar uma série de sanções ou ônus à pessoa do administrador público. Exemplificativamente e desde já, pode-se demonstrar que a aplicação das inúmeras sanções à pessoa do gestor somente era possível quando presente o *elemento subjetivo doloso* ou *culposo*. Confira:

- Art. 37, §6º, da CF/88: quando o Estado tem de ressarcir outrem por conta de dano causado por agente público, aquele pode demandar este em regresso, desde que prove dolo ou culpa. A responsabilidade civil da autoridade pública, aqui, não deixa de ser *subjetiva*;

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit. p. 257.

²¹ Ver, por exemplo, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61/62; MIGAREM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 141-143.

²² Na 1ª Jornada de Direito Administrativo promovida pelo IBDA, realizada em 2019 na cidade de Tiradentes (MG), que teve por tema a “LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”, foi aprovado o seguinte enunciado: “O art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público.” Disponível em: <https://ibda.com.br/wp-content/uploads/2023/06/Enunciados-IBDA-publicacao-Forum-2.pdf>.

**COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO**

- Lei nº 8.429/92 (*Lei de Improbidade Administrativa*): o art. 9º (quando há vantagem indevida e enriquecimento ilícito do agente público), o art. 11 (quando há violação aos princípios administrativos) e o art. 10-A (conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário indevido) reclamam a presença da elementar subjetiva dolosa. E o art. 10 (causar lesão ao erário) permitia sua incidência somente quando provado dolo e culpa. Contudo, o STJ²³, já há muito, entende que, em qualquer hipótese sancionatória, deve estar presente a prova da “má-fé” do agente, ou seja, um “elemento intencional” que visa a malbrandar a coisa pública. Então, no nosso sentir, a jurisprudência da referida corte já anunciava a possibilidade de se punir somente se provado *dolo* ou *culpa grave* – que pode ser equiparada ao “*erro grosseiro*”;
- Lei nº 12.846/13 (*Lei Anticorrupção*): apesar de a responsabilidade civil da pessoa jurídica ser objetiva (art. 2º “caput”), os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos *na medida da sua culpabilidade* (art. 2º, § 4º)²⁴;
- Lei nº 8.112/90 (*Estatuto dos Servidores Civis da União*): o art. 122 determina que a responsabilidade civil decorre apenas de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Diante desse panorama, não ficou difícil considerar que, para a responsabilidade administrativa estar configurada, reclama-se a existência de um *elemento subjetivo* do autor do ato. Essa sempre foi a vocação do legislador, sem que, com isto, se violasse o texto constitucional. Queremos destacar que é imprescindível que exista, aqui, verdadeira “ilegalidade qualificada”, ou seja, que o autor do fato tenha consciência de que está a praticar as condutas tipificadas e punidas²⁵. Por isso que a jurisprudência das Cortes de Vértice encaminha a compreensão que há a necessidade de se provar a “má-fé” para punir por ato de improbidade administrativa (*elemento subjetivo específico*)²⁶. Em outros termos, a presença da

²³ STJ, Informativos nº 540 e 461. Mais recentemente: STJ, AgInt no AREsp. nº 932.810-ES, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, 1ª Turma, j. 03/10/2018.

²⁴ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção - Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 74-75.

²⁵ STJ, Informativo nº 540.

²⁶ STJ, Informativo nº 259 – para a punição por ato de improbidade, reclama-se a prova da má-fé do agente público acusado.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

desonestidade ou da *deslealdade* do acusado²⁷ sempre foi elemento nuclear à possibilidade de tipificação. Resumidamente, cabe referir que o *simples não cumprimento da lei* não é suficiente para a punição do agente estatal²⁸. Isto estava posto pela jurisprudência até a entrada em vigor da Lei nº 13.655/18.

E mesmo quando texto do art. 10 da *Lei de Improbidade (causar lesão ao erário)* fazia a previsão da punição por *culpa*, era exigida que ela fosse *grave*²⁹. Já quanto ao *elemento subjetivo doloso* de todos os dispositivos (art. 9º, art. 10, art. 10-A e art. 11 – redação anterior à Lei nº 14.230/2021), era imprescindível a prova cabal do *dolo*³⁰. Em outros termos, os atos ilegais e tipificados na legislação em pauta devem se mostrar fruto da desonestidade (dolo) ou da inequívoca e intolerável incompetência do agente público (culpa intolerável)³¹.

