Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle*

Three steps for the review of administrative mistakes: the distinct stages and goals in building legal standards

*Gustavo Binenbojm***
*Pedro de Hollanda Dionisio****

* Artigo recebido em 14 de abril de 2021 e aprovado em 20 de maio de 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.84493.

** Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: gustavo.binenbojm@gbalaw.com.br.
Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Doutor e mestre em direito público pela Uerj e *master of laws* (LL.M.) pela Yale Law School.

*** Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: pedro_hdionisio@hotmail.com.
Doutorando e mestre em direito público pela Uerj. Pesquisador do Laboratório de Regulação Econômica da Uerj. Procurador do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

RESUMO

O presente artigo pretende, inicialmente, descrever as principais questões que desafiam os órgãos de controle na análise do erro administrativo. O trabalho divide o controle do erro da administração pública em três sucessivos passos: identificação do equívoco, análise da desconstituição dos efeitos da atuação administrativa e avaliação da responsabilidade pessoal dos agentes públicos envolvidos. Em sua segunda parte, o artigo trata dos principais objetivos que devem orientar a construção dos parâmetros do controle do erro. Os critérios buscam atingir finalidades parcialmente diversas, o que determina uma relativa independência entre as questões a serem enfrentadas nos três passos do controle do erro.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo — erro administrativo — responsabilização pessoal do agente público — deferência — parâmetros

ABSTRACT

This article intends initially to describe the main issues that challenge oversight institutions in reviewing administrative mistakes. The work separates the review of administrative mistakes into three successive steps: identification of the mistake, analysis of the effects of administrative action and assessment of the personal liability of the public officials. In its second part, the paper presents the main goals that should guide the establishment of legal standards. The standards seek to achieve distinct purposes, what causes a relative independence between the questions to be faced in the three steps.

KEYWORDS

Administrative law — administrative error — public official's personal liability — deference — legal standards

1. Introdução

O erro é tema tradicionalmente relegado no direito administrativo brasileiro. São escassos os estudos doutrinários em nosso país que tratem,

ainda que de maneira superficial, sobre a relevância jurídica dos equívocos cometidos por agentes públicos na interpretação das circunstâncias de fatos ou de direito que baseiam a edição de um ato administrativo.[1]

Ao contrário do que ocorre em outros ramos do direito nacional, como o direito civil e penal, que possuem uma densa e antiga teorização a respeito, houve pouca preocupação entre os administrativistas brasileiros em desenvolver uma teoria a respeito do assunto. Há parca literatura no país sobre o conceito, as diferentes espécies, as implicações jurídicas e os parâmetros que devem orientar o controle do erro no direito administrativo.

Quando comparada com países da Europa continental de mesma tradição jurídica,[2] a carência da doutrina administrativista brasileira ganha ainda maior destaque. Portugal, Espanha, Itália e França, por exemplo, possuem, há décadas, amplos estudos doutrinários sobre o erro cometido por agentes do Estado e suas diferentes consequências no direito público.[3]

Apesar de uma sensível lacuna teórica, o erro é fenômeno dos mais relevantes na administração pública brasileira. Agentes públicos realizam escolhas em cenários cada vez mais complexos, mutáveis e tomados de riscos e incertezas.[4] Além disso, como todo ser humano, são dotados de uma cognição limitada e detêm uma capacidade imperfeita de captação, compreensão e processamento das informações relevantes ao processo decisório.[5]

---

1 Para fins de fluidez textual, a expressão "ato administrativo" será utilizada de maneira ampla, como sinônimo de atuação administrativa. Consideram-se aqui não somente formas unilaterais de manifestação de vontade, caso dos atos administrativos em sentido estrito, mas também instrumentos multilaterais, como contratos e convênios.

2 Tais países, assim como o Brasil, integram o sistema jurídico romano-germânico. Sobre a dificuldade do enquadramento do direito administrativo nas tradicionais famílias do direito comparado ocidental, porém, ver BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 6-11.

3 As seguintes obras e artigos ilustram a antiga produção doutrinária na Europa: PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Edições Ática, 1965; MEILÁN GIL, José Luis. Delimitación conceptual del error material y de cuenta. *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968; ZANOBINNI, Guido. A proposito dell'errore di fatto come vizio di annullamento degli atti ammistrativi. In: *Rivista di Diritto Púbblico e della Administrazione in Italia*, 1927; e JÉZE, Gaston. L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir. *Revue du Droit Public*, 1911.

