

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS FORA OU DENTRO DO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19 À LUZ DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020¹

Carlos E. Elias de Oliveira

(Professor de Direito Civil, Notarial e
de Registros Públicos na Universidade de Brasília –
UnB –, no IDP/DF, na Fundação Escola Superior do
MPDFT - FESMPDFT, no EBD-SP, na Atame do
DF e de GO e em outras instituições.
Consultor Legislativo do Senado
Federal em Direito Civil, Advogado/Parecerista, ex-
Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ.
*Instagram: @profcarloselias e
@direitoprivadoestrangeiro
E-mail: carloseliasdeoliveira@yahoo.com.br*

Data: 14 de abril de 2020

EMENTA

Normas aplicáveis à responsabilidade civil e administrativa do agente público

1. Para atos administrativos praticados fora do contexto da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), os agentes públicos respondem civil e administrativamente nos termos do art. 37, § 6º, da CF, dos arts. 20 a 30 da LINDB, do Decreto nº 9.830/2019 e das normas específicas de servidor público (como a Lei nº 8.112/90 para servidores públicos federais) (**capítulo 3**).
2. Nos demais casos, a responsabilidade civil e administrativa do servidor público também será regida pela Medida Provisória nº 966/2020 (**capítulo 4**).
3. Por atos praticados fora do contexto da pandemia, entendem-se todos os que não tenham conexão direta ou indireta com o Covid-19, a exemplo dos atos praticados antes da pandemia ou dos que não tenham nenhuma relação com o enfrentamento aos transtornos econômicos, sociais e operacionais causados pela pandemia (**capítulo 3.2.1.**).

¹ Homenageio, com este artigo, o amigo jurista Maurício A. Von Bruck Lacerda, com quem tivemos a honra de debater o tema.

Responsabilidade civil do Estado perante terceiros e o direito de regresso contra o agente público causador do dano dentro ou fora da pandemia

4. Em qualquer caso (atos dentro ou fora do contexto da pandemia), a responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros é objetiva, vedado ao terceiro reivindicar indenização diretamente contra o agente público em razão da teoria da dupla garantia (**capítulos 3.1.4. e 3.2.3**).

5. O direito de regresso do Estado contra o agente público deve observar, no que couber, os requisitos do regime de responsabilização administrativa aplicável a este, pois a ilicitude da conduta do servidor é um requisito implícito do direito de regresso (**capítulos 3.1.4. e 3.2.3**).

Responsabilidade administrativa do agente público fora do contexto da pandemia

6. No caso de prática de atos administrativos de interpretação (os que primordialmente envolvem interpretação da legislação ou “opinião” técnica de ciência não jurídica com certo grau de indeterminação), o agente público se sujeita ao “regime **especial** de responsabilização administrativa” (**capítulos 3.1.1. e 3.1.3**).

6.1. O regime especial exige os seguintes pressupostos: a) *dolo ou erro grosseiro* (art. 22, LINDB); b) *parâmetro da contextualização* (art. 22, LINDB); c) *ilicitude da conduta* (implícito). Este último requisito pode ser excluído ou atenuado no caso de dúvida jurídica razoável (**capítulo 3.1.1**).

6.2. Averbamos nossa ressalva pessoal, firmada no sentido de que o erro grosseiro não deveria ser pressuposto no “regime **especial** de responsabilização civil”. Entendemos que o regime deveria ser igual ao vigente para os operadores do Direito em processo judicial nos termos do CPC: só dolo ou fraude autorizariam a responsabilização (**capítulo 3.1.1**).

7. Na prática de atos administrativos de execução, o agente público se submete ao “regime **comum** de responsabilização administrativa”, que estabelece os seguintes pressupostos: a) *culpa, ainda que simples* (arts. 186, 927 do CC e normas específicas do serviço público); b) *parâmetro da contextualização* (art. 22, LINDB); c) *ilicitude da conduta* (implícito). Este último requisito pode ser excluído ou atenuado no caso de dúvida jurídica razoável (**capítulo 3.1.1**).

7.1. Se o ato administrativo de execução contiver uma parte que exige interpretação da legislação, para essa parte, deverá ser aplicado o regime **especial** de responsabilização administrativa (**capítulo 3.1.1**).

Responsabilidade administrativa do agente público dentro do contexto da pandemia

8. Em qualquer caso, seja diante de atos administrativos de interpretação, seja perante atos administrativos de execução, aplica-se o “regime **especial** de responsabilização administrativa” para o agente público no contexto da pandemia (**capítulo 3.2.1**).

Constitucionalidade do mérito da MP nº 966/2020

9. É plenamente constitucional o mérito da MP nº 966/2020 diante do contexto excepcional da pandemia (**capítulo 3.2.4.**).

9.1. Nesse momento absolutamente excepcional de pandemia, em que o Poder Público é intimado a, com urgência, praticar inúmeros atos administrativos destinados a combater os efeitos colaterais dessa pandemia, não há espaço para burocracias ou preciosismos. O “apagão das canetas” nesse meio pode ser altamente letal. É necessário que os agentes públicos tenham certa maleabilidade para atuar.

