

## PANDEMIA E RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS: A MP 966

Por José Anacleto Abduch Santos

<b>Título</b>	PANDEMIA E RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS: A MP 966
<b>Autor</b>	José Anacleto Abduch Santos

## PANDEMIA E RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS: A MP 966

### JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS

Advogado, Procurador do Estado, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR, Prof. do UNICURITIBA. Coordenador do curso de especialização em licitações e contratos administrativos do UNIBRASIL.

Foi editada a Medida Provisória nº 966, que “dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”. Trata-se de mais uma nova norma que integra a longa série de medidas editadas para compor um regime jurídico especial e específico para regular situações jurídicas no curso da pandemia de COVID-19.

A medida provisória praticamente reproduz normas contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, para limitar a responsabilidade dos agentes públicos aos atos praticados com dolo ou erro grosseiro. Assim, a norma torna específicas, regras que já existiam na LINDB.

A redundância, contudo, não é ruim. A especificidade da norma, de aplicação específica para situações envolvendo atos relacionados com a pandemia, pode contribuir muito para dar mais segurança jurídica para os agentes envolvidos nos processos relacionados a ela.

Redundante ou não, merece análise técnica, ainda que, neste momento, na forma de considerações iniciais.

Primeiramente, note-se que não há previsão expressa de vigência da norma, mas a sua ementa indica uma regra de vigência implícita: versa sobre atos relacionados com a pandemia da covid-19.

A norma terá vigência vinculada não a um marco temporal, mas vinculada a situações fáticas: terá aplicação em relação a qualquer ato relacionado à pandemia da covid-19. Por exemplo: mesmo que encerrado o estado de calamidade pública decretado pela União, por Estados e por Municípios, os agentes podem realizar atos relacionados à prevenção da doença, e portanto, à pandemia da covid-19. Nesta hipótese, estarão alcançados pelas normas da MP.

Para ser alcançado pelas normas da MP, então, o ato deve ter relação direta **(i)** com o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; ou **(ii)** com o combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19 (art. 1º, I e II).

Outro aspecto relevante é que art. 1º da MP estabelece:

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.

Nesta regra há uma inovação significativa em relação ao disposto na Lei nº 13.655/2018. O artigo 28 da LINDB preceitua que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Perceba-se que esta norma da LINDB não faz referência à natureza da responsabilidade por dolo ou erro grosseiro.

Lembre-se que a responsabilidade pode se dar no plano administrativo, penal ou civil. A falta de referência à natureza dela na LINDB enseja múltiplas interpretações sobre o alcance e os limites desta responsabilidade limitada ao dolo ou erro grosseiro.

Em outros termos, há hoje interpretação de que o limite da responsabilidade pessoal do agente público aos casos de dolo ou erro grosseiro somente se aplica para a responsabilidade de cunho sancionatório, não alcançando, portanto, a responsabilidade civil (reparar o dano).

Nesta linha, o agente público pode deixar sofrer sanção, por não ter sido provado o dolo ou o erro grosseiro, mas pode ser condenado a reparar os danos causados com a conduta praticada (responsabilidade civil).

Este é o entendimento expressado no Acórdão nº 11.762/2018 do Tribunal de Contas da União, pelo qual o agente público, por não ter sido provada conduta dolosa ou em erro grosseiro “deve ser condenado em débito, mas diante da ausência de culpa grave, deve ser dispensado de aplicação de multa”. O TCU neste caso, afastou a responsabilidade de cunho sancionatório, e entendeu presente a responsabilidade civil (reparar os danos).

Confira-se também o **Acórdão nº 14.130/2019**: para efeitos de responsabilização pelo débito apurado, as decisões do TCU, a exemplo do **Acórdão 5.547/2019** - 1ª Câmara - Relator Ministro Benjamin Zymler -, interpretam referido dispositivo da LINDB, à luz do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o qual não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de responsabilização pelo dano; o **Acórdão nº 2.768/2019**: friso também que tal dispositivo se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto 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 art. 37, § 6º, da Constituição; e o **Acórdão nº 5.547/2019**: o dever de indenizar os prejuízos ao Erário, que não pode ser considerado uma sanção, 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.

Inovando neste sentido, a MP 966 expressamente prevê que o agente público somente pode ser responsabilizado nas “esferas civil e administrativa” se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro.

