



NOTA TÉCNICA Nº 09/2020 CNPG

Ementa: Medida Provisória nº 966/2020. Regime de responsabilização de agentes públicos durante o combate à pandemia de Covid-19. Erro grosseiro como ato representativo de conduta culposa. Impossibilidade de gradação normativa da culpa *stricto sensu*. Violação do artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988.

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG, diante da edição e publicação da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, pelo Poder Executivo Federal, que traçou diretrizes para a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão, em atos relacionados com a pandemia de Covid-19, manifesta-se acerca de tal norma e traça orientações para a atuação do Ministério Público brasileiro nos seguintes termos:

Com a finalidade de disciplinar a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão, em atos relacionados com a pandemia de Covid-19, a Presidência da República editou a Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020.

A norma inova o ordenamento jurídico ao restringir a possibilidade de responsabilização civil e administrativa de agentes públicos quanto a atos relacionados, direta ou indiretamente, com o enfrentamento da pandemia e o combate dos seus efeitos econômicos e sociais, limitando-a às hipóteses em que a conduta administrativa tenha sido praticada com dolo ou erro grosseiro.

Ainda que seu conteúdo, em grande parte, apenas reitere o que já previa o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), com as alterações da Lei nº 13.655/2018, a Medida Provisória reacende a discussão, ainda não pacificada, acerca da



constitucionalidade da mitigação da responsabilidade do agente público por seus atos e das potenciais consequências que tal providência legislativa pode ensejar.

É nesse contexto normativo que se emite a presente Nota Técnica, voltada especialmente à análise do regime de responsabilização tratado pela Medida Provisória nº 966/2020.

I - ANÁLISE JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020.

Em seu núcleo normativo, a Medida Provisória nº 966/2020 estabelece um regime diferenciado de responsabilização dos agentes públicos em relação aos atos administrativos praticados para o enfrentamento da pandemia de Covid-19 e para o combate aos seus efeitos econômicos e sociais.

Nesse sentido, assim dispõe o seu artigo 1º, *caput*:

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.

O conceito de agente público e sua abrangência podem ser extraídos do artigo 2º da Lei nº 8.429/1992: *todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*

Como se vê, a Medida Provisória mitiga o regime de responsabilidade dos agentes públicos ao reduzir o alcance da culpa em sentido amplo, vinculando-a às hipóteses em que o autor da conduta agir com dolo ou erro grosseiro, e



desde que ação tenha relação direta ou indireta com o enfrentamento da pandemia da Covid-19 ou com o combate aos seus efeitos econômicos e sociais.

Embora pareça uma inovação peculiar, a norma em verdade repete o que já previa o artigo 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB),¹ com as alterações da Lei nº 13.655/2018 e seu ato regulamentador (Decreto Federal nº 9.830/2019), enfatizando apenas a necessidade de sua incidência às ações relacionadas ao enfrentamento da emergência em saúde pública ocasionada pela pandemia.

A mitigação da responsabilidade recai sobre duas esferas distintas: a civil e a administrativa, nesta última abrangida a esfera controladora. Portanto, ao menos em relação à sua literalidade, a norma alberga (i) todos os ilícitos atrelados à violação de normas que impliquem violação a direitos de outrem com a consequente causação de danos civis, assim como (ii) os ilícitos que possam ser apurados e sancionados pelos órgãos de controle interno e externo, como os Tribunais de Contas, por exemplo, e também (iii) aqueles relacionados à violação de preceitos contidos no respectivo estatuto funcional do agente público, ensejando o exercício do poder disciplinar pela Administração Pública em seu desfavor.

Seguindo em seu propósito, a Medida Provisória nº 966/2020 também isenta o agente público que, possuindo poder decisório, houver pautado sua deliberação em opinião técnica de outrem, salvo quando desta opinião se puder aferir dolo ou erro grosseiro, ou existir conluio entre o parecerista e o decisor:

Veja-se o teor da regra contida em seu artigo 1º, § 1º:

[...]