9.2. Os conceitos de “jurisprudência de crise”, de “pensamento do possível” e de “teoria constitucional da tolerância” corroboram isso.

Responsabilidade administrativa do agente público no caso de atuação *per relationem* dentro ou fora do contexto da pandemia

10. No caso de atuação *per relationem* (agente público segue opinião técnica de outrem), há duas hipóteses, cujo regime jurídico é igual, independentemente de o ato ter sido praticado dentro ou fora do contexto da pandemia (**capítulos 3.1.2. e 3.2.2.**).

10.1. Se o agente público tem a mesma competência técnica do autor do “ato relacionado” (= o que serviu de fundamento), aplica-se o regime **especial** de responsabilização administrativa, com a seguinte particularidade: se o agente público estiver apenas aprovando o “ato relacionado”, deve-se levar em conta se era ou não razoável que, no caso concreto, o agente público revisse, minuciosamente, todas as filigranas fáticas e jurídicas em que se amparou o autor do ato relacionado.

10.2. Se o agente público não tem a mesma competência técnica, o agente público está blindado, salvo erro grosseiro perceptível *primo ictu oculi* ou conluio (art. 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019 e art. 2º da MP nº 966/2020).

Reflexões futuras após a pandemia

11. Após a pandemia, deve-se refletir sobre o regime jurídico de responsabilidade dos agentes públicos com vistas a acabar com a nociva e burocratizante situação de “apagão das canetas” (fruto do “Direito Administrativo do Medo”). Abalançamo-nos a entender que o regime **especial** de responsabilização administrativa deveria ser aplicado a todos os atos administrativos, com o detalhe de que, nos casos de atos de interpretação (como pareceres), deveria ser observado o regime de responsabilidade previsto no CPC para os operadores do Direito oficiantes em processos judiciais.

1. OBJETO

Este artigo destina-se a avaliar duas questões: (1) a responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos dentro e fora do contexto da pandemia do novo coronavírus (Covid-19) à luz da recentíssima Medida Provisória – MP – nº 966/2020; e (2) as implicações disso na responsabilidade civil do Estado.

Desde logo, fique claro: uma coisa é o agente público pessoalmente responder civil ou administrativamente pelos danos causados a terceiros ou por infração a norma

administrativa; outra coisa é o Estado responder por danos causados aos cidadãos pelos agentes públicos. O presente artigo trata das duas hipóteses.

2. RESUMO DA MP

Em 14 de maio de 2020, foi publicada a MP nº 966/2020, que, em suma, nos seus 4 artigos, objetiva “aliviar” o regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos.

O diploma urgente estabelece que, somente no caso de dolo ou erro grosseiro, os agentes públicos podem ser responsabilizados pela prática de atos administrativos direta ou indiretamente relacionados com os transtornos causados pela pandemia do Covid-19 (art. 1º, *caput* e § 2º).

Esclarece ainda que o gestor público que se baseie em opinião técnica de outrem (como nos pareceres dos advogados públicos) fica imunizado diante de eventuais equívocos desse opinativo, salvo: (1) conluio ou (2) viabilidade de o gestor aferir o dolo ou erro grosseiro no opinativo (art. 1º, § 2º).

Fixa, por fim, critérios para a caracterização do erro grosseiro (arts. 2º e 3º).

A entrada em vigor da MP é na data de sua publicação (art. 4º).

3. REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DO AGENTE PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Neste capítulo, estamos a tratar apenas da responsabilidade pessoal do agente público, seja na esfera civil, seja na esfera administrativa.

As reflexões aqui lançadas repercutirão também na esfera penal, pois, como o Direito Penal é a *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima do Direito Penal), não se poderá, em regra, considerar crime conduta que, sequer, enseje responsabilização administrativa.

Começaremos por abordar o regime de responsabilidade antes da MP nº 966/2020.

Posteriormente, analisaremos o que mudou com o advento dessa norma urgente.

3.1. Situação anterior à MP 966/2020

Passemos a tratar do regime de responsabilidade administrativa e, depois, do regime da responsabilidade civil do Estado e do agente público.

3.1.1. Responsabilidade administrativa

Antes de tratar do assunto em epígrafe, convém classificarmos os atos administrativos em duas espécies:

- a) Atos administrativos de interpretação: os atos que, primordialmente, exigem do agente público a interpretação da legislação vigente, a exemplo dos pareceres e dos despachos de análise da legalidade de um processo administrativo², ou os que envolvem outro tipo de opinião técnica diante de certo grau de indeterminação nos moldes do que exporemos no capítulo 3.1.3.
- b) Atos administrativos de execução: os atos que, primordialmente, exigem um mero cumprimento de comando de ordem superior, a exemplo dos atos de cumprimento de uma ordem de apreensão de mercadorias ou dos atos de obediência de portarias ou de outros atos normativos (a exemplo da pesquisa de preço feita pelo agente público em um processo de licitação por ordem da chefia ou em cumprimento de uma portaria). Nesses casos, o exame da legalidade do ato por parte do agente público é extremamente superficial, pois, em princípio, só ordens manifestamente ilegais devem ser descumpridas.