4 VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. *Northwestern University Law Review*, n. 109, p. 676, 2015.

5 SUNSTEIN, Cass. *Why nudge?* The politics of libertarian paternalism. Yale University Press, 2012. p. 99. É o que também aponta Adrian Vermeule, em lição direcionada a juízes, mas estendida pelo autor a todo e qualquer tomador de decisão: "*Construed in a broad sense, this [the bounded rationality] include limits on the information-processing capacity of otherwise rational agents. Real-world decisionmakers, including judges, have limited capacity to understand and use even the information they do have. The problem of bounded information is amplified by bounded decisionmaking capacity. Bounded rationality, however, is also relevant in a more pointed sense. Judges, like other*

Nesse contexto, equívocos são cada vez mais frequentes e, em alguma medida, inevitáveis.

O presente artigo pretende contribuir para a construção de uma teoria brasileira a respeito do erro administrativo e de seu controle pelos órgãos competentes. O esforço de construção de critérios claros e objetivos promete trazer maior segurança aos agentes públicos, conferir qualidade às decisões administrativas e reduzir os custos e a imprevisibilidade da atuação dos órgãos de fiscalização.

O trabalho aborda os três passos que devem ser seguidos no controle de equívocos administrativos. O erro demanda a solução de três diferentes questões, decompostas nas etapas de identificação da existência do equívoco, de análise da desconstituição ou manutenção dos efeitos do ato administrativo e, finalmente, de avaliação da responsabilidade pessoal dos agentes públicos envolvidos no equívoco.

A divisão do controle do erro em passos se inspira na técnica empreendida pela suprema corte norte-americana na conhecida doutrina *Chevron*, originária do caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* e desenvolvida em diversos outros julgados. Em sua versão original,[6] o precedente separa o controle judicial de decisões administrativas na análise de duas sucessivas questões. Em um primeiro passo, deve o Judiciário avaliar a clareza do texto normativo que trata do assunto em análise. Caso a mensagem legislativa seja evidente, a solução a ser aplicada será aquela indicada pela norma. Diante de uma ambiguidade, porém, uma segunda questão surge: a interpretação conferida pela administração é razoável e possível, ainda que alternativas pareçam mais adequadas aos olhos do tribunal?[7]

---

decisionmakers, are never fully rational. Like other decisionmakers, they are prey to cognitive failings, including the use of heuristics that misfire in particular cases, producing cognitive bias". VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 155.

6 Posteriormente, em *United States v. Mead Corporation*, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana teria, segundo parte da doutrina, incluído o passo zero, que será abordado no próximo tópico deste trabalho.

7 "*When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute*." Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837

Apesar de suas diferentes críticas, inclusive conceituais,[8] a simplicidade[9] da divisão do controle em passos conferiu funcionalidade e clareza à doutrina *Chevron* e é apontada como um dos principais fatores de seu enorme sucesso e expansão.[10] Chevron é um dos precedentes mais citados e influentes do direito público norte-americano. Embora tenha se originado no campo ambiental, ampliou seus domínios para diversas outras disciplinas, como a regulação sanitária, o controle imigratório, a regulação de transportes e até para o direito tributário e trabalhista.[11]

Após descrever os três passos e questões que desafiam os órgãos de controle na análise do erro, o presente trabalho, em sua parte prescritiva, tratará dos principais objetivos que — acredita-se — devem orientar a construção de seus parâmetros. Os critérios a serem construídos em cada uma das etapas buscam atingir finalidades parcialmente diversas e criar estruturas de incentivo diferentes. Tal circunstância, como se verá à frente, determina uma relativa independência entre as soluções conferidas às diferentes questões do controle do erro.

2. *Passo zero*: a identificação do erro administrativo

Antes de analisar as implicações jurídicas do erro, é preciso que os órgãos de controle avaliem se, de fato, estão diante de um equívoco administrativo a ser objeto de supervisão. Somente se constatado um erro é possível avaliar se os efeitos da decisão administrativa nele fundada deverão ser desconstituídos e se o agente público deverá ser pessoalmente responsabilizado nas esferas civil e administrativa.

(1984).

8 A suposta confusão entre os dois passos da doutrina Chevron, por exemplo, é apontada em STEPHENSON, Matthew C.; VERMEULE, Adrian. Chevron has only one step. *Virginia Law Review*, v. 95, p. 597, 2009.

9 Eduardo Jordão argumenta ser apenas ilusória a simplicidade da doutrina Chevron, tendo em vista, entre outras circunstâncias, o complexo procedimento para identificação de ambiguidades; cf. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016. p. 304-310.