Assim, expressamente determina que, se não houver prova de dolo ou de erro grosseiro, o agente público não poderá ser responsabilizado e condenado a reparar danos ou ressarcir prejuízos causados para a Administração Pública – além de não poder receber qualquer sanção.

Atente-se, então: se o ato praticado puder ser relacionado, direta ou indiretamente com **(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, sem prova de dolo ou de erro grosseiro, o agente está isento também da responsabilidade civil (reparar os danos). Porém, se o ato

for praticado fora destas hipóteses normativas, ainda que sem prova de dolo ou de erro grosseiro, ao menos de acordo com o entendimento do TCU, pode ser isentado de sanção, mas condenado a reparar os danos.

A limitação da responsabilidade dos agentes públicos operada pela MP não diz respeito apenas a atos relacionados com ações na área de saúde para o enfrentamento da pandemia da covid-19, mas também a todo e qualquer ato que seja praticado para combater os efeitos econômicos e sociais decorrentes dela.

Nesta noção de “combater os efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia” estão inseridos, por exemplo **(i)** contratações públicas realizadas para fomentar determinados segmentos econômicos – como o das pequenas empresas; **(ii)** celebração de termos de parceria, termos de colaboração, contratos de gestão ou de convênios; **(iii)** subvenções ou outros repasses de recursos financeiros, a qualquer título, a entidades privadas sem fins lucrativos; **(iv)** patrocínio de ações destinadas a minimizar os efeitos da crise gerada pela pandemia, entre outros atos e condutas públicas congêneres.

Prevê a MP que “a responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará: I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou II - se houver conluio entre os agentes” (art. 1º, § 1º).

Há na MP uma precisa individualização da conduta para fins de atribuição de responsabilidade. Aquele que decide com base em parecer técnico ou com base em parecer jurídico, e comete uma infração passível de sanção ou de reparação de danos, será isento de responsabilidade se não tinha condições pessoais ou técnicas, de identificar o erro grosseiro ou o dolo com que foi produzida esta opinião técnica. Neste caso, o emissor da opinião técnica responde, se atuou com dolo ou erro grosseiro, e a autoridade que decide com base nesta opinião não responderá.

Quem decide com base em opinião técnica ou jurídica contaminada por erro grosseiro ou dolo, responderá também se tiver agido em conluio (ardil, combinação, complô, trama).

Pela previsão contida no art. 1º, § 2º da MP fica afastada a responsabilidade objetiva do agente público por atos e condutas praticados. A responsabilidade objetiva se caracteriza mediante mera existência de uma conduta de ação ou de omissão, um resultado danoso, e um vínculo causal entre a conduta e o resultado. No plano da responsabilidade objetiva não interessa a qualidade da conduta, se foi culposa ou dolosa. Basta que se possa vincular um resultado ou prejuízo a uma conduta para que exista a responsabilidade objetiva. Como exemplo bizarro de responsabilidade objetiva: aplicar sanção ao pregoeiro por fraude na inexecução contratual, uma vez que a existência do contrato tem vínculo causal com a decisão dele na licitação (se o pregoeiro não tivesse decidido a licitação não haveria contrato, e por consequência, não teria havido fraude na execução do contrato!).

No plano jurídico geral, a regra é a responsabilidade subjetiva, e a exceção a responsabilidade objetiva. Para que haja a responsabilidade subjetiva, é necessário que se prove que o agente atuou com dolo ou culpa. Embora esta seja a regra, é bastante comum que os agentes públicos sejam responsabilizados e punidos indevidamente, sem prova de dolo ou de culpa.

A MP afasta qualquer dúvida: os órgãos de controle interno ou externo estão proibidos de responsabilizar o agente público se não houver prova de dolo ou de erro grosseiro e, portanto, proibidos de aplicar a responsabilidade objetiva quando da apuração da responsabilidade.

O art. 2º da MP conceitua 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”.

Não basta, para caracterizar o erro grosseiro que a conduta tenha sido realizada com negligência, com imprudência ou com imperícia, típicos elementos da culpa em sentido estrito. Quer parecer então, que, a partir da edição da MP em questão, a conduta que pode ensejar responsabilização pessoal do agente público é apenas aquela de maior gravidade, que supere a simples falta de diligência, de pequena imprudência ou de imperícia que não seja grave.

A conduta descuidada, equivocada, incorreta, apressada, desidiosa, ineficiente, se não for dolosa, somente ensejará responsabilidade pessoal se for grave de modo a caracterizar o erro grosseiro.