O regime de responsabilidade civil e administrativa tem de ser diferenciado a depender do tipo de ato administrativo envolvido.

De fato, a responsabilidade pressupõe a prática de um ato ilícito (só se responsabiliza quem violou o ordenamento). E, por regra basilar de Direito, não se pode considerar ilícita a mera divergência de interpretação de uma norma, pois a pluralidade é da natureza da atividade hermenêutica. Já de há muito se aboliu o “crime de exegese”. Postura diversa do ordenamento somente recrudesceria o famoso e nocivo fenômeno conhecido como “apagão das canetas” (fruto do famigerado “Direito Administrativo do Medo”), assim entendida a tendência de os agentes públicos oporem obstáculos ao funcionamento da máquina pública com interpretações restritivas e burocratizantes com

² Embora devessem ser praticados primordialmente por advogados públicos diante dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, a prática demonstra que outros agentes públicos costumeiramente também praticam esses atos, até porque nem sempre é viável na prática passar todos os incontáveis processos administrativos sob o exame do órgão da Advocacia Pública.

o objetivo de proteger-se de eventuais processos disciplinares posteriores. Detalhamos esse cenário e expusemos casos concretos em outro artigo³.

Em relação aos primeiros atos (os de interpretação), o regime de responsabilidade civil e administrativa do agente público tem de ser menos rigoroso. Aplica-se que o que chamamos de “regime **especial** de responsabilização do agente público”.

Já sinalizou para essa direção a Lei da Segurança Hermenêutica (Lei nº 13.655/2018), que acrescentou os arts. 20 ao 30 à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). O Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, regulamentou esses dispositivos.

Tivemos a oportunidade de, com minúcias, tratar dessa inovação em outro artigo, para cuja leitura remetemos o leitor⁴, além de haver vários outros trabalhos acadêmicos sobre o assunto⁵.

Sobre os requisitos da responsabilidade civil e administrativa do agente público por infração hermenêutica (= por suas decisões ou opiniões técnicas), defendemos que, à luz dos arts. 20 a 30 da LINDB, é preciso estarem presentes os seguintes requisitos:

- a) *Dolo ou erro grosseiro* (art. 28, LINDB): criticamos a escolha do erro grosseiro pelo legislador e defendemos que deveria ser espelhado o regime de responsabilidade dos operadores do Direito em processos judiciais, de modo a só admitir o dolo ou a fraude como requisitos de responsabilização⁶.
- b) *parâmetro da contextualização na apuração da responsabilidade do agente público* (art. 22, LINDB): é preciso ter um grau de empatia (“colocar-se no lugar do outro”) na aferição da conduta do agente público, de modo a verificar

³ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho/2018 (Texto para Discussão nº 250). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 de junho de 2018.

⁴ Oliveira, Carlos Eduardo Elias de. *Op. cit.*

⁵ Reportamo-nos, a título ilustrativo, à excelente monografia de Pedro Aurélio Azevedo Lustosa (LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo. **Responsabilização de agentes públicos sob a perspectiva do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. Monografia elaborada sob a orientação do Professor Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto perante o Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2019 (Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/22651/1/2019_PedroAurelioAzevedoLustosa_tcc.pdf. Acesso em 14 de maio de 2020).

⁶ Oliveira, Carlos Eduardo Elias de. *Op. cit.*, pp. 14-22.

se, à época do ato, era razoável ou não a sua conduta⁷. Por exemplo, é evidente que não se pode exigir o mesmo grau de acuidade de um agente público situado em um órgão público com elevadíssima sobrecarga de trabalho e sem condições mínimas de trabalho por conta da precariedade do local em comparação com um agente público lotado em um “oásis” do serviço público. “Servidor público não é milagreiro”.

- c) *ilicitude da conduta*: a conduta do agente público tem de contrariar o ordenamento jurídico. Trata-se de requisito implícito ao próprio conceito de responsabilização. Nesse ponto, é preciso lembrar que a dúvida jurídica razoável é uma excludente ou atenuante de responsabilidade civil e administrativa, conforme já tivemos a oportunidade de defender alhures⁸.

Em relação aos segundos atos (os de execução), a regra é a aplicação do que chamamos de “regime comum de responsabilização do agente público”, à luz do qual se exigem os seguintes requisitos:

- a) *culpa, ainda que simples*: o fundamento são os arts. 186 e 927 do Código Civil e dos dispositivos específicos da legislação de serviço público (como, no âmbito federal, os arts. 116 e 117 da Lei nº 8.112/1990).
- b) *parâmetro da contextualização na apuração da responsabilidade do agente público* (art. 22, LINDB): esse parâmetro deve ser utilizado para qualquer caso de responsabilização de agente público.
- c) *Ilícitude da conduta* (implícito).

Não se nega, porém, que, mesmo nos atos de execução, há uma parte que envolve interpretação, ainda que superficial, da legislação. Para essa parte, vigora o regime **especial** de responsabilização, para o qual, ao lado do parâmetro da contextualização, se exige a presença de culpa grave ou erro grosseiro.