10 "*Chevron has no doubt also captivated scholars, judges, and lawyers in part due to its beguiling simplicity. In an altogether complex, dynamic, and varied field of law (which administrative law clearly is), Chevron came along and held out hope for clarity and elegance, promising to fulfill administrative law's core purpose in two seemingly straightforward steps*." COGLIANESE, Cary. Chevron's interstitial steps. *The George Washington Law Review*, v. 85, p. 1341, 2017.

11 Nesse sentido, conferir SUNSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. *Virginia Law Review*, v. 92, p. 189-190, 2006.

A presente etapa é denominada de passo zero em referência ao *step-zero* da doutrina *Chevron*, acrescido ao teste original em duas etapas a partir do caso *United States v. Mead Corporation*. Naquela ocasião, decidiu-se que o teste binário definido na doutrina *Chevron* apenas poderia ser aplicado a decisões administrativas fundadas em uma delegação legislativa para que a agência emita normas cogentes na matéria.[12] De modo semelhante, a resolução da etapa zero do controle do erro é anterior e necessária à avaliação das questões trazidas pelos dois passos seguintes.

O erro é identificado no direito administrativo como uma desconformidade não intencional entre a percepção do agente público acerca dos motivos que basearam sua atuação e a realidade fática ou jurídica. Em outros termos, haverá erro sempre que, de maneira acidental, as razões utilizadas pelo agente como base para a atuação administrativa não corresponderem à realidade.[13]

Toda atuação da administração pública é antecedida de um processo psicológico do agente responsável a respeito dos fatos relevantes e das normas potencialmente incidentes. Em sua ponderação decisória, o agente analisa situações pretéritas e atuais e, com base nelas, projeta o que ocorrerá no futuro. Além disso, interpreta os enunciados normativos, precedentes judiciais e administrativos, ensinamentos doutrinários e outras fontes formais e informais do direito que, segundo sua concepção de momento, sejam importantes para a tomada da decisão.[14]

A representação mental que o agente público realiza dos fatos e normas que fundamentam a formação da vontade administrativa, no entanto, não necessariamente será correta. É inevitável, em algum momento, que o agente incorra em algum vício na formação de sua vontade e, consequentemente, baseie sua atuação em uma apreensão equivocada do mundo.

---

[12] "*We hold that administrative implementation of a particular statutory provision qualifies for Chevron deference when it appears that Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law, and that the agency interpretation claiming deference was promulgated in the exercise of that authority*." United States v. Mead Corporation, 533 U.S. 218 (2000).

[13] Aspectos conceituais do erro são debatidos de forma mais aprofundada em DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 59-75.

[14] "Ora todo acto administrativo — tanto mais que não incluímos nele o acto tácito — tem a sua origem imediata num processo psicológico do agente administrativo; esse processo consiste em o agente, através da ponderação dos comandos legais, dos pressupostos, dos motivos, e de razões de política administrativa, tomar a decisão de praticar determinado acto." André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, op. cit., p. 154.

Por definição, é essencial para a configuração do erro que a má avaliação dos motivos seja não intencional. O equívoco pressupõe a ausência de dolo ou malícia daquele que nele incorre, ou seja, sua boa-fé subjetiva. A incoerência entre a realidade e sua projeção psicológica por parte do agente público deve ser necessariamente acidental, ainda que decorrente de culpa.[15]

O ponto diferencia o instituto de outras figuras afins, como os desvios de poder ou de finalidade. Segundo definição adotada por grande parte da doutrina nacional[16] e pela própria legislação,[17] o desvio ocorre quando o agente público pratica determinado ato com a intenção de atingir fim diverso daquele, implícita ou explicitamente, previsto na norma respectiva. Para sua configuração, portanto, ao contrário do que ocorre no erro, é preciso que o agente tenha o desígnio de se desviar da finalidade adequada.[18]

O erro pode incidir sobre situações de fato ou sobre normas jurídicas que sejam utilizadas como pressuposto da atuação administrativa. O erro de fato consiste em uma completa ignorância ou um conhecimento imperfeito por parte do agente a respeito de uma situação que seja pressuposto da atuação administrativa.[19] Tal espécie de equívoco pode decorrer de uma má apreciação de acontecimentos passados ou de circunstâncias atualmente existentes. A falsa percepção de um iminente deslizamento após a ocorrência de fortes chuvas a justificar uma contratação emergencial de obras é exemplo corriqueiro.

Além disso, o erro de fato pode se originar de uma projeção imperfeita do futuro. É o caso do mau planejamento da aquisição de remédios e outros insumos para o estoque de um hospital. Nesse caso, é possível que o agente

---

15 Ibid., p. 160.

16 Nesse sentido, CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do ato administrativo por "desvio de poder". *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 91, p. 26 e 41, 1968.