Portanto, **podemos concluir que o legislador não trouxe ao bojo do ordenamento nacional propriamente uma novidade**. O Supremo Tribunal Federal, já no MS nº 24.631-DF³², quando tratou de analisar a possibilidade de punir um parecerista, ou seja, um advogado público no exercício da função consultiva, empregou, à época, o termo “erro grosseiro”, que pode ser traduzido como “culpa grave”.

Assim, um consultor jurídico somente poderia ser punido caso configurado um dos elementos subjetivos mencionados, o que, a rigor, aproxima do entendimento consagrado em relação à improbidade administrativa.

II.2.2 Segurança jurídica como fundamento ao art. 28 da LINDB

A vigência do art. 28 da LINDB, por seu turno, não tem o objetivo de comprometer o controle da gestão pública, mas apenas de lhe colocar limites.

²⁷ STJ, Informativo nº 461. É interessante notar que o STJ já se pronunciou no sentido de que: “Impende ressaltar que a improbidade administrativa busca atingir o administrador desonesto e que age com má-fé e não o inapto.” (STJ, AREsp. 285.402, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03/02/2015).

²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 129.

²⁹ STJ, AIA nº 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe de 28/09/2011.

³⁰ STJ, REsp. nº 1.569.324-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 05/02/2016.

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 129-130.

³² A ser analisado no tópico que segue.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

O Estado de Direito, em essência, é uma forma de limitação do poder estatal³³ e supõe que a regra de direito apresente um conjunto de atributos substanciais. “Ela deve constituir para os destinatários um quadro claro, preciso, estável, que lhes aporte os elementos de certeza necessários e lhes dê a possibilidade de prever as consequências dos seus atos; garantia contra arbitrariedade, a segurança jurídica aparece como uma exigência fundamental do Estado de Direito”.³⁴

A noção de “homem médio”, lastro à percepção de “administrador médio”, é oriunda do Século XIX. Entende-se que a categoria se mostra problemática, e até mesmo há muito superada. De modo que se fixa, assim, *um paradigma ideal, mas não palpável*. Há um conceito ficcional, aqui. Veja que se está a beirar para consideração de um “administrador circunstancial”, o que enaltece a insegurança jurídica. Logo, **fica à mostra que o art. 28 questionado encontra fundamento no direito ou princípio implícito da segurança jurídica.**

II.2.3 Adequação do “dolo” ou da “culpa grave”

Por exemplo: o próprio TCU não possui entendimento uniforme quanto ao *grau de conhecimento técnico* exigido do gestor público. De um lado, não exige um conhecimento profundo do administrador público, reclamando “conhecimento básico” do tema³⁵. Em outras oportunidades, exigiu do mesmo gestor um “conhecimento mais latente e específico” da legislação, bem como das práticas corriqueiramente implementadas³⁶. Logo, esta multiplicidade de entendimentos não pode suplantam a necessidade de se provar o mencionado “erro grosseiro”, como previsto pelo citado art. 28.

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

³³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 161.

³⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, 84. No direito brasileiro, ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 127.

³⁵ TCU, Acórdão nº 4.424/2018, Pleno; TCU, Acórdão nº 3.170/2013, Pleno.

³⁶ TCU, Acórdão nº 2.151/2013, Pleno; TCU, Acórdão nº 1.659/2017, Pleno.

**COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO**

responsabilidade com que o administrador decidiu, a realidade que estava diante quando da decisão etc. (v.g. arts. 20 a 22 inseridos pela Lei nº 13.655/18). E isso induz a uma motivação que não pode se pautar em uma “culpa presumida”, mas “grave” e, claro, “provada”. Induz à **preservação do princípio basilar da individualização da conduta, estando, portanto, de acordo com o art. 5º, XLVI, da CF/88.**