§ 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

¹ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.



II - se houver conluio entre os agentes.

Como as deliberações atreladas ao enfrentamento da pandemia exigem o recorrente amparo de opiniões de natureza técnico-sanitária – em especial, as medidas elencadas na Lei nº 13.979/2020, tais como a quarentena, isolamento e restrição de locomoção –, e também considerando a própria incerteza científica acerca de todas as características do vírus Sars-CoV-2, é pertinente apartar a responsabilidade do gestor e do parecerista, até porque aquele não detém conhecimentos suficientes para reconhecer o desacerto da opinião técnica, salvo em hipóteses teratológicas, como elencado na norma provisória.

Em reforço normativo ao regime especial de responsabilização do agente público, o artigo 1º, § 2º, da Medida Provisória nº 966/2020 ainda deixa expressa a impossibilidade de responsabilização objetiva do agente público, estabelecendo que o mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público, ainda que sua atividade seja considerada de risco (como comumente o é) – o que afasta, por conseguinte, a incidência da regra contida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Lembre-se, a propósito, que a Lei de Improbidade Administrativa também veda a responsabilização objetiva, ao mencionar em seus tipos (artigos 9º, 10 e 11) a necessidade de que a conduta seja imbuída de dolo ou culpa nas hipóteses em que elenca exemplificativamente.

Por fim, a norma provisória esforça-se no sentido de conceituar o que consistiria o erro grosseiro nela disciplinada, dispondo o seguinte:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;

III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;



IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e

V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

Nesse ponto, a Medida Provisória nº 966/2020 guarda, mais uma vez, intrínseca relação com o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) e as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, inclusive repetindo textualmente normas nele elencadas e regulamentadas pelo Decreto Federal nº 9.830/2019.

I.1 - O erro grosseiro como causa de responsabilização:

O ponto mais controverso da Medida Provisória nº 966/2020 é o que reduz o alcance da responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos ao limitá-la às hipóteses em que a conduta seja pautada em dolo ou erro grosseiro, dispensando-a em relação aos demais graus de culpa em sentido estrito.

Questiona-se, pois, o que poderia ser reputado como erro grosseiro. Em seu esforço legislativo, a norma provisória, em seu artigo 2º, arquiteta um conceito normativo de erro grosseiro, afirmando que este consistiria num erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, dele podendo se extrair um elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia².

Ao tratar do erro grosseiro, a doutrina o equipara à culpa grave. Sobre o conceito desta última, assim leciona Cristiano Chaves de Farias:

(...) a culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam. Equipara-se ao dolo do ofensor a culpa grave, grosseiramente irresponsável e indicativa de um aberto menoscabo do agente diante da situação jurídica da vítima. Em suma, desdém quanto ao comportamento

² O texto legislativo é idêntico ao que prevê o artigo 12, § 1º, do Decreto Federal nº 9.830/2019, que regulamenta o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB).

social que deveria seguir, mas que ignora. Dolo e culpa grave teoricamente pressupõem subjetividades distintas: uma coisa é a intenção de praticar o ato antijurídico; outra, a extrema negligência. Porém, por uma questão de política legislativa poderá o ordenamento lhes proporcionar idênticas consequências jurídicas. Não se trata de uma equiparação que possa partir do intérprete, mas uma consciente escolha do sistema sobre as áreas em que a grave desídia repercuta efeitos similares aos do comportamento intencional. Ao nosso visto, a razão para se instalar a culpa grave no mesmo patamar sancionatório que o dolo é a natureza difusa dos danos produzidos pelos ilícitos que a sanção pretende retribuir. Nesse ponto devemos equiparar os comportamentos pautados pela indiferença e superficialidade perante a coletividade às condutas arrogantes daqueles que se consideram imunes ao aparato jurídico civil.³

Sob essa perspectiva, restariam excluídas do conceito de erro grosseiro condutas maculadas por erros escusáveis e de pouca importância, no qual poderia incorrer mesmo aquele que atuou com um mínimo de diligência, ainda que insuficiente. Assim, só poderia ser reputada grave a culpa que ensejou a violação de deveres perceptíveis por todo e qualquer sujeito de direitos, ainda que agindo com descuidado grau de diligência. O erro grosseiro é aquele manifesto, gritante, apartado de qualquer justificativa minimamente aceitável.