17 O artigo 2º, parágrafo único, alínea "e" da Lei de Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/1965), dispõe que "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

18 Também é o que, em Portugal, aponta a doutrina de André Gonçalves Pereira: "no poder discricionário a falta de causa poderá ser intencional, mas aí andará sempre ligada ao desvio de poder — já que se o agente intencionalmente se baseia em factos inexistentes, é porque não quer agir com o fim visado na lei, mas sim com outro". André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, op. cit., p. 154. Na doutrina espanhola, distinção semelhante é apontada entre o erro administrativo e a chamada "*falsedad de la causa*". O tema é explorado em CAMACHO, Joana M. Socías. Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de correcíon. *Revista de Administrácion Pública*, n. 157, p. 177, jan./abr. 2002.

19 Gaston Jéze, L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir, op. Cit., 1911, p. 286. No mesmo sentido, André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, op. cit., p. 164.

avalie de forma exagerada a quantidade de determinado medicamento, o que poderá gerar seu vencimento e consequente descarte, ou subavaliar a quantidade necessária, gerando a necessidade de contratações emergenciais e, no limite, a interrupção do serviço público de saúde.

O erro de direito, por sua vez, consiste em uma apreciação equivocada a respeito de determinada norma jurídica e, por consequência, sobre a legalidade da atuação da administração no caso concreto. A interpretação enganosa de determinado texto normativo ou o emprego de um dispositivo legal já revogado como fundamento da atuação administrativa ilustra o instituto.

A identificação de um erro administrativo não é tarefa simples e demanda a construção de certos critérios que serão abordados à frente. No caso do erro de fato, é preciso que os órgãos de controle demonstrem que a percepção da administração pública a respeito de determinadas circunstâncias fáticas — que por vezes são técnica ou politicamente complexas — diverge da realidade. Nas prognoses, a identificação do erro é tarefa ainda mais difícil, sobretudo se realizada antes da ocorrência dos acontecimentos previstos pela administração.[20]

Para a identificação de um erro de direito, por sua vez, deve-se demonstrar que o sentido dado à norma pelo agente público está fora daqueles juridicamente possíveis. Aqui, a dificuldade decorre da necessidade de definição pelo órgão de controle de uma "realidade jurídica" violada pela administração. A natural amplitude de sentido dos textos normativos e a multiplicidade de teorias interpretativas e métodos de decisão tornam a identificação do erro de direito tarefa altamente controvertida.[21]

Embora complexa, a etapa de identificação consiste, como visto, em condição prévia e essencial ao controle do erro. Apenas se superada, poderão os órgãos de supervisão da administração pública passar para as demais questões trazidas pelos dois seguintes passos do controle do erro.

---

[20] Nesse mesmo sentido, Fernando Leal, *A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução*, p. 9-10, 2020. No prelo.

[21] "A pergunta é especialmente importante para, fora dos limites do erro grosseiro, a possível caracterização como erro de direito da simples divergência teórica ou metodológica ou a aplicação indevida de teorias ou métodos de decisão. A dificuldade nesses dois universos se coloca em razão do amplo espaço existente para juízos de valor no enfrentamento das verdadeiras disputas por trás da sustentação da preferência por teorias e métodos de decisão em um universo de candidatos concorrentes." Fernando Leal, *A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução*, p. 13-14, 2020. No prelo.

3. *Passo um*: análise da desconstituição dos efeitos da atuação administrativa

O erro é potencial causa de nulidade do ato administrativo. A incoerência entre os motivos considerados pelo agente como necessários e suficientes para a edição de um ato e a realidade fática ou jurídica subjacente configura vício que, a depender das circunstâncias, pode implicar sua invalidade e desconstituição de todos os efeitos então produzidos.[22]

O reconhecimento da invalidade da atuação administrativa por eventuais equívocos é raciocínio importado do direito privado, mais especificamente da teoria dos defeitos do negócio jurídico.[23] Inspira-se na antiga visão da doutrina privatista de que a falsa compreensão por uma das partes a respeito dos motivos que tenha ensejado a celebração do negócio vicia a vontade manifestada e, por isso, pode determinar sua anulabilidade.

Ao contrário do que prevê a legislação de outros países, como o Código do Procedimento Administrativo de Portugal,[24] a legislação brasileira não dispõe, ao menos de forma expressa, que o cometimento de um erro de fato ou de direito é potencial causa de invalidade da atuação administrativa. A circunstância, porém, não parece impedir o reconhecimento de tal consequência no direito nacional.