Dessa mesma orientação não destoa MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO para quem “O artigo 28 da LINDB contém importante norma sobre responsabilização dos agentes públicos pelas decisões ou opiniões técnicas que emitirem. Trata-se de norma limitadora dirigida aos órgãos de controle: eles somente podem responsabilizar pessoalmente o agente público se a decisão ou opinião técnica for emitida com dolo (intenção de praticar ato ilícito) ou erro grosseiro (que não admite qualquer dúvida sobre a sua ocorrência, como a aplicação de dispositivo legal já revogado ou decisão em afronta a súmula administrativa ou jurisprudencial de amplo conhecimento na esfera administrativa). O objetivo evidente da norma é o de impedir que os órgãos de controle responsabilizem os agentes públicos por decisões ou opiniões que sejam aceitáveis e defensáveis diante de divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre a mesma matéria. A simples divergência de opinião em relação à adotada pelo órgão de controle não pode servir de fundamento para a responsabilização do agente público. O Regulamento definiu o erro grosseiro como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (artigo 12, § 1º). O artigo 14 do Regulamento (aplicável apenas à esfera da União) determinou que: “No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do artigo 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas (...)”³⁷.

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

³⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 36ª ed., Grupo GEN, 2023. p. 107.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

não o *prejuízo ao erário*³⁸. De outro lado, a lei não inova em determinados campos, na medida em que já havia jurisprudência, especialmente do STJ, vedando o sancionamento da autoridade pública sem, no mínimo, prova da “culpa grave” (v.g. “erro grosseiro”).

II.2.4 Conformidade com o dever de motivação das decisões controladoras

Devemos retomar a ideia de que o cargo público pressupõe responsabilidades e deveres. E a fiscalização deve ser reconduzida a este patamar, merecendo ganhar o escopo, ao que nos parece, *pro lege*. Mostra-se imprescindível responder às incertezas da situação posta em causa. A idealização do direito como algo preciso é falsa. Então, parte-se do pressuposto de que o próprio direito se modifica com o tempo. Além disto, os fatos, ou seja, a realidade não se presume, porque deve ser provada. E, neste aspecto, deve-se conferir efeitos sociais na aplicação do direito. Então, a decisão dos órgãos controladores não pode se basear apenas na letra da lei ou em ficções, porque deve, também, dialogar com os fatos.

Assim que a Lei nº 13.655/18 **convida o controlador a um exercício de alteridade, ou seja, para que se coloque no lugar do gestor.**³⁹ Decanta um respeito pela diferença, conferindo maior deferência às decisões tomadas pela autoridade pública. A ótica, em muitas situações aceita, de que o controlado é um “inimigo” deve ser revista. E, de outro lado, a substituição da “vontade do administrador” pela “vontade do controlador” deverá, do mesmo modo, ser modificada. **O Poder Público deverá receber discursos racionais, sérios e baseados em evidências.**⁴⁰ **Deve se deixar de lado os discursos retóricos, abstratos e subjetivos. É de se esperar que exista um “encorpamento” da motivação quando do exercício da atividade controladora, o que encontra respaldo no texto da CF/88**⁴¹.

Daí porque FABRÍCIO MOTTA observa que “...erro grosseiro fica caracterizado pela conduta de descumprir deliberadamente norma jurídica aplicável voltada ao incremento da competitividade, sem justificativa plausível, contribuindo para a continuidade do conluio.

³⁸ Lembrando que, por ser *lei de introdução*, o disposto no art. 28 aplica-se de forma geral.

³⁹ Ver JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora JusPodium, 2022.

⁴⁰ Nesse sentido foi o voto do Ministro Luís Roberto Barroso ao apreciar o pedido de medida cautelar na ADI 6421, julgado em 21/05/2020.

⁴¹ V.g. art. 93, inciso IX.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Trata-se de interpretação mais restritiva, que avança um pouco mais no gradual abandono da busca do tal “administrador médio”. Diante das novas regras, a imposição de qualquer responsabilização pessoal do agente público implica não somente em avaliar sua conduta concreta como também deixar claro qual conduta era esperada diante dos deveres que o ordenamento lhe impõe”⁴².

II.2.5 A inconstitucionalidade do art. 28 da LINDB é ineficiência

Então, a responsabilização do profissional que aponta uma solução científica à questão deve ser fixada somente se **provado erro grosseiro, fraude ou má-fé**. Do contrário, prejudicar-se-ia sumariamente o bom exercício dos seus misteres e o aprimoramento da gestão administrativa⁴³. Na hipótese, não se percebe uma relação de causalidade que possa estabelecer qualquer responsabilização do gestor, universalizando ou colocando o direito sancionador em caráter absoluto, porque agradaria a geração do que se convencionou chamar de “apagão das canetas” ou “direito administrativo do medo”⁴⁴.

O quadro atual, em diversas situações, é de *controle disfuncional* da Administração Pública que tem como efeito deletério o “exercício medroso da função pública”. Ou seja, os sistemas de controle, ao invés de atuarem para o aperfeiçoamento da gestão pública, acabam por estimular condutas ou resultados indesejáveis na Administração Pública: o “medo leva os agentes públicos à leniência, à inação administrativa, ao comodismo decisório, à busca da autoblindagem e de estratégias de fuga da responsabilização, em detrimento da boa administração pública”⁴⁵.

⁴² MOTTA, Fabrício. “Ainda sobre o debate em torno do conceito de ‘erro grosseiro’” in <https://www.conjur.com.br/2018-dez-13/ainda-debate-torno-conceito-erro-grosseiro>

⁴³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ*. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, v. 61, 2006, p. 272. Ou ainda: CUNHA, Bruno Santos. A responsabilização do advogado de Estado perante os tribunais de Contas pela emissão de pareceres jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 256, jan.-abr. 2011, p. 23-46.

⁴⁴ Por todos, SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: RT, 2020.

⁴⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: RT, 2020, p. 44/45.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Controle demais também não é eficiente. E não se está a defender controle de menos. Para terminar, devemos lembrar que ninguém está sempre certo só porque dá a última palavra. E, ainda assim, a última palavra não nos faz sempre certos.

II.2.6 A LINDB e os órgãos de controle externo

Passados cinco anos, desde a sua entrada em vigor, fato é que a Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB), não impediu a fiscalização ou a ação dos órgãos de controle sobre a atuação irregular de agentes públicos desonestos. Na verdade, ela tem sido responsável por promover uma maior aproximação da atuação administrativa e controladora da *realidade vivida* diariamente por gestores e particulares de boa-fé e por permitir a inovação na gestão pública com a necessária segurança jurídica.

Mais: referida lei gradativamente tem ganhado espaço em decisões de gestores públicos, de órgãos controladores (Ministério Público e Tribunais de Contas) e órgãos do Poder Judiciário, desde as instâncias inferiores até as Cortes Supremas (STF e STJ). No período da pandemia de COVID-19, um grande teste para a nova lei, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, por exemplo, editaram recomendações com referências à LINDB.

No âmbito do **Conselho Nacional de Justiça**, a Recomendação nº 66/2020 (art. 3º)⁴⁶, relativa ao julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde e a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19, recomenda a “todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que avaliem, com maior deferência ao respectivo gestor do SUS, considerando o disposto na **LINDB**, durante o período de vigência do ‘estado de calamidade’ no Brasil”.

No âmbito do **Conselho Nacional do Ministério Público**, a Recomendação Conjunta PRESI-CN Nº 2/2020⁴⁷, relativa a critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas,

⁴⁶ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318> .

⁴⁷ Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

vem impregnado pela ideia de deferência às escolhas administrativas legítimas dos gestores públicos, prevista no art. 22, LINDB, como é possível ver, exemplificativamente, no art. 2º.

No âmbito do **Tribunal de Contas da União**, a *Resolução 315/2020*⁴⁸, dispendo sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do TCU prevê expressamente a “necessidade de adequação da atuação do TCU às disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, sem fazer qualquer ressalva quanto a observância do art. 28.

III. Conclusões

Por todo o exposto, a constitucionalidade da limitação da responsabilidade do gestor apenas por dolo ou erro grosseiro pode ser sustentada com base em princípios e regras do ordenamento jurídico previstos no texto da CF/88, bem como em considerações relacionadas à segurança jurídica e à eficiência administrativa. Abaixo estão alguns argumentos que apoiam essa posição:

- (a) **Princípio da Legalidade e proporcionalidade:** O princípio da legalidade é uma pedra angular do Estado de Direito, garantindo que ninguém seja responsabilizado por condutas não previstas em lei. Responsabilizar o gestor apenas por dolo ou erro grosseiro está em conformidade com esse princípio, pois exige que haja uma clara violação intencional ou negligência grave para que a responsabilização ocorra. Isso evita a imposição de penalidades excessivas ou injustas, garantindo a proporcionalidade da punição em relação à gravidade da conduta.
- (b) **Estímulo à atuação administrativa eficiente:** a responsabilidade do gestor apenas por dolo ou erro grosseiro incentiva uma atuação mais proativa e eficiente por parte dos administradores públicos, já que a responsabilidade fosse ampliada para incluir negligência simples, por exemplo, muitos gestores poderiam se sentir inibidos em tomar decisões necessárias, temendo possíveis consequências

***COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO***

jurídicas. Com a restrição da responsabilidade a condutas mais graves, o gestor tem maior margem de manobra para atuar em prol do interesse público sem receios excessivos;

- (c) **Eficiência e desenvolvimento administrativo:** a restrição da responsabilidade a dolo ou erro grosseiro contribui para a eficiência administrativa e o desenvolvimento institucional. Gestores públicos desempenham funções complexas e, ocasionalmente, podem enfrentar situações ambíguas ou incertas. Ao permitir que atuem com maior liberdade, desde que ajam de boa-fé e sem negligência grave, pode-se alcançar resultados mais eficazes e inovadores na administração pública;
- (d) **Segurança jurídica:** a clara definição de quais condutas são passíveis de responsabilização - dolo ou erro grosseiro - proporciona maior segurança jurídica aos gestores públicos. Eles podem orientar suas ações com base em critérios mais objetivos, evitando interpretações subjetivas que poderiam surgir se a responsabilidade fosse estendida a outros graus de negligência. Isso também evita litígios desnecessários e promove uma administração mais confiável e previsível;
- (e) **Recomendações dos órgãos de controle externo:** nos últimos anos foram editadas diversas recomendações de órgãos de controle (CNJ, CNMP e TCU) com explícita menção à LINDB, demonstrando sua compatibilidade com o texto constitucional.

Em suma, a limitação da responsabilidade do gestor apenas por dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB) é uma abordagem constitucionalmente adequada, pois preserva princípios fundamentais do Estado de Direito, incentiva a atuação administrativa responsável, eficiente e promove segurança jurídica.

De Porto Alegre para São Paulo, 18 de setembro de 2023.

**COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO**

Rafael Ramos⁴⁹ **Alessandra Wegermann**⁵⁰ **Alice Voronoff**⁵¹
Presidente da Comissão OAB/AL 11.439-B OAB RJ 139.858
OAB/RS 60.324

André Cyrino⁵² **André J. Rosilho**⁵³ **Camila Morais Azevedo**⁵⁴ **Daniela Zago**⁵⁵
OAB/DF 58605 OAB/SP 304.266

Eurico Bitencourt⁵⁶ **Juliano Heinen**⁵⁷ **Luís Manoel Borges do Vale**⁵⁸
OAB-MG 73.328 OAB/AL 11.001-B

Patrícia Baptista⁵⁹ **Phillip Gil França**⁶⁰ **Vladimir da Rocha França**⁶¹
OAB/RJ 81.838 OAB/PR 36206 OAB/RN 3.041

⁴⁹ Presidente da Comissão de Estudos sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Mestre em Direito pela PUCRS. Procurador do Município de Porto Alegre.

⁵⁰ Mestre em Direito pela Universidad de Girona-Es, Doutouranda pela UBA. Advogada. Diretora Social do Instituto Alagoano de Direito Administrativo-IDAA.

⁵¹ Mestre e doutora em direito público pela UERJ.

⁵² Professor Adjunto de Direito Administrativo da UERJ.

⁵³ Professor da FGV Direito SP. Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

⁵⁴ Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela UFG/GO.

⁵⁵ Pós-doutoranda e Professora convidada na USP/ EACH. Doutora e Mestre pela PUCRS. Conselheira substituta/concursada do TCERS.

⁵⁶ Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor pela Universidade de Lisboa.

⁵⁷ Doutor em Direito pela UFRGS. Procurador do Estado do RS. Advogado. Professor de Direito Administrativo.

⁵⁸ Procurador do Estado de AL. Doutorando em Direito (UNB) e Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas.

⁵⁹ Professora de Direito Administrativo da Uerj.

⁶⁰ Mestre, Doutor e Pós Doutor em Direito e Especialista em Filosofia pela PUC/RS.

⁶¹ Advogado. Professor Titular de Direito Administrativo da UFRN.