O padrão de prudência do qual se valeu o autor da conduta ilícita, portanto, é que distingue as gradações do conceito de culpa: quanto maior o grau de diligência, menor a gravidade de sua culpa, transitando-se entre a culpa levíssima, leve e grave.

A gradação da culpa foi construída no Direito Romano, a partir da avaliação da figura abstrata do *bonus pater familias*, em que se estabelecia diferentes graus de parâmetros de avaliação, como o *diligentissimus pater familias*.⁴ Contudo, essa classificação de origem romana não corresponde a modalidades autônomas de culpa – ao contrário do que dar entender a doutrina atual brasileira e a própria Medida Provisória

³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 3, p. 169.

⁴ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 357.

nº 966/2020 –, mas graus de apreciação da reprovação da conduta do agente,⁵ em juízo normativo que se faz para avaliar sua responsabilidade.

Cumpra esclarecer neste ponto que, quando se trata de análise de culpa em matéria de responsabilidade civil, está-se tratando da diligência do ser humano em um plano normativo. De acordo com o clássico doutrinador lusitano Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, o dever de diligência em plano normativo, relacionado com a culpa na responsabilidade civil, significa “o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever”.⁶

O conceito de erro grosseiro não é novo para os órgãos de controle externo, que desde a edição da Lei nº 13.655/2018 vêm o utilizando como elemento para aferir a responsabilidade de agentes públicos e motivar suas decisões. A título de exemplo, os seguintes precedentes do Tribunal de Contas da União:

Para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se erro grosseiro aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado (Acórdão nº 3327/2019. Primeira Câmara. Rel. Min. Vital do Rêgo. Julgado em 23/04/2019).

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave (Acórdão nº 1689/2019. Plenário. Rel. Minº Augusto Nardes. Julgado em 24/07/2019).

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - LINDB) o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU, pois tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave. (Acórdão nº 1941/2019. Plenário. Rel. Min Augusto Nardes. Julgado em 21/08/2019).

Não é diferente a posição do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, consoante o que se extrai dos seguintes precedentes:

⁵ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Op. cit.* p. 359.

⁶ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Op. cit.* p. 77.



Recurso de revista. Acúmulo de remuneração na condição de presidente e membro de conselho de administração de estatal. Impossibilidade. Vedação constante no art. 9º, §4º, da Deliberação nº 01/16-CCEE. Art. 28 da LINDB. Dimensão ressarcitória e sancionatória. Necessidade de caracterização de erro grosseiro e dolo para o exercício do poder sancionador. Afastamento da multa, dada a índole sancionatória. Manutenção da restituição de valor, dada a natureza ressarcitória. Conhecimento e provimento parcial da irrisignação. (Acórdão nº 543/2020. Tribunal Pleno. Rel. Cons. José Durval Mattos do Amaral. Julgado em 04/03/2020).

Recurso de Revista de Tomada de Contas Extraordinária oriunda de Relatório de Auditoria. Homologação de parecer que opinou pela possibilidade de prorrogação de contrato. Ausência de dolo, culpa grave ou erro grosseiro. Mera homologação. Precedente. Conhecimento e provimento (Acórdão nº 529/2020. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Fernando Augusto Mello Guimarães. Julgado em 04/03/2020).

A culpa grave (aqui associada ao conceito de erro grosseiro), também vem sendo reconhecida em diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça como elemento necessário para a caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, quando praticado em sua modalidade culposa. Essa questão, porém, será adiante melhor analisada, por se reputar equívoco nesta interpretação jurisprudencial, seja porque o julgamento que originou o precedente desta orientação não trata do exame da culpa grave, seja porque a Lei de Improbidade Administrativa não estabelece modulação entre os graus de culpa *stricto sensu* para fins de responsabilização.