3.1.2. Responsabilidade administrativa baseada em opinião técnica (atuação *per relationem*)

⁷ Oliveira, Carlos Eduardo Elias de. *Op. cit.*, pp. 22-23.

⁸ Oliveira, Carlos Eduardo Elias de. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Março/2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018.

Chamamos de “atuação *per relationem*”⁹ a prática de ato administrativo por parte do agente público seguindo (= relacionando-se com = *per relationem*) opinião técnica de outrem (ato relacionado).

Indaga-se: no caso de atuação *per relationem*, o agente público se sujeita ao qual regime de responsabilidade: o comum ou o especial (art. 28, LINDB)?

Há duas hipóteses de atuação *per relationem*.

A primeira é a daquele agente público que possui a mesma competência técnica do autor do ato relacionado. Aí se aplicará o “regime especial de responsabilização”.

É o caso, por exemplo, de um advogado público que, ao elaborar um parecer, importa os fundamentos adotados em outro parecer semelhante feito por outro advogado público. Nesse caso, ambos tinham competência técnica e, por isso, ambos se sujeitam ao regime especial de responsabilização.

Alerte-se, porém, para uma particularidade no caso de atuação *per relationem* na aprovação de outro ato por força da estrutura hierárquica. Trata-se de situação corriqueira na Administração Pública, a exemplo do chefe do órgão jurídico (ex.: o Consultor Jurídico de um Ministério) que acolhe o parecer elaborado por um advogado público lotado nesse órgão (ex.: o parecer do Advogado da União lotado nesse órgão).

Nessa primeira hipótese, como o agente público tem a mesma competência técnica, ele se sujeita ao mesmo regime de responsabilidade administrativa do agente prolator do ato relacionado, com uma única particularidade: em razão do parâmetro da contextualização (art. 22, LINDB), deve-se levar em conta se era ou não razoável que, no caso concreto, o agente público revisse, minuciosamente, todas as filigranas fáticas e jurídicas em que se amparou o autor do ato relacionado.

No exemplo acima, não seria razoável exigir que o chefe do órgão jurídico revolvesse todos os dados fáticos do processo (lendo, *verbo ad verbum*, todas as peças do processo) para verificar se houve algum erro do advogado público autor do parecer. Isso costuma ser inviável na prática e contraria a própria lógica do ato de aprovação de um

⁹ Não se confunda esse conceito com a fundamentação *per relationem*, que é aquela por meio da qual, por motivos de simplificação, por mera remissão, adota-se integralmente as razões de outra manifestação. É o caso, por exemplo, do acórdão que se limita a assim decidir: “nega-se provimento ao recurso pelas razões externadas no parecer do Ministério Público”.

ato: se fosse para o chefe do órgão jurídico revisar cada filigrana, era melhor que ele logo elaborasse todos os pareceres.

A **segunda hipótese de atuação *per relationem*** é a do agente público que não possui a mesma competência do autor do “ato relacionado”. Nesse caso, deve-se entender que, no que diz respeito à opinião técnica, o agente público está, em regra, blindado de qualquer responsabilização. Afinal de contas, não é razoável punir o gestor público que, por exemplo, dispense a licitação com base na interpretação dada pelo advogado público em razão de futuramente o órgão de controle vir a adotar entendimento jurídico diverso.

Essa blindagem, porém, não é absoluta. O agente público, ainda que não seja técnico, tem o dever de, ao menos, identificar erros grosseiros perceptíveis por uma mera inspeção ótica dos autos (perceptíveis *primo ictu oculi*).

Um exemplo cerebrino ilustra esse fato: se o parecer do advogado público é favorável à pena de morte de um administrado, o agente público decisor tem o dever de discordar desse parecer diante do seu erro grosseiro perceptível *primo ictu oculi*.

Igualmente, o agente público não pode atuar em fraude (em conluio) com o autor do opinativo técnico. Se, por exemplo, o parecerista e o gestor público receberam “propinas” para a prática de um ato administrativo ilícito, é evidente que não há blindagem alguma a socorrer esse gestor corrupto.

Nesse sentido, o art. 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019 assim dispõe:

Art. 12, § 6º. A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

3.1.3. Responsabilidade administrativa do agente público técnico não jurídico

O regime **especial** de responsabilidade civil (arts. 22 e 28, LINDB) não se restringe aos advogados públicos nem aos agentes públicos que atuam na interpretação de leis. Não é apenas para opiniões técnico-jurídicas!

Esse regime é para todos os tipos de “opiniões” técnicas, assim entendidas as manifestações que envolvem a escolha de uma entre outras opções razoáveis à luz da

ciência envolvida. O art. 28 da LINDB é expresso em tratar apenas da responsabilidade do agente público “por suas decisões ou opiniões técnicas”.

Não se confunda “opinião técnica” com “constatação técnica”. O regime **especial** é para “opiniões técnicas”, que podem ser exteriorizar por meio de uma decisão (ex.: o ato de concessão de um benefício administrativo) ou em um ato administrativo meramente opinativo (ex.: um parecer).