Por contraditório que possa parecer, ao fazer referência a que somente o erro grosseiro – verdadeira dimensão qualificada de culpa - pode redundar responsabilização pessoal do agente, fica excluída a possibilidade jurídica de responsabilização pessoal por erro. Aquele que erra, na estrita dimensão do significado jurídico do erro, não pode mais ser responsabilizado pessoalmente.

Atua em erro aquele que manifesta sua vontade a partir de uma percepção equivocada ou falsa de uma determinada realidade fática ou jurídica. Nos termos de Fabio Ulhoa (2003, p. 328) “o conceito jurídico de erro é o da decisão tomada em função de falsa representação da realidade”.

Para Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 517) “quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria sua vontade, se conhecesse, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro”. Já no entender de Marcos Bernardes de Mello (2004, p. 149):

O erro na manifestação de vontade se caracteriza por uma falsa representação psicológica da realidade. Aquilo que a pessoa acredita ser a realidade, na verdade, não é. No erro, a falsidade da representação constitui o fator determinante do conteúdo da vontade manifestada. Portanto, a vontade que se exteriorizou é produto do erro, de modo que, se a pessoa conhecesse a realidade, não a teria expressado, ou a teria manifestado com outro sentido.

Lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça, a propósito da improbidade administrativa, de muito registra a importância da distinção entre erro e dolo ao afirmar que “a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”.<sup>1</sup>

A identificação de erro grosseiro passa necessariamente pela análise das condições pessoais e materiais que tinha o agente quando da prática do ato. Aspectos subjetivos e aspectos objetivos da conduta em exame devem ser cuidadosamente examinados para a correta apuração da responsabilidade por erro grosseiro.

No plano subjetivo, demanda-se investigar o grau de capacitação que era exigível do agente, bem como suas aptidões e capacidades pessoais, de ordem técnica ou jurídica. É preciso que sejam exigíveis do agente público certas qualificações e capacitações técnicas ou jurídicas, que se não forem adquiridas e aplicadas podem resultar em condutas viciadas. Em sentido contrário, não se pode exigir certa conduta do agente público que exija capacitação superior àquela legalmente exigida para o exercício das atribuições de seu cargo ou função pública.

O agente público que não recebe, quando devida, a capacitação necessária para o exercício de suas atribuições, em princípio e a depender de exame de caso concreto, não pode responder por erro grosseiro quando produza conduta irregular. Se a falta de capacitação decorre de omissão de autoridade que lhe seja hierarquicamente superior, e a conduta praticada não está inserida nas atribuições do cargo titularizado pelo agente, tem-se por inexistente o nexo causal a justificar a imputação de responsabilidade pessoal. A causa direta do erro grosseiro, nesta hipótese, seria a falta de capacitação, que não pode ser imputada àquele que erra.

No plano objetivo, é preciso investigar acerca da suficiência dos recursos materiais e financeiros que o agente detinha para a prática da conduta reputada irregular. Caso o órgão ou entidade pública não tenha ofertado os recursos materiais, humanos ou financeiros suficientes, sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade para a prática da conduta, o agente que a produz de modo irregular não atua com erro grosseiro.

Tem-se que somente haverá erro grosseiro se o erro – *rectius*, culpa – for inescusável, vale dizer, aquele que “seria suscetível de ser evitado se o agente houvesse precedido com cautela e prudência razoáveis em um indivíduo de inteligência e conhecimento normais, relativamente ao objeto do negócio jurídico” (PEREIRA, 2004, p. 522) ou “quando a falsa percepção da realidade é produto da falta de empenho da pessoa em se informar adequadamente antes de praticar o negócio jurídico” (ULHOA, 2003, p. 330). Em outro sentido se o erro é escusável, não pode ser grosseiro, pois “é escusável o erro que não poderia ser percebido por pessoa de diligência normal”.