I.2 Reflexos na responsabilização ressarcitória e punitiva

Como cediço, a responsabilização civil e administrativa do agente público pode ter tanto uma feição ressarcitória, decorrente da obrigação de reparar ou ressarcir o dano provocado, quanto uma feição sancionatória, atrelada a aspectos de reprovação e prevenção da conduta praticada.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, tem consolidado essa distinção no julgamento das ações de improbidade, ao advertir que a condenação ao



ressarcimento ao erário não se trata de sanção, mas consequência do prejuízo causado (dentre outros, AREsp 1573799/RN, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020; AgInt no REsp 1616365/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018).

Textualmente, a Medida Provisória nº 966/2020 não limita a incidência do regime especial de responsabilização de agentes públicos por ela implementado, não distinguindo sua aplicação em relação à responsabilidade pelo ressarcimento e a responsabilidade punitiva, levando a crer que a intenção do legislador tenha sido, de fato, a de abranger as duas perspectivas.

O próprio artigo 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), com as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, já era alvo de severas críticas por não ter realizado essa distinção quando tratou da responsabilidade decorrente do erro grosseiro, ensejando discussão sobre sua constitucionalidade.

Com distinto acerto, Landolfo Andrade assim profere o seu exame sobre o espectro de incidência daquela regra – análise igualmente válida para o que dispõe a Medida Provisória nº 966/2020:

Dúvidas não há de que o artigo 28 da LINDB alcança a responsabilização dos agentes públicos nas esferas judicial, administrativa e controladora. Basta ver, nesse sentido, que essas três esferas de responsabilização são mencionadas em cinco (arts. 20, 21, 23, 24, e 27) dos dez novos artigos inseridos na LINDB pela Lei 13.655/2018. Por outro lado, não podemos olvidar que a responsabilização dos agentes públicos, nessas três esferas, pode se dar tanto no plano ressarcitório quanto no plano sancionatório. **Quando um agente público pratica um ato lesivo ao erário, por exemplo, para além das sanções eventualmente aplicáveis em cada uma dessas esferas de responsabilização (dimensão punitiva), deverá ele ser compelido à reparação integral desse dano (dimensão ressarcitória).** A própria jurisprudência do STJ já fixou a compreensão de que o ressarcimento ao erário não possui natureza de sanção, mas sim de cominação puramente reparadora dos danos causados ao Erário. Fixada a distinção entre as dimensões punitiva e ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, resta saber se o artigo 28 da LINDB se aplica a ambas. A Constituição Federal, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade subjetiva, subordinada a casos de dolo ou culpa. Esse regime de responsabilidade está previsto na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição: “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”. **Se admitirmos a incidência do artigo 28 da LINDB na dimensão ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, o efeito prático consistirá no agravamento do encargo probatório imposto ao Estado pelo artigo 37, § 6º, da CF, para o exercício de seu direito de regresso em face do agente público causador do dano. Vale dizer, em caso de dano causado por agente público a um particular, este será reparado objetivamente pelo Estado, ou seja, sem a necessidade de demonstração de culpa ou dolo, ao passo que o Estado terá maior dificuldade para reaver tal prejuízo em razão da necessidade de comprovação de dolo ou culpa grave (erro grosseiro) do agente público, na correspondente ação regressiva.** Nessa ordem de ideias, entendemos que o artigo 28 da LINDB não pode ser aplicado na dimensão ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, sob pena de ofensa direta ao comando do artigo 37, § 6º, da CF. **Assim, sempre que um agente público causar dano ao patrimônio público ou de terceiros, poderá ser compelido a repará-lo com base na prova do dolo ou da culpa (simples), não incidindo, na espécie, o artigo 28 da LINDB, que exige a prova de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), aplicável apenas na dimensão punitiva de responsabilização dos agentes públicos**⁷. – destacou-se.