Por exemplo, em um parecer técnico contábil, é sabido que, em regra¹⁰, a contabilidade não costuma ter grau de indeterminação, de modo que, na hipótese de erro de cálculos, não há motivos para aplicar o regime **especial** de responsabilização administrativa para o agente público técnico. Afinal de contas, o contador aí não está proferindo uma “opinião” técnica, e sim uma “constatação” técnica.

Já na hipótese de um parecer técnico de sociologia, essa ciência, em regra¹¹, envolve certo grau de indeterminação, de maneira que se aplica aí o regime **especial** de responsabilização administrativa.

3.1.4. Responsabilidade civil do agente público e do Estado

A responsabilidade civil do agente público diz respeito ao seu dever de indenizar danos causados a terceiros no exercício da função pública.

Por força da tese da dupla garantia, adotada pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹², o terceiro jamais não pode reivindicar indenização diretamente do agente público, mas sim do respectivo ente público (o “Estado”).

A responsabilidade do Estado perante o terceiro é objetiva e, portanto, independe da presença de culpa, tudo porque, como a atividade estatal cria risco de danos a terceiros, cabe ao Poder Público absorver financeiramente esse risco (teoria do risco administrativo). A propósito, valiosa é esta lição do professor Flávio Tartuce¹³:

“Voltando especificamente à responsabilidade do Estado, trata-se de responsabilidade objetiva, não se discutindo sequer se houve culpa do funcionário, agente ou preposto do Poder Público. Na verdade, a culpa do agente serve apenas para fixar o direito de regresso do Estado contra o responsável pelo evento.”

¹⁰ Há exceções.

¹¹ Há exceções.

¹² Vide, por exemplo, o RE 327.904, do STF.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direto das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 556.

É assegurado, porém, direito de regresso do Estado contra o agente público no caso de culpa ou dolo, à luz do art. § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

É preciso, porém, emprestar interpretação restritiva a esse dispositivo constitucional para atrair, no que couber, os pressupostos da responsabilidade **comum e especial** administrativa do agente público.

Em primeiro lugar, o dispositivo constitucional exige, implicitamente, a prática de ato ilícito pelo agente público. É evidente que, se o servidor público pratica um ato LÍCITO, ele não tem dever de reembolsar o Estado, ainda que tenha agido com dolo ou culpa. Recorde-se que a dúvida jurídica razoável, como já se afirmou, pode excluir ou atenuar a própria ilicitude.

Em segundo lugar, em qualquer caso, está implícito que o direito de regresso depende da análise do parâmetro da contextualização na apuração da responsabilidade do agente público (art. 22, LINDB), pois a própria ilicitude do ato do agente público leva em conta a conduta razoável que ele poderia ter adotado à época. Como já se afirmou, “servidor público não é milagreiro”.

Em terceiro lugar, no caso de a suposta ilicitude do ato praticado pelo agente público ser uma infração hermenêutica (erro na interpretação da legislação, como nos casos de atos administrativos de interpretação ou na parte interpretativa dos atos administrativos de execução), só haverá direito de regresso contra o agente público se esteve tiver incorrido em erro grosseiro ou dolo por força da aplicação analógica do art. 28 da LINDB.

De fato, teleologicamente, o § 6º do art. 37 da CF só admite o direito de regresso quando o agente público quando este tiver causado um dano a terceiro por se desvirtuar do que legitimamente se espera de sua atuação no serviço público. A Carta Magna, em momento algum, objetivou transferir ao agente público os riscos próprios da hermenêutica jurídica nem quis ressuscitar o “crime de exegese”, nem mesmo para efeito de responsabilidade civil.

O Direito, por natureza, é marcado pela indeterminação, de maneira que o risco de divergências interpretativas entre os operadores do Direito é fato absolutamente normal. O risco de essa divergência de interpretação causar danos a terceiros é inerente à atividade do Poder Público, de maneira que este não pode regressivamente voltar-se

contra o agente público. “Servidor público não é seguradora do Estado” para absorver os riscos da sua própria atividade.

3.2. Situação posterior à MP nº 966/2020

3.2.1. Responsabilidade administrativa do agente público e o escopo da MP nº 966/2020

Com olhos no ambiente caótico de urgência causado pela pandemia do Covid-19, a MP nº 966/2020 estende o “regime **especial** de responsabilização” para todos os atos de agentes públicos relacionados direta ou indiretamente com a pandemia do novo coronavírus (Covid-19). O regime **especial** de responsabilização, como já realçado, é aquele que exige estes requisitos:

- a) erro grosseiro ou dolo (art. 1º e 2º da MP nº 966/2020);
- b) parâmetro da contextualização (art. 3º da MP nº 966/2020): o art. 3º da MP¹⁴ detalha o parâmetro da contextualização, complementando o art. 22 da LINDB¹⁵ e o art. 8º do Decreto nº 9.830/2019¹⁶. Os dois dispositivos devem ser lidos em conjunto.
- c) ilicitude da conduta (está implícito no conceito de responsabilização).

Nessa hipótese, não importa se se trata de um ato administrativo de interpretação (que, conforme já exposto, já se sujeitava ao regime **especial** de responsabilização) ou de um ato administrativo de execução (que, em regra, se submetia ao regime **comum** de

¹⁴

¹⁵ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

¹⁶ “Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público.

§ 2º A decisão a que se refere o § 1º observará o disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.”

responsabilização). Se o ato administrativo foi praticado em atuações do Poder Público relacionadas com a pandemia, aplicar-se-á o regime **especial** de responsabilização.

Por atos relacionados direta ou indiretamente com a pandemia, entende-se qualquer um que se destine a:

- a) enfrentar o estado de emergência pública ou a
- b) combater os efeitos econômicos ou sociais.

Como se vê, o escopo da norma é bem amplo. Alcança, praticamente, todos os atos administrativos praticados durante o estado de emergência de saúde pública causado pela pandemia, pois, ainda que de forma indireta, o Poder Público tem se movido para vencer a “praga do século XXI”. Vários exemplos podem ser arrolados, como os atos relativos a:

- 1) concessões de benefícios assistenciais (vulgo “coronavoucher”);
- 2) a todos atendimentos médicos prestados nos hospitais públicos que recebem pacientes com Covid-19 durante o período da pandemia, pois, ainda que indiretamente, todos os serviços hospitalares estão sendo atingidos pela pandemia;
- 3) os atos praticados no curso dos processos licitatórios e de contratações relacionadas a produtos ou serviços relacionados com a pandemia, desde os atos mais simples (como o de pesquisa de preço) até os mais complexos;
- 4) os atos de apreensão de bens, de autuação ou de restrição de circulação de pessoas praticados por fiscais ou policiais no contexto da pandemia.

3.2.2. Responsabilidade administrativa baseada em opinião técnica (atuação *per relationem*) em tempos de pandemia

Com a MP nº 966/2020, nada mudou no tocante à responsabilidade administrativa do agente público que se escora em opinião técnica de outrem (atuação *per relationem*), mesmo em tempos de pandemia.

Afinal de contas, o art. 2º da MP nº 966/2020 apenas transcreve o art. 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019.

Assim, se o agente público possui a mesma competência técnica do autor do ato relacionado, aplica-se o regime **especial** de responsabilização (art. 22 da LINDB e art. 1º da MP nº 966/2020).

Se, porém, ele não possui a mesma competência técnica, ele segue blindado, salvo erro grosseiro perceptível *primo ictu oculi* ou conluio (art. 2º da MP nº 966/2020 e art. 2º do Decreto nº 9.830/2019).

3.2.3. Responsabilidade civil do Estado e do agente público em razão da pandemia

Em nenhum momento, a MP nº 966/2020 afasta o direito de terceiros pleitearem indenização contra o Estado por danos causados por agentes públicos, ainda que esses danos tenham ocorrido no contexto da pandemia. O art. 37, § 6º, da CF não foi modificado. A responsabilidade do Estado é objetiva nessas hipóteses, vedado ao terceiro reivindicar indenização diretamente do agente público por força da teoria da dupla garantia.

Entretanto, o direito de regresso do Estado contra o agente público causador do dano foi afetado com a MP nº 966/2020. Conforme já expusemos, esse direito de regresso deve observar, no que couber, os requisitos para a responsabilização administrativa. Por isso, no caso de danos causados a terceiros por agentes públicos no contexto da pandemia, o direito de regresso do Estado contra estes só ocorrerá se estiverem presentes estes requisitos: (1) dolo ou erro grosseiro; (2) parâmetro da contextualização; e (3) ilicitude da conduta.

3.2.4. Constitucionalidade do mérito da MP

A MP nº 966/2020 estabelece o regime **especial** de responsabilização administrativa aos agentes públicos no ambiente da pandemia, conforme já explicitado no subcapítulo exterior.

Daí se indaga: a MP seria inconstitucional por violar princípios da Administração Pública, como o da legalidade, o da licitação e quejandos?

Entendemos que não.

A MP nº 966/2020 não é um salvo-conduto para a prática de ilícitos aos agentes públicos, ao contrário do que uma análise açodada poderia insinuar.

A referida norma urgente é extremamente realista diante da inegável situação de “apagão das canetas” (ou de “Direito Administrativo do Medo”) que emperra o funcionamento da máquina pública. É cediço que os agentes públicos, com receio de serem responsabilizados pessoalmente, costumam adotar interpretações e posturas burocratizantes para se protegerem de eventual responsabilização posterior.

Nesse momento absolutamente excepcional de pandemia, em que o Poder Público é intimado a, com urgência, praticar inúmeros atos administrativos destinados a combater os efeitos colaterais dessa pandemia, não há espaço para burocracias ou preciosismos. O “apagão das canetas” nesse meio pode ser altamente letal. É necessário que os agentes públicos tenham certa maleabilidade para atuar.

Isso, porém, não significa que a porta estaria aberta para corrupções, até porque o dolo continua sendo causa de repreensão administrativa, nem que o véu do descaso teria sido descortinado, porque o erro grosseiro segue censurável.

O que se pretende é apenas deixar retirar dos ombros dos agentes públicos o excesso de temor de ser responsabilizado e, assim, deixá-los mais livres para, dentro dos valores de probidade e de eficiência, exercerem suas funções.

Em tempos excepcionais de guerra ou de pandemia, há de tolerarem-se certas flexibilizações formais (e até mesmo certos erros próprios da natureza humana¹⁷) na Administração Pública, sob pena de esvaziar a utilidade dos serviços públicos. “Não dá para tocar flauta no meio da guerra”.

Um médico, por exemplo, que esteja em um hospital público sem estrutura de pessoal e de material adequada para atender todos os inúmeros doentes, poderia, para “se blindar”, recusar-se a prestar atendimento ao argumento de que não há condições suficientes. Afinal de contas, prestar atendimento sem a estrutura básica de pessoal ou de material poderá levar o médico a, por culpa, cometer erros, que poderiam custar o seu cargo público se fosse aplicado o regime **comum** de responsabilização.

Essa tendência de atenuação do formalismo se estende a todos os ramos do direito. No Direito Constitucional, por exemplo, os próprios Tribunais têm de mudar sua postura hermenêutica para atentar para o que é viável. O Ministro Gilmar Mendes, em sede de doutrinação, lembra os conceitos de “Jurisprudência de Crise”, de “Pensamento do

¹⁷ Errar é humano, diz o ditado popular.

Possível” e de “Teoria Constitucional da Tolerância” como caminhos que precisam ser considerados na hermenêutica constitucional nesses tempos excepcionais de pandemia. Transcrevem-se, aqui, algumas de suas pertinentes lições¹⁸:

Não se olvida que o agravamento da crise de saúde pública, a demandar a implementação das necessárias e imperiosas medidas de distanciamento e isolamento social recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), está a surtir graves efeitos econômicos, amargados especialmente nas faixas mais pobres da população brasileira.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto inequivocamente demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada. Invoco mais uma vez a célebre expressão em alemão cunhada por Konrad Hesse: "*Not kennt kein Gebot*": necessidade não conhece princípio. Daí a sua defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do Estado de necessidade ou do estado de emergência.

Experiências recentes do Direito Comparado, embora não equiparáveis à magnitude global da situação vivenciada na crise do Coronavírus, ilustram as tensões entre o constitucionalismo e a necessária proteção de Direitos Sociais em regimes de excepcionalidade financeira. Destaco, no ponto, a experiência Portuguesa em que a Corte Constitucional, em meados de 2011, em casos relacionados a políticas de austeridade, passou a produzir o que se tem chamado *jurisprudência da crise*.

De fato, a Administração Pública precisa agir rapidamente, o que muitas vezes pode levar a ações pouco usuais e até mesmo questionáveis do ponto de vista estrito da lei e da Constituição Federal. Em verdade, essas situações provavelmente se multiplicarão, conforme exemplos recentes. No grande esforço de se combater a epidemia e seus efeitos, severas medidas de restrição de circulação de pessoas e de funcionamento do comércio foram tomadas por governadores e prefeitos de todo o país. No âmbito econômico, tem sido debatida a aprovação de socorros a trabalhadores — formais e informais — e a empresas.

Em meio a esse complexo quadro, parece evidente que as normas jurídicas soam, em um ponto de vista estritamente pragmático, um mero detalhe no debate sobre a aprovação de medidas essenciais ao combate a uma epidemia que se alastra em progressão geométrica e vem vitimando milhares de pessoas pelo mundo. Entretanto, mesmo nesses momentos, as normas jurídicas — em especial a Constituição — não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise. É fundamental prezar pela compatibilização de aparentes contradições e abertura à busca por alternativas a uma leitura fria e seca da lei, distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte.

Para o professor Zagrebelsky, seria importante, nesse contexto de grande complexidade, a tentativa de se buscar, na prática, a proteção dos princípios de forma simultânea, ainda que, em teoria, esteja-se diante de valores em contradição. Daí porque afirma a importância de uma “concordância prática”, a qual se realiza não por meio da “simples amputação de potencialidades

¹⁸ MENDES, Gilmar. **Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Publicado e acesso em 11 de abril de 2020.

constitucionais, senão principalmente mediante soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”.

Por isso, o autor conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível” (...).

(...)

Nessa perspectiva, adota-se um modelo fundado na dúvida, que não pensa de forma absoluta, mas busca encontrar diversas alternativas à questão que pretende solucionar. Talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos. Ao conceber o direito constitucional como disciplina diretamente vinculada à cultura, à filosofia e à realidade contemporânea a qual se vincula, entende que todas as situações relacionadas ao texto constitucional não podem ser interpretadas de modo isolado. Para o autor, “pensamento jurídico do possível” é expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta. Trata-se de pensar a partir e em novas perspectivas e realidades, questionando-se: “que outra solução seria viável para uma determinada situação?”

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância”. Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação”

(...)