Por fim, no art. 3º da Medida Provisória há previsão de que “na aferição do erro grosseiro serão considerados”: I - **os obstáculos e as dificuldades reais do agente público** – como exemplo se pode citar o mercado específico em que se insere um produto ou serviço. Em tempos de pandemia, o preço dos produtos pode ter sofrido fortes oscilações, levando à necessidade de pagar preço muito superior em relação a tempos de normalidade; ou, a exigência de pagamento antecipado por parte de fornecedores; II - **a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público** – tempos excepcionais podem exigir medidas também excepcionais. O enfrentamento da pandemia demanda por vezes operar com temas complexos, sem precedentes para auxiliar na tomada de decisões, implicando atribuições também muito complexas para os agentes públicos. A complexidade da matéria pode se mostrar desproporcional às condições e capacidades pessoais do agente público, o que deve ser considerado para fins de apuração do erro grosseiro. Nesta medida, importante pode ser o “padrão do administrador médio” definido pelo TCU<sup>2</sup> - hoje se tem notícia de responsabilização indevida de agentes públicos por falha ou defeito de equipamentos médicos, como respiradores, por exemplo; III - **a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência** - a urgência de atendimento pode exigir a tomada de decisões sem que existam todas as informações necessárias e que seriam exigíveis em tempos de normalidade. O gestor deverá atuar, ter sua conduta avaliada de acordo com as informações técnicas que eram e estavam efetivamente disponíveis na ocasião da prática do ato; IV - **as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público** – os atos dos agentes públicos devem ser avaliados de acordo com as circunstâncias de fato reais concretas e efetivas que estavam ao seu alcance. Nada pode ser exigido fora do contexto da realidade fática que enfrentava quando praticou o ato; 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** – no dia a dia da pandemia se tem verificado importantes situações de incerteza. Há bastante incerteza em relação à eficácia e à eficiência de medidas de enfrentamento da pandemia. Como exemplo claro, a incerteza em relação a medicamentos e em relação aos graus de isolamento social que são necessários. Estas incertezas devem ser ponderadas e consideradas para o fim de apuração de responsabilidade.

Encerrando, no plano da prevenção da responsabilidade, e do afastamento da alegação de erro grosseiro, é bem importante salientar a importância da motivação de todos os atos praticados pelos agentes públicos. Registrar formalmente as características e circunstâncias de fato que levaram ao ato é uma indispensável boa prática para evitar a responsabilização por erro grosseiro. Boa prática: motivar suficientemente todos os atos praticados nesta época de pandemia de covid-19!

## REFERÊNCIAS

ULHOA, Fabio. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico*. Plano da validade. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>1</sup> STJ, Recurso Especial nº 213994/MG (1999/0041561-2), Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 17.08.1999.

<sup>2</sup> Confira-se a posição do TCU sobre administrador médio expressada nos seguintes acórdãos: (i) o administrador médio deve saber gerir os gastos públicos, como se estivesse administrando os próprios recursos, com zelo e economicidade (Acórdão 487/1999); (ii) administrador médio é aquele que ajusta a sua conduta de acordo com a razoabilidade e cujos dispêndios não denotam falta de conformidade com um padrão mínimo de eficácia (Acórdão 440/2005); (iii) O que se espera de um administrador médio diante da necessidade de aumentar o contrato em montante superior ao permitido pela lei, como é o caso da situação em estudo, é a realização de novo processo licitatório e revogação do contrato vigente (Acórdão 3131/2005); (iv) Administrador médio seria aquele de boa conduta objetiva e zelosa, em licenciosa analogia à tese do crivo do "homem médio," restaria bem atendida (Acórdão 706/2008); (v) modelo de conduta social, adotada por um administrador médio ou homem leal, honesto cauteloso e diligente (razoabilidade da conduta) (Acórdão 1529/2011); (vi) O administrador médio deve ser capaz de perceber o potencial de restrição à competitividade de determinados itens do edital (Acórdão 1692/2012); (vii) Administrador médio é aquele cujas diligências, sensibilidade, idiosincrasias e sentimentos éticos e morais são representativos da população brasileira (Acórdão 3015/2012); (viii) O administrador médio é diligente o suficiente para analisar toda a documentação do certame que tivesse acesso para que constatasse eventual irregularidade (Acórdão 320/2013); (ix) O administrador médio não possui a capacidade de verificar se ocorreu ou não alguma das circunstâncias da rescisão unilateral (art. 79, I, Lei de Licitações e Contratos), antes da hipótese de rescisão amigável de um contrato (art. 79, II, da Lei 8.666) (Acórdão 740/2013).

**Como citar este texto:**

SANTOS, José Anacleto Abduch. Pandemia e responsabilidade dos agentes públicos: a MP 966, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 15 mai. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.

**Fonte:**