O mesmo entendimento tem sido corroborado pelo Tribunal de Contas da União e pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, como se pode verificar do teor dos seguintes precedentes:

PEDIDO DE REEXAME. RELATÓRIO DE AUDITORIA. APURAÇÃO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AO POSTALIS - INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS CORREIOS E TELÉGRAFOS. CONHECIMENTO DO RECURSO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. (...) Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. **De acordo com o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com redação dada pela Lei 13.655/2018, o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, sendo, no último caso, o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, consideradas as circunstâncias do negócio.** Nesse sentido, na forma como discutiu o

⁷ ANDRADE, Lindolfo. A Repercussão do Artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) na Interpretação e Aplicação do Artigo 10 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). *GEN Jurídico*, 19 mar. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/19/arepercussao-do-artigo-28-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8-429-1992-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 20 de maio de 2020.



Ministro Benjamin Zymler, na declaração de voto inserida no acórdão recorrido, o erro grosseiro decorre de grave inobservância de um dever de cuidado, praticado com culpa grave, punível por esta Corte, com base na LINDB e nas competências constitucionais e legais do Tribunal de Contas da União (TCU). Lembra ainda o julgador que **o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. (...) (TCU. Acórdão nº 985/2020. Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Julgado em 22/04/2020) – destacou-se.**

Recurso de revista. Acúmulo de remuneração na condição de presidente e membro de conselho de administração de estatal. Impossibilidade. Vedação constante no art. 9º, §4º, da Deliberação nº 01/16-CCEE. Art. 28 da LINDB. Dimensão ressarcitória e sancionatória. Necessidade de caracterização de erro grosseiro e dolo para o exercício do poder sancionador. Afastamento da multa, dada a índole sancionatória. Manutenção da restituição de valor, dada a natureza ressarcitória. Conhecimento e provimento parcial da irrisignação. (...) **ao se falar em responsabilização do agente público, tem-se dois âmbitos, ressarcitório e sancionatório, os quais não se confundem.** Destarte, a prática de ato lesivo por agente público importaria, além das eventuais sanções aplicáveis à espécie, na obrigação de reparação integral do prejuízo causado. No plano ressarcitório, milita em desfavor do recorrente a determinação contida no art. 37, §6º, da Constituição Federal, ao impor que —as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. **Em persistindo a alegação do recorrente, surge uma clara antinomia entre o prescrito pelo art. 28 da LINDB e o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, caso admitida a aplicação daquele preceito à hipóteses de ressarcimento ao erário quando da ação regressiva. A Constituição Federal autoriza a responsabilização do agente em caso de dolo ou culpa, e a LINDB, caso aplicável à espécie, restringiria ao dolo e erro grosseiro. Nesse caso, uma norma infraconstitucional estaria a limitar a incidência de uma regra constitucional. Assim, ao que parece, não se mostra cabível a aplicação do art. 28 da LINDB. (...)** Tendo em vista o acima expendido, parcial razão assiste ao recorrente, eis que, como aclarado no Acórdão nº 550/19 (peça 43), foi imposto ao recorrente a devolução integral dos valores irregularmente percebidos, além de multa proporcional a esses valores; esse de natureza sancionatória; aquele, ressarcitória. Diante disso e da conclusão acima explicitada, há que se afastar a multa aplicada em razão do seu caráter sancionador, dada a injunção do art. 28 da LINDB, eis que o aresto atacado reconheceu apenas a culpa simples, e não o dolo ou erro grosseiro a permitir a aplicação da sanção. Em coerência, resta mantida a devolução de valores, dada a sua



natureza ressarcitória, a afastar a aplicabilidade do art. 28 da LINDB. (...) (TCE. Acórdão nº 543/2020. Tribunal Pleno. Rel. Cons. José Durval Mattos do Amaral. Julgado em 04/03/2020). – destacou-se.