Portanto, desde essa perspectiva de análise, a interpretação das normas constitucionais em questão, no sentido de um pensamento jurídico de possibilidades, pode fornecer soluções adequadas nesse momento de crise e de incertezas quanto aos efeitos da Covid-19 na população brasileira.

Como já destacado, a Constituição não pode ser vista como um obstáculo à implementação de medidas essenciais, que podem proteger vidas e diminuir o impacto da pandemia na nossa economia. Antes disso, é preciso enxergá-la como um caminho necessário a tais políticas públicas, buscando-se alternativas que contemplem os valores constitucionais, dentre os quais se destacam a função do Estado de proteger a vida e a saúde pública.

(...)

Por óbvio, defender tal posição não significa permitir toda sorte de ações, até mesmo porque, em diversos momentos, o próprio texto constitucional excepciona a aplicação de determinadas normas em situações emergenciais. De fato, o debate deve ser sério e fundamentado em alternativas que contemplem os valores essenciais da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Portanto, temos por absolutamente constitucional a MP nº 966/2020, pois ela flexibiliza o regime de responsabilização dos agentes públicos como forma de, na prática, tornar viável a execução de políticas públicas destinadas a enfrentar a pandemia, sem, porém, deixar de punir casos de fraudes ou de erros grosseiros.

4. ALGUNS EXEMPLOS DE CASOS CONCRETOS HIPOTÉTICOS

Em sistematização, vamos tratar de alguns casos concretos hipotéticos.

Primeiro. Suponha que, em um hospital público, fora do contexto da pandemia, um cidadão sofre um dano médico causado por culpa simples do profissional. Nesse caso, ele poderá pedir indenização contra o Estado pelo dano sofrido, mas não poderá contra o médico, por conta da teoria da dupla garantia previsto no art. 37, § 6º, da CF. O Estado, porém, poderá exercer o direito de regresso contra o médico, porque houve culpa deste e não havia conexão direta ou indireta com a pandemia (**capítulo 3.1.4.**).

Segundo. No mesmo exemplo acima, suponha que o ato do médico tinha conexão direta ou indireta com a pandemia (ex.: o hospital estava lotado com pessoas contaminadas com o Covid-19 a sobrecarregar o médico e a lhe subtrair a atenção). Nessa hipótese, a vítima também poderá reivindicar indenização contra o Estado, mas este não teria direito de regresso contra o médico por falta de prova de erro grosseiro ou dolo (**capítulo 3.2.3.**).

Terceiro. Fora do contexto da pandemia, um agente público, interpretando a Lei de Licitações, entende ser cabível a dispensa de licitação e, assim, promove a contratação direta. O órgão de controle, posteriormente, entende pelo descabimento dessa dispensa de licitação. Nesse caso, o agente público não poderá ser responsabilizado por sua opinião técnica, pois não houve erro grosseiro nem dolo por força do art. 22 da LINDB (**capítulo 3.1.1.**).

Quarto. Se, no último exemplo, o ato tivesse sido praticado no contexto da pandemia, o resultado seria o mesmo, mas o fundamento seria não apenas o art. 22 da LINDB, mas também o art. 1º da MP nº 996/2020.

Milhares de outros exemplos poderiam ser consignados, mas é sempre importante ter atenção para o fato de que os casos concretos sempre podem trazer novas reflexões.

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade administrativa e civil dos agentes públicos ainda necessita de avanços, apesar de os arts. 20 a 30 da LINDB já representarem uma plausível reação legislativa à situação de “apagão das canetas”.

A MP nº 966/2020, sensível ao ambiente caótico da pandemia do Covid-19, espalhou o regime **especial** de responsabilização dos agentes públicos, o que também

merece elogios por ter enxergado que o cenário de “apagão das canetas” seria capaz de inviabilizar várias políticas públicas urgentes.

No futuro, após a pandemia, outras reflexões devem vir a ser suscitadas para que, de um lado, os agentes públicos não sejam compelidos a posturas burocratizantes por conta do “Direito Administrativo do Medo” e, de outro lado, não sejam induzidos a mergulhar no descaso com a *res publica* ou a afundarem na corrupção.

Pessoalmente, abalançamo-nos a entender que o regime **especial** de responsabilização administrativa deveria ser aplicado a todos os atos administrativos, com o detalhe de que, nos casos de atos de interpretação (como pareceres), deveria ser observado o regime de responsabilidade previsto no CPC para os operadores do Direito oficientes em processos judiciais. Isso, porque entendemos que cometer erro por simples culpa é da natureza humana, de maneira que esse risco deveria ser absorvido pelo Estado e não deveria gerar punições administrativas ao agente público.

Enfim, o equilíbrio é fundamental em matéria de responsabilização administrativa e civil do agente público. Não se quer ramalhetes de flores, nem se deseja faca nos dentes.

Como ensina um velho provérbio oriental, para segurar um pássaro nas mãos, não se pode fazer muita pressão (se não o pássaro morre) nem se pode afrouxar demais (se não o pássaro escapa).

*Virtus in medius est*¹⁹, dizia Aristóteles.

¹⁹ A virtude está no meio.