A Lei de Ação Popular, primeiramente, parece ser um amparo legislativo à nulidade da atuação da administração pública em caso de desconformidade entre a percepção do agente a respeito dos motivos de sua decisão e a realidade. Segundo seu artigo 2º, alínea "b", e parágrafo único, alínea "b", são nulos os atos administrativos no caso de inexistência dos motivos, o que "se

---

22 "*En caso de errores de hecho que recaigan sobre presupuestos esenciales, el procedimiento procedente será la revisión que determina la anulación del acto, con independencia de que el vicio sea determinante de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, sin que sea ocioso repetir que en la mayoría de los casos se tratará, efectivamente, de supuestos de nulidad de pleno derecho. […] En cualquier caso, no obstante lo anterior, lo relevante es que un acto dictado con error de derecho es un acto ilegal o inválido, sin entrar ahora a analizar en qué casos es simplemente anulable o, por el contrario, es nulo de pleno derecho*." Joana M. Socías Camacho, Error material, error de hecho y error de derecho, op. cit., p. 206-207.

23 "*El tema del error tiene una larga historia en el Derecho […] . Sus primeras y continuadas reelaboraciones pertenecen al ámbito del Derecho privado, de donde pasarán al Derecho administrativo*". José Luis Meilán Gil, Delimitación conceptual del error material y de cuenta, op. cit., p. 151.

24 Segundo seu artigo 168, item 1, "d", "Os atos administrativos podem ser objeto de anulação administrativa no prazo de seis meses, a contar da data do conhecimento pelo órgão competente da causa de invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, desde o momento da cessação do erro, em qualquer dos casos desde que não tenham decorrido cinco anos, a contar da respetiva emissão".

verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido".

Além de tal fundamento, a doutrina e a jurisprudência nacionais adotaram, de forma relativamente consensual, a chamada "teoria dos motivos determinantes".[25] A teoria, inspirada na doutrina de Gaston Jezè, preconiza que a administração, ao qualificar publicamente determinados motivos como determinantes para a prática de um ato administrativo, fica a eles vinculada, ainda que a lei tenha concedido discricionariedade para que outros motivos pudessem ser escolhidos.[26]

Logo, a validade do ato administrativo depende da veracidade dos motivos indicados como necessários e suficientes para sua emissão. Caso haja incongruência — ainda que não intencional, como acontece no caso de erro — entre os motivos de fato ou de direito invocados pelo agente para a edição do ato administrativo em questão e a realidade, ele poderá ser invalidado.

A adesão à teoria dos motivos determinantes, ao lado da existência das referidas disposições da Lei da Ação Popular, indica que o direito administrativo brasileiro reconhece, como potencial efeito do erro do agente público, a nulidade da atuação administrativa correspondente.

Nem sempre, contudo, o erro implicará a desconstituição do ato administrativo e de seus correspondentes efeitos. Em determinadas hipóteses, é possível que eventual equívoco cometido na análise dos pressupostos do ato não gere seu automático desfazimento. Certas circunstâncias a serem abordadas à frente podem determinar a convalidação de um ato administrativo editado com base em equívoco e a manutenção de todos os efeitos produzidos.

---

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 20.565/MG, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 15.3.2007. Na doutrina, conferir MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 217-219.

[26] Em sua obra *Princípios gerais do direito administrativo*, Gaston Jezè sustenta que, da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, poder-se-ia extrair diversas regras universalizáveis, entre as quais a de que os motivos expressos pelo administrador para a prática de determinado ato considerar-se-iam, em princípio, determinantes. Segundo José Vicente Santos de Mendonça, a partir de tal lição, a doutrina brasileira teria criado o entendimento de que o ato administrativo ficaria necessariamente vinculado à existência dos motivos declarados. O tema é tratado em MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 14, n. 53, p. 12, abr./jun. 2016. Uma curiosidade apontada por Eduardo Jordão é que a teoria não é mais hoje adotada pelos Tribunais franceses, os quais passaram a admitir a substituição das razões apresentadas originalmente pelo administrador. JORDÃO, Eduardo. Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil? *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, a. 17, n. 69, p. 28, jul./set. 2017.

Além de sua preservação integral, é possível que atos editados com base em equívocos tenham seu conteúdo ou seus efeitos modificados mediante a criação de regras de transição. A hipótese há mais tempo consolidada em nosso ordenamento jurídico é a modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a invalidade da atuação administrativa.[27] Nesse caso, o ato poderá ter seus efeitos preservados até determinado momento no passado, presente (efeitos *ex nunc*) ou futuro (efeitos *pro futuro*).