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DE DESPESAS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE EXECUTIVO. CITAÇÃO. ARGUMENTOS APRESENTADOS INSUFICIENTES PARA ELIDIR A IRREGULARIDADE. CULPA GRAVE NAS CONDUTAS DOS RESPONSÁVEIS. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. AUSÊNCIA DE CULPA GRAVE DE UM DOS RESPONSÁVEIS. AFASTAMENTO DA MULTA. (...) as alterações promovidas na LINDB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição: “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”. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. (...) (TCU. Acórdão nº 2391/2018. Plenário. Rel. Minº Benjamin Zymler. Julgado em 17/10/2018).

Dessa forma, para fins de também delimitar o campo de incidência da Medida Provisória nº 966/2020, é necessário conceder-lhe uma interpretação conforme a Constituição para afastar a limitação da responsabilidade do agente público, quando esta envolver a obrigação de ressarcimento ao erário, sob pena de redução normativa do preceito constitucional contido no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, como será melhor exposto a seguir.



I.3 A inconstitucionalidade da redução do alcance da norma contida no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988

O dever de o agente público ressarcir o dano causado a terceiros se verifica quando este, no exercício de suas funções, pratica uma conduta ilícita, agindo com dolo ou culpa, sendo, pois, subjetiva a sua responsabilidade, diferentemente da responsabilidade que se atribui ao próprio Estado, de natureza objetiva.

É o que se extrai da norma contida no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, que assim dispõe:

Art. 37, § 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.

Ou seja, a norma constitucional impõe que o agente público que causar danos ao ente público que o congrega ou a terceiros somente será instado a reparar os danos quando agir de forma dolosa ou culposa, sendo necessária a elucidação do elemento subjetivo que pautou a sua conduta.

Vê-se, pois, que quando a norma constitucional trata do dever de o agente público reparar os danos causados (responsabilidade ressarcitória), ela não promove uma gradação de culpa, como o fez o artigo 1º da Medida Provisória nº 966/2020, inspirada pelo artigo 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB).

Logo, parece indubitável que não se pode dar às mencionadas normas uma interpretação que contrarie a *ratio* da Constituição da República de 1988, limitando o seu alcance, sob pena de se incorrer numa inafastável inconstitucionalidade de natureza material – entendimento, aliás, corroborado pela doutrina e pelas Cortes de Contas, como já destacado anteriormente.

Se for essa a interpretação a ser dada à Medida Provisória nº 966/2020, haveria um inconstitucional alargamento da proteção concedida ao agente



público, ao justamente limitar a sua responsabilidade pela reparação dos danos causados às hipóteses em que agir com dolo ou culpa grave (erro grosseiro), quando, em verdade, a Constituição da República fala apenas em culpa em sentido estrito, abrangendo quaisquer de suas modalidades/gradações (na verdade, gradações de reprovação da conduta do agente que provocou o dano).

A partir desse controverso entendimento, caberia ao Estado, já fragilizado em termos financeiros e orçamentários em decorrência dos efeitos da pandemia, após arcar com o dano causado pelo agente público (de forma objetiva), lançar-se na malfadada tarefa de romper a trincheira protetiva sedimentada pela Medida Provisória nº 966/2020 e assumir o encargo probatório de demonstrar que a conduta do infrator é culposa, pois decorrente de erro grosseiro.

A propósito, tendo o Supremo Tribunal Federal pacificado a adoção da assim chamada teoria da dupla garantia⁸ – segundo a qual o particular lesado pela conduta de um agente público não pode buscar a reparação de seus danos diretamente em face daquele, devendo fazê-lo em face do Estado e a este incumbindo o direito de regresso –, o ente público sempre encontraria severas dificuldades para exercer o seu direito de regresso em face do agente público, de modo que a opção legislativa prestigiou a proteção do patrimônio privado do agente em detrimento do resguardo do erário, providência que certamente não corresponde à intenção do constituinte.

Há que se ter em mente, ainda, que o artigo 186 do Código Civil⁹ consagra a concepção normativa de culpa, sem a escalonar para fins de responsabilidade.

⁸ Tese de Repercussão Geral nº 940: A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (RE 1.027.633, Rel. Min Marco Aurélio, Pleno, j. em 14/08/2019).

⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O conceito de culpa, em verdade, é unitário, desdobrando-se apenas as maneiras de violação ao dever jurídico de cuidado:¹⁰

Em sua essência, a culpa é sempre a mesma coisa - violação de um dever de cuidado. Embora unitário o seu conceito, a conduta culposa pode-se dar de maneiras diversas, importando, isso, dizer que as modalidades em que se desdobra a culpa nada mais são que maneiras diversas de violação do dever jurídico de cuidado. Atingem o princípio da unidade da culpa apenas superficial ou aparentemente, deixando incólume o seu conceito ontológico. Pode-se dizer que são ângulos diversos do exame do mesmo fenômeno.

Na clássica lição de Orlando Gomes, a “gradação da culpa interessa apenas como um dos traços distintivos entre a culpa contratual e a extracontratual”. Assim, desde que haja culpa, o agente está obrigado a indenizar, não importando o seu grau para fins de responsabilização extracontratual,¹¹ tal como ocorre na prática de ato de improbidade administrativa.

No mesmo sentido e sem fazer medidas de gradação, Alvinio Lima¹² conceitua culpa como erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato. Trata-se, pois, da conduta descuidada, que não observa as cautelas recomendadas pelas circunstâncias fáticas e normativas.

A gradação na avaliação do comportamento culposos, não recai sobre o elemento normativo culpa. Ele recai sobre o comportamento adotado pelo agente provocador do dano e constitui apenas um dos elementos que deve ser levado em consideração no momento de se verificar se deve ser responsabilizado ou não. Tanto é assim que, partindo-se da análise das circunstâncias do caso, inclusive, das maneiras de violação ao dever jurídico de cuidado, o agir culposos pode ser mais severamente reprovável que o agir doloso.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

¹¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 267.

¹² LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1960, p. 76.

Citando exemplo de Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, “é mais grave a negligência daquele que não apagou a fogueira que acendeu na floresta, do que o dolo de quem causou propositadamente um dano ligeiro em bem alheio”.¹³

A responsabilidade do agente público por ato culposos, sem gradação de culpa, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431. Segundo o entendimento exposto pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, e que prevaleceu no julgamento, o artigo 2º da Medida Provisória nº 966 deve ser “interpretado conforme a Constituição, para que se configure como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos”.¹⁴ Ou seja, o agente público responde por ato culposos no exercício de suas funções, quando atentar contra a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado ao deixar de observar os critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria e os princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Logo, a culpa, enquanto conceito normativo componente da responsabilidade civil subjetiva, não comporta gradações. O comportamento do agente causador do dano é que deve ser avaliado, com as demais circunstâncias do caso, a fim de verificar se violou deveres de cuidado, em que grau violou e se outro comportamento poderia lhe ser exigido. Faz-se, pois, como mencionado por Alvíno Lima, um julgamento moral do comportamento, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

1.4 Reflexos na Lei de Improbidade Administrativa

Diferentemente da Medida Provisória nº 966/2020, a Lei nº 8.429/1992 não promove a gradação da culpa para fins de caracterização da prática de

¹³ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Op. cit.*, p. 359.

¹⁴ Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 27 de maio de 2020. Acórdão ainda não publicado.



improbidade administrativa na modalidade de dano ao erário (artigo 10) – única na qual se pode responsabilizar o agente pela prática de conduta de natureza culposa.

Os graus de intensidade da culpa não se prestam a alterar a materialização dos atos ímprobos que causem lesão ao erário¹⁵, mas podem ser considerados, tão somente, como parâmetro para balizar a aplicação proporcional das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Como esclarece Emerson Garcia, é possível identificar-se, a partir da análise do elemento volitivo do agente e da possível consecução do interesse público, a proporcionalidade entre a sanção e o ilícito. Por essa razão, ao ato culposo poderão ser aplicadas sanções mais brandas, pois o resultado ilícito não fora deliberadamente visado pelo agente. “Note-se, no entanto, que a culpa grave – entendida como aquela que ocupa o ápice da curva ascendente da previsibilidade – poderá ter seus efeitos eventualmente assimilados aos do ato doloso”.¹⁶

A admissão da culpa *stricto sensu* nos atos do artigo 10 da Lei n.º 8.429/1992 sempre prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça e prossegue hoje sendo acolhido por sua Segunda Turma. A Primeira Turma, porém, passou a limitar a responsabilização às hipóteses de dolo ou culpa em sua modalidade grave, mas essa orientação não se baseia na legislação que inspirou a edição da Medida Provisória n.º 966/2020, reportando-se as decisões com frequência ao julgamento do AIA 30/AM¹⁷, que tratava de ato de improbidade ofensivo aos princípios da Administração Pública (artigo

¹⁵ O princípio clássico de responsabilidade extracontratual, herdado do Direito Romano, segundo o qual *in lex Arquiliana et levissima culpa venit*, dispõe que, até mesmo em caso de culpa levíssima, a responsabilidade recai sobre o autor do ato ilícito.

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 734.

¹⁷ A exemplo: (...) Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). (...) (AgInt no AREsp 818.503/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 01/10/2019).



11) e cuja expressão “culpa grave” foi empregada apenas de passagem na motivação da decisão, convolvendo-se em juízo normativo acessório (*obiterdictum*), o qual não integrou, portanto, a *ratio decidendi*.¹⁸

II - ORIENTAÇÕES PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Os membros do Ministério Público, com atribuições na defesa do patrimônio público exercem papel extremamente relevante na questão abordada nessa nota técnica. Não só na atribuição relativa à função fiscalizatória, mas também àquela de caráter sancionatório, por meio do ajuizamento de ações civis públicas e celebração de termos de ajustamento de conduta.

Nessa perspectiva, face à edição da Medida Provisória nº 966/2020, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG posiciona-se no seguinte sentido:

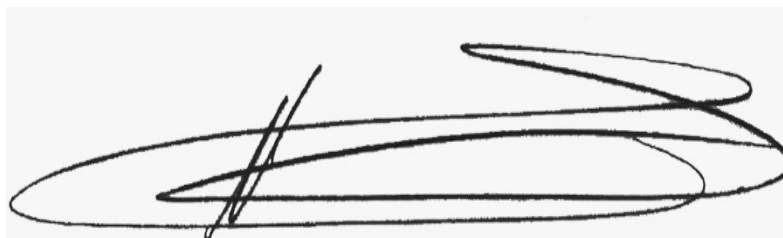
a) Ao restringir a possibilidade de responsabilização civil e administrativa de agentes públicos apenas a atos praticados com dolo ou erro grosseiro (culpa grave), a Medida Provisória nº 966/2020 mostra-se incompatível com o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 e não se harmoniza com o sistema de responsabilidade civil vigente no país, o qual não estabelece gradação para a culpa *stricto sensu*, consagrando sua concepção normativa;

b) A Medida Provisória nº 966/2020 não afeta a persecução e a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa, na medida em que a Lei nº 8.429/1992 disciplina a tipificação de atos de natureza culposa (artigo 10), sem promover a gradação da culpa, cujo grau de intensidade pode ser considerado na avaliação do comportamento do agente causador do dano, com as demais circunstâncias do caso concreto, a fim de verificar se agiu com culpa ou não, mas não com graus de culpa;

¹⁸ ANDRADE, Lindolfo. *Op. cit.*

c) Reconhecido o agir culposo do agente causador do dano, os graus de intensidade de reprovação de seu comportamento (erro grosseiro) não se prestam a alterar a materialização dos atos ímprobos que causem lesão ao erário, mas podem ser considerados, tão somente, como parâmetro para balizar a aplicação proporcional das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Brasília, 27 de maio de 2020.



Fabiano Dallazen,
Presidente do CNPG.