

O ERRO GROSSEIRO ADMINISTRATIVO EM TEMPOS DE INCERTEZA

Paulo Modesto¹

1. Teoria da Decisão: pressuposto para o controle realista do erro administrativo

A idealização das condições de decidir do administrador público constitui um esporte nacional dos estudiosos de direito administrativo brasileiro. É ainda usual dizer-se que a discricionariedade assegurada em lei ao administrador é exercida com correção e validade apenas quando propicia a "melhor decisão" dentre todas as possíveis, alcança a "decisão excelente" e apta a concretizar à "perfeição" o interesse público, por ser dever incontornável dos agentes calibrar em "nível ótimo" o ato à finalidade da norma de atribuição e aos fatos em questão. Em uma palavra: a doutrina administrativa brasileira em geral espera dos agentes públicos a permanente *maximização da utilidade pública* quando a lei não programa uma única resposta de forma antecipada.

Essa exigência de maximização constante da utilidade pública é enunciada por afirmações fortes, otimistas, elogiáveis como propósito, mas sem sintonia com qualquer *teoria das escolhas racionais*, com a *racionalidade limitada das previsões humanas no tempo* e com as *condições concretas de decidir do administrador público brasileiro*.

Um importante segmento das decisões dos administradores reais adotadas na competência discricionária envolve *incerteza*, na modalidade *risco* (quando estão presentes variáveis conhecidas e mensuráveis em termos probabilísticos para obtenção de eventos futuros, mas quase nunca com a "certeza do ótimo") e na modalidade *incerteza elevada*, incerteza propriamente dita ou "incerteza knightiana" (quando sequer as variáveis ou todas as variáveis são conhecidas e, portanto, não se consegue mensurar a probabilidade de determinados resultados futuros).^[1] No limite, o erro pode ser inevitável na ocorrência de penumbra persistente sobre as variáveis relevantes. Em outras situações, o agente administrativo atua em processos de *decisão seqüencial*, reagindo estrategicamente a decisões de terceiros, que agem ora de modo convergente ora de modo concorrencial ao poder público. Nesses casos, a rigor, a "ótima" ou "sub-ótima" decisão em parte depende da reação futura ou da decisão incerta de terceiros. Não se deve esquecer ainda a frequente *insuficiência de informações*, a *assimetria de informações dos agentes em interação*, os *vieses inevitáveis*, e o desajuste entre o que se considera o ótimo e os meios disponíveis para a sua realização ao longo do tempo. A crise da Covid-19 é didática para todos nós sobre o que significa decidir em estado de incerteza severa ou incerteza em sentido estrito.

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público e membro do Ministério Público da Bahia e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Esperar a maximização da utilidade *sempre*, presente a competência discricionária, e condicionar a validade da atuação administrativa ao atingimento desse estado ideal não é realista. E precisamos desesperadamente de *realismo* e *pragmatismo* na esfera pública e no controle público [12]. Uma teoria realista da decisão pública em situações de incerteza constitui o *pressuposto lógico* para o estabelecimento tanto de *critérios heurísticos* (voltados para o administrador) quanto de *critério de avaliação* (voltados para o controlador) sobre quando ou em quais situações a ação ou omissão administrativa pode ser qualificada como necessária e consistente ou caracterizar *erro grosseiro*.

2. Erro Grosseiro: ambiguidade e limites de sua invocação no controle público

Erro é conceito ambíguo, pois pode referir tanto a *ação ou omissão administrativa lesiva apoiada em falsa representação dos fatos ou do direito aplicável* quanto referir ao *incumprimento dos deveres de cuidado inerentes à avaliação contextual* que antecede a atos e omissões administrativas. Pode-se explorar o signo de erro grosseiro, portanto, a partir de dois conceitos operacionais.

Em uma primeira perspectiva, erro administrativo grosseiro é o falso juízo, inescusável, involuntário e reprovável de forma grave, imputado a agente público ou privado no exercício ou na omissão do exercício de função administrativa do Estado.

Essa primeira definição não refere a qualquer domínio empírico. Erro grosseiro é *conceito normativo*: não designa um conjunto específico de ações ou omissões, mas sim o *grau de reprovabilidade de determinado juízo equívoco, evitável e involuntário, identificado como pressuposto concreto da ação ou omissão lesiva*.

Erro, alguns afirmam, é a *ignorância que se ignora*. Porém, é mais do que isso: na base do erro há uma *ignorância negligente* de fatos e dados relevantes, que são indevidamente desconsiderados no processo de decisão e produzem lesão que o afetado não deve suportar. Erro grosseiro é a *falsa representação dos fatos ou do direito aplicável, que fundamenta ação ou omissão lesiva, evitável, antijurídica, grave e indesculpável*.

Por outra perspectiva, uma segunda definição pode olhar para o percurso decisório e, observado o contexto, identificar no tempo o *grave incumprimento do dever de diligência exigível*. Nesse caso, o *erro grosseiro* confunde-se com a própria *omissão grave no cumprimento da diligência exigível pelo administrador público quando da consideração do contexto fático e normativo antecedente da ação ou omissão*.

Como Jano (em latim: Ianus), deus dos inícios, das decisões e escolhas, o conceito de erro grosseiro aceita duas faces: a do antecedente (violação grave do dever de diligência exigível) e a do conseqüente (a ação ou omissão lesiva reprovável decorrente de falsa e culposa representação do contexto fático e

jurídico). Perspectivas que olham para direções opostas, como o deus romano, mas que apreendem uma mesma infração jurídica.

O grau de *reprovabilidade* do juízo administrativo equívoco é amplamente dependente dos níveis de incerteza do contexto decisório, das possibilidades de decisão informada e dos meios à disposição do agente para o enfrentamento e controle da incerteza na tomada de decisão. Esse entender harmoniza-se com o Art. 22 da Lindb, que prescreve atenção ao *contexto real* na interpretação de normas administrativas, que devem ser avaliadas "considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados", inclusive as "circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente" (§1º.).

É certo que os conceitos tradicionais de "oportunidade" e "conveniência", empregados para aludir ao núcleo da discricionariedade, são "quase-occos", elípticos ou insuficientes para uma descrição analítica do âmbito de exercício legítimo da competência discricionária. Possuem *fronteiras flexíveis* que, à luz do caso concreto, comprimem ou estendem as margens de apreciação da escolha pública legítima conforme o conflito imponha a prévia análise de custo-benefício, a avaliação de impacto e efeitos prospectivos, a precaução qualificada, a tutela da confiança, a necessidade ou não de normas de transição, entre outras situações comuns que podem conduzir em concreto a competência discricionária a zero. Presente essa circunstância, ocorre a *delimitação dinâmica da competência em concreto*, a exigir motivação específica do agente administrativo e do controlador, não bastando a simples invocação genérica da previsão abstrata da norma de competência.

Esse é um ponto fundamental, a ser frisado sempre que possível: observada a igualdade e a segurança jurídica, *entre o administrador público e o controlador público não deve haver assimetria nos deveres de avaliação e fundamentação*. O controle público da atividade administrativa não é simples ato de poder, mas *relação jurídica*, que exige *boa-fé, cooperação, segurança jurídica e motivação de ambos os polos do vínculo processual*. Também os órgãos de controle possuem *ônus argumentativos*, deveres de motivação, e não devem substituir prognoses e decisões públicas primárias sem critério preciso de fundamentação. Podem ser questionadas, por violação à segurança jurídica, ordens ou instruções de controle excessivamente indeterminadas, imprecisas ou sem fundamentação explícita e consistente. [13] A motivação do controlador deve incluir hoje também a indicação das "consequências jurídicas e administrativas" de suas decisões, como prescreve o Art. 21, caput, da Lindb.

A urgência ou a incerteza não autorizam por si a dispensa do dever de eficiência, da boa administração, da avaliação dos riscos e efeitos colaterais, da documentação dos fatos e dos custos, do cumprimento das normas de cautela e procedimentos legais cabíveis na atividade administrativa. Mas a emergência pública pode mitigar e até mesmo elidir a responsabilidade pessoal do gestor por erros, se estes foram escusáveis ou inevitáveis, assumidos em contexto de incerteza severa e com a preservação dos *deveres fiduciários de diligência na gestão pública*. [14]

Em situações de incerteza, a responsabilidade pessoal do gestor é condicionada diretamente pelo grau de *previsibilidade* e *evitabilidade* do dano, isto é, pela presença de condições necessárias ao cumprimento dos *deveres de cuidado e avaliação diligente e informada*. Esse aspecto foi objeto de atenção do legislador tanto no Art. 28 da LINDB, que impõe a responsabilidade pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, quanto da MP-966/2020, que explicita abranger “as esferas civil e administrativa” e caracteriza o erro grosseiro como “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). Gradua-se assim a responsabilidade pessoal de agentes públicos comuns de modo realista e em favor da segurança jurídica, à semelhança do previsto hoje para diversos agentes públicos: magistrados (art. 143, I, do CPC/2015 e art. 49 da LC 35/1979), membros do Ministério Público (art. 181 do CPC/2015), advogados públicos (art. 184 do CPC/2015) e defensores públicos (art. 187 do CPC/2015).^[6]

3. Erro Grosseiro na Pandemia da Covid-19: a decisão do STF (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431 MC)

Nos dias 20 e 21 de maio de 2020, em julgamento da medida cautelar de sete ações de inconstitucionalidade, o STF enfrentou o conceito de erro grosseiro com aprofundamento e debate inéditos.^[6] Presente a MP-966, o ministro relator Luís Roberto Barroso proferiu voto que, acompanhado pela maioria, concedeu o *provimento parcial* da cautelar e fixou *interpretação conforme* sintetizada nas seguintes teses:

"1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção."

"2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos."

A decisão despertou alegria e preocupação. Alegria pela seriedade e riqueza com que o tema foi debatido e pela manutenção do artigo 28 da Lindb sem qualquer ressalva. Contentamento também pelo consenso entre os ministros sobre a importância de combater o "apagão das canetas" (a inibição defensiva do gestor público submetido a orientações vagas e instáveis do controlador de plantão).

No tocante ao "erro grosseiro" na pandemia, segundo as regras da MP-966, alguma preocupação remanesce: a maioria formada não se satisfaz em exigir decisão do gestor baseada em pareceres técnicos fundamentados. Demandou-se do gestor e do parecerista a observância de "normas, critérios científicos e técnicos", "tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e

nacionalmente reconhecidas" e a obediência ao "princípio da precaução e prevenção". Mas quem acompanha a crise dos nossos dias sabe que, passados cinco meses, ainda é algo inseguro constatar harmonia entre as instituições internacionais e nacionais "reconhecidas" ou clareza quanto as formas de atender ao "princípio da precaução e prevenção" na matéria. São limitados os consensos e eles demoram a surgir (salvo o consenso sobre a imprescindibilidade do distanciamento social). Fora isso, trata-se de *remissão em branco* para normas e orientações de *soft law*, ditadas por organismos privados, convertidas em parâmetro direto de controle e responsabilização em *matéria sancionatória*. [7]

Talvez o Supremo tenha criado névoa em um momento de penumbra. Figureo o gestor inquieto em inúmeros municípios brasileiros interrogando a sua frágil equipe sobre qual é o entendimento técnico harmonizado na comunidade científica para cada matéria que irá decidir. Se não houver clareza sobre esse entendimento técnico pacificado, ele não decidirá? Se decidir, e o parâmetro for alterado, será considerado o direito intertemporal? A incerteza sobre o alcance da precaução e da prevenção na crise será fator de elevação da complexidade decisória e, conseqüentemente, do risco de decidir.

Na incerteza severa há sempre lacuna de informação relevante, pois não são conhecidos todos os processos subjacentes ou os resultados previsíveis. Nesse cenário pode ser problemático requerer harmonia ou consenso entre instituições científicas como pressuposto da decisão administrativa cautelosa. Deve-se exigir a consideração de manifestações técnicas reputadas, o reforço da fundamentação científica na gestão dos riscos, tradução necessária da diligência exigível em matéria complexa e sensível como a crise sanitária, mas parece inquietante exigir mais.

A administração pública em situações de incerteza deve observar, além das normas jurídicas, as normas técnicas que assegurem eficiência e segurança à atuação administrativa. Mas talvez não deva aguardar a *pacificação dos especialistas* para agir. A decisão do STF deve ser louvada, por ser prudente e fundamentada, mas suscitou novos problemas e não encerrou o debate sobre a questão do erro grosseiro em situações de grave incerteza.

[1] Cf. KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty, and Profit** (Boston MA: Hart, Schaffner and Marx; Houghton Mifflin, 1921). Disponível em <https://oll.libertyfund.org/titles/306> [Acesso em 27/07/2020]; SCHWARTZ, B., BEN-HAIM, Y; DACSO, C. What Makes a Good Decision? Robust Satisficing as a Normative Standard of Rational Decision Making. **Journal for the Theory of Social Behaviour**, 41, 2011, p. 209-227; ATTAGLIO, R.P., Jr., BELARDINELLI, P., BELLÉ, N. and CANTARELLI, P. Behavioral Public Administration ad fontes: A Synthesis of Research on Bounded Rationality, Cognitive Biases, and Nudging in Public Organizations. **Public Admin Rev**, 79, 2019: 304-320. doi:10.1111/puar.12994

[2] No mesmo sentido, cf. JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da administração pública. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 183, 03/06/2016. Disponível

em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica> [Acesso em 27/07/2020]

MODESTO, Paulo. O controle público e o fetiche da culpa. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 114, 21/03/2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa> [Acesso em 27/07/2020]; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova Organização Administrativa Brasileira**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010; BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo- RDA**. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2018; DIONÍSIO, Pedro de Holanda. **O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, pp. 09-36.

[3] Em sentido análogo, confira-se a crítica de André Rosilho à falta de clareza e assertividade das normas que definem competência e limites para a atuação do Tribunal de Contas da União. Para o autor, a fluidez das competências de controle e o estabelecimento de “deveres indefinidos” promove “três consequências práticas negativas pelo prisma do interesse público” (...): “(1) inibir , juntamente com a má gestão, a boa gestão; (2) prejudicar a eficácia e a eficiência dos controles; (3) elevar o grau de insegurança jurídica no ambiente público” (ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 373).

[4] Em abordagem inovadora, Pedro Dionísio sugere quatro *critérios pragmáticos* para identificação da escusabilidade do erro administrativo: a) presença de grau mínimo de diligência na instrução da decisão (quanto mais intensa a diligência maior o espaço de tolerância, sendo essa diligência mínima calibrada pelo grau de urgência da medida, pela dificuldade de obtenção das informações e pela relevância da decisão); b) proximidade do cargo ocupado pelo gestor do erro analisado (quanto menos próximo for o erro das funções e conhecimentos exigidos pelo cargo, maior será o espaço de tolerância ao erro); c) grau de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão (quanto maior o nível de incerteza, maior o espaço de tolerância) e d) “grau de aderência da escolha realizada em relação aos dados coletados pelo administrador ao longo do processo decisório” (“quanto mais coerente for a decisão em relação às informações obtidas, maior também deverá ser o espaço de tolerância ao cometimento de equívocos”) (DIONÍSIO, Pedro de Holanda. Ob. Cit, p. 115-162). Sobre os *deveres fiduciários de diligência*, conceito invocado no direito privado para avaliar a responsabilidade do gestor das sociedades anônimas (Art. 153 da Lei das S.A), cf. PINTO JUNIOR, Mario Engler. O Dever Fiduciário de Diligência do Gestor Público. In: CUNHA FILHO, Alexandre; ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** - Anotada. Vol. II. São Paulo:Quartier Latin, 2019, pp. 34-39.

[5] Sobre esse aspecto, e outros, para evitar reproduções, remeto para artigo sobre a MP-966 que escrevi em 19.05.2020, publicado no dia 21.05.2020 na

Coluna Interesse Público: MODESTO, Paulo. MP 966 e a responsabilidade dos agentes públicos. **ConJur - Interesse Público**. Publicado em 21-05-2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/interesse-publico-mp-966-responsabilidade-agentes-publicos> ou <https://www.academia.edu/43350504>

[6] Erro grosseiro, no sentido de culpa grave, foi invocado em sede de responsabilização dos agentes públicos a partir de decisões do STF sobre sanções aplicadas a pareceristas públicos e situações similares (v.g., MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/2008; MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18.9.2012; MS 30928 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe-171, 15-08-2016). Depois da Lei 13.655/18, com maior aprofundamento, mas sem maior debate, o tema voltou ao STF no julgamento do MS 35196 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12/11/2019, DJe-022 04-02-2020.

[7] (...) “El empleo de actos e instrumentos de soft law es una práctica que difícilmente tiene encaje em el Derecho sancionador, donde la vinculación de la actuación administrativa a la Ley es el eje basilar a partir del cual se articula todo el sistema” (SARMIENTO, Daniel. **El "soft law" administrativo : un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración**. Navarra: Thomson Civitas, 2008, p. 180). Com observações pertinentes, cf. ainda MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloisa Fernandes. Constitucionalidade da MP 966: expressão do Direito Constitucional globalizado? In: **Jota**, 28/05/2020. Disponível em <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalidade-da-mp-966-expressao-do-direito-constitucional-globalizado-28052020> [Acesso em 29/07/2020].