Essa, porém, é apenas uma das inúmeras alternativas entre dois polos: a desconstituição *ex tunc* e a preservação integral dos efeitos do ato administrativo fundado em erro. Regras de transição podem, ainda, impor compensações financeiras e ajudas de adaptação a eventuais prejudicados com a desconstituição da atuação administrativa viciada.

Em postura ainda mais ativista, entende-se juridicamente viável, a depender das peculiaridades do caso concreto, a imposição por órgãos de controle de cláusulas de exceção que preservem os efeitos do ato viciado apenas em relação a determinadas pessoas ou se observadas certas condições objetivas.[28] Trata-se de técnica utilizada de maneira ampla por Cortes Constitucionais no controle concentrado de constitucionalidade,[29] mas que também pode ser empregada por outras instituições públicas no controle do erro administrativo.

4. *Passo dois*: avaliação da responsabilidade pessoal dos agentes públicos

A falsa percepção da realidade fática ou jurídica a fundamentar um ato administrativo demanda que os órgãos de controle, ainda, averiguem a eventual responsabilidade pessoal, civil e administrativa dos agentes públicos que incorreram no erro.

---

[27] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 106-107, nov. 2018.

[28] Para um aprofundamento do tema, conferir CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 223-248.

[29] BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 44, p. 197, jan./jun. 2014.

A responsabilidade administrativa consiste na submissão do agente público às consequências jurídicas do cometimento de ilícitos administrativos: as punições administrativas.[30] É o caso das sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992 ao agente condenado em ato de improbidade administrativa, das penalidades disciplinares aplicadas aos servidores públicos civis da União, nos termos previstos na Lei nº 8.112/1990, ou das multas pessoais incidentes sobre administradores públicos faltosos, conforme disciplinado nos artigos 57 e 58 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992).

Já a responsabilidade civil abrange os casos em que o agente detém a obrigação de reparar os danos causados à administração por conta de sua atuação irregular. Isto poderá ocorrer tanto nos casos em que o agente causa danos diretos ao erário quanto nos casos em que causa danos a terceiros que responsabilizam a administração e por ela são indenizados, na forma do artigo 37, §§ 5º e 6º da Constituição da República.[31]

Assim como ocorre na avaliação da higidez do ato administrativo, o erro não terá como resultado necessário a responsabilização pessoal do agente público. Erro e culpa são conceitos que não se confundem e o equívoco pode ou não ser acompanhado do elemento subjetivo.[32]

No caso de erros inevitáveis, a ausência de responsabilização pessoal tem como fundamento a inexistência de imprudência, negligência ou imperícia no comportamento do agente público.[33] Com efeito, a presença da culpa pressupõe que o agente tenha condições objetivas e razoáveis de prever e, sobretudo, evitar que o resultado indesejado aconteça.[34]

---

[30] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 348; CUNHA, Sérgio Sérvulo. Responsabilidade do administrador público. *Interesse Público — IP*, São Paulo, a. 4, n. 15, p. 126142, jul./set. 2002.

[31] Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, op. cit., p. 347.

[32] É o que também afirma Eduardo Nunes de Souza ao diferenciar erro e culpa no exercício da profissão médica em SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 19-20, abr./jun. 2013.

[33] Ao contrário da invalidade da ação administrativa, de influência privatista, a exclusão da responsabilidade do agente público como decorrência de erros escusáveis consiste em consequência jurídica inspirada no direito criminal. Assim como ocorre em tal disciplina, o eventual vício cognitivo na apreensão da realidade fática ou jurídica poderá excluir sua responsabilidade. Nesse sentido, GAVÍN, Ignacio Pemán. *El sistema sancionador español* (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas). Barcelona: Cedecs, 2000. p. 319.

[34] *"A essência da culpa é a previsibilidade e a evitabilidade. Ou seja, ao praticar a conduta, o agente possuía o controle da situação, podendo ou não praticar a conduta danosa."* NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7, p. 139.

O elemento subjetivo, no entanto, é essencial para a responsabilidade pessoal do agente público no Brasil. Por imposição de nosso ordenamento constitucional, tanto na esfera civil quanto na esfera administrativa, é exigida a demonstração de culpa ou de dolo para que ele possa ser pessoalmente responsabilizado por ilícitos cometidos no exercício de suas funções.[35]

Mesmo nos casos em que a culpa é constatada, o agente público estará isento de responsabilidade desde que seu erro não seja considerado grosseiro, decorrente de culpa grave. O artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB") incrementou o grau de culpa exigido dos agentes públicos para que seja lícita sua responsabilização pessoal por atos praticados no exercício da função, restringindo-a aos casos de dolo ou erro grosseiro.[36]

5. Os diferentes objetivos na construção de parâmetros e a relativa independência entre os passos do controle

Apresentadas as diferentes etapas do controle do erro administrativo, passa-se a tratar dos principais objetivos que devem orientar a construção de parâmetros para a resolução de cada uma das questões abordadas acima.

A finalidade aqui não é analisar as vantagens e críticas direcionadas aos critérios abordados ao longo do trabalho.[37] Também não se quer esgotar todos os potenciais objetivos, ainda que laterais, que devam ser levados em consideração. O presente tópico pretende definir e diferenciar o foco central que deve nortear a construção de parâmetros nos diferentes passos do controle do erro administrativo.

A mudança de foco na definição de parâmetros se dá, primeiramente, em razão das diferentes particularidades que são consideradas relevantes pelo direito brasileiro em cada uma das etapas do controle. A escolha de diferentes

---

[35] O argumento se fundamenta, entre outros dispositivos, nos artigos 37, §§ 6º, e 5º, inciso XLV, da Constituição da República e é aprofundado em Pedro de Hollanda Dionisio, *O direito ao erro do administrador público no Brasil*, op. cit., p. 77-92.

[36] BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. Rio de Janeiro: *RDA — Revista de Direito Administrativo*, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018) , p. 216, nov. 2018.

[37] Não se pretende discutir, por exemplo, a conveniência da adoção de critérios formais ou substanciais ou as dificuldades relacionadas com a identificação da natureza de decisões administrativas. O assunto é debatido em Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, op. cit., p. 167-280.

critérios decorre também da necessidade de se levar em consideração seus impactos futuros, em especial os estímulos deles decorrentes. Normas jurídicas devem ser compreendidas como estruturas de incentivo, parcialmente responsáveis pelo comportamento de instituições públicas e de seus agentes.[38]

A diferença de objetivos, ainda que parcial,[39] determina uma relativa autonomia entre as questões analisadas nos três passos do controle. A constatação de um equívoco administrativo no passo zero é, como visto, condição prévia e necessária para a análise das demais etapas.[40] No entanto, ela pode ou não ser acompanhada da desconstituição dos efeitos da atuação administrativa e da responsabilização pessoal dos agentes públicos envolvidos.[41]

Em outros termos, conforme ilustram os exemplos a seguir apresentados, uma resposta positiva à questão apresentada no passo zero pode ser seguida de soluções distintas e independentes aos dilemas enfrentados nos passos um e dois do controle do erro administrativo.

5.1 Os objetivos na definição de critérios do passo zero

A construção de parâmetros para o *passo zero*, em que se pretende aferir a presença ou não de um equívoco administrativo, deve ter como principal finalidade reduzir os riscos de uma equivocada atuação dos órgãos de controle que censure percepções corretas ou, ao menos, admissíveis da administração pública, ainda que em desacordo com suas preferências.

A compreensão de um agente público a respeito de um fato ou de uma fonte normativa, equivocada aos olhos do agente controlador, pode, objetivamente,

---

38 "*Legal rules are to be judged by the structure of incentives they establish and the consequences of people altering their behavior in response to those incentives*." FRIEDMAN, David D. *Law's order*: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 11. Trata-se de notável contribuição do pragmatismo e da análise econômica do direito às ciências jurídicas. A respeito de sua influência na regulação e no direito administrativo brasileiro, ver BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação:* transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 153-215,

39 Como se verá à frente, alguns objetivos na construção de parâmetros são coincidentes, o que não exclui a diferença de foco existente.

40 Obviamente, a análise da responsabilidade de agentes públicos e da desconstituição do ato pode ser deflagrada por outros vícios diferentes do erro administrativo e que não são abordados neste artigo.

41 A circunstância diferencia a análise aqui proposta daquela estabelecida na doutrina *Chevron*, em que a análise do segundo passo — ou seja, da razoabilidade da decisão controlada — depende da constatação da ambiguidade do texto normativo, aferida no primeiro passo.

não o ser. O juízo realizado a respeito do erro cometido pela administração pode ser ele próprio equivocado. Assim como o agente público pode incorrer em erro, um agente externo pode considerar de forma equivocada que ele compreendeu mal a realidade fática ou jurídica que embasou sua atuação.[42]

Os parâmetros de identificação do erro devem procurar, de um lado, conter a atuação dos órgãos de controle nas hipóteses em que se verifica que a administração tem melhores condições de decidir e, de outro, torná-los mais ativistas quando o inverso ocorrer. Para isso, costuma-se recorrer a critérios de deferência que levam em consideração parâmetros substanciais ou procedimentais.

Critérios substanciais modulam a autocontenção dos órgãos de controle na identificação do erro de acordo com a natureza da decisão e com a maior ou menor capacidade das instituições de avaliar os pressupostos de fato ou de direito que determinam a tomada de decisão.[43] Três *standards* substanciais costumam ser utilizados no direito comparado na adaptação da intensidade do controle judicial[44] e podem ser utilizados na avaliação da presença de um erro de fato ou de direito a fundamentar uma decisão administrativa.

O primeiro é o nível de complexidade técnica da decisão controlada. Segundo ele, quanto maior for a complexidade de uma escolha administrativa e mais próximos forem os fatos investigados da *expertise* detida pela entidade ou órgão público em questão, maior também deve ser a cautela dos órgãos de controle na identificação de um erro de fato cometido pela administração.

Questões regulatórias complexas ilustram a dificuldade de identificação de erros de fato nesses casos. O exercício da regulação econômica costuma demandar dos órgãos competentes análises técnicas submetidas a múltiplas e complexas variáveis, dificilmente compreendidas de maneira adequada por outras instituições. É comum na regulação, ainda, o exercício de prognoses

---

42 Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, op. cit., p. 245-246.

43 É o que pretende, em alguma medida, a teoria das capacidades institucionais, tratada em SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 156, p. 23 e ss, 2002. Não se ignoram, porém, os desafios — empíricos e normativos — na comparação das capacidades de diferentes instituições públicas, o que não será objeto do presente trabalho. Interessante abordagem crítica a respeito do emprego retórico do argumento das capacidades institucionais pode ser encontrada em ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan./jun. 2011.

44 Eduardo Jordão identifica os critérios aqui mencionados como aqueles empregados nos sistemas francês, italiano, norte-americano e canadense, conforme Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, op. cit.

de longo prazo, nas quais o alto grau de incerteza torna a identificação de equívocos tarefa especialmente difícil. O controle do erro, nesses casos, deve ser submetido à máxima autocontenção, em especial quando exercido antes da ocorrência dos acontecimentos previstos.[45]

O parâmetro, no entanto, pode funcionar de forma inversa nos casos em que as questões técnicas envolvidas estão mais próximas da *expertise* do órgão de controle. Em geral, isso ocorrerá nos casos em que o tema é especialmente intricado do ponto de vista jurídico,[46] já que a atividade-fim de instituições de controle costuma ser exercida por bacharéis em direito. Algumas delas, no entanto, possuem outras especialidades técnicas, como os Tribunais de Contas, capacitados para a fiscalização financeira e contábil da administração pública.[47]

Um segundo critério de ordem substancial impõe que temas complexos do ponto de vista político também sejam submetidos a uma especial autocontenção. Isto se dá em razão da maior sensibilidade e legitimidade dos órgãos administrativos para tratar de tais assuntos quando comparados a instituições de controle, em geral alijadas dos processos eleitorais. Em verdade, o erro em decisões politicamente discricionárias acaba por assumir um sentido relativo e, em grande medida, sua existência dependerá do ponto de vista do observador.

Exemplo disso é a escolha daqueles que ocuparão certos cargos da República, como ministros de tribunais superiores e chefes de missões diplomáticas, atribuída pela Constituição Federal conjuntamente ao presidente da República e ao Senado Federal. Aqui, ao menos como regra, a identificação de erros de fato ou na interpretação de critérios jurídicos amplos, como reputação ilibada e notório saber jurídico, deve ser submetida a uma deferência reforçada.

---

[45] Parâmetro semelhante em relação a prognósticos tecnicamente complexos foi fixado pela Suprema Corte norte-americana no caso *Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 462 U.S. 87* (1983): "*a reviewing court must remember that the Commission is making predictions, within its area of special expertise, at the frontiers of science. When examining this kind of scientific determination, as opposed to simple findings of fact, a reviewing court must generally be at its most deferential*".

[46] Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, op. cit.

[47] Sobre a impossibilidade de extensão integral aos Tribunais de Contas das críticas direcionadas ao arranjo institucional do Poder Judiciário, afirma Marianna Montebello Willeman que o "exercício da fiscalização financeira do Estado já pressupõe que tais órgãos sejam tecnicamente preparados e que tenham à sua disposição o aparato e as informações necessárias para uma visão global e abrangente das finanças públicas e, mais propriamente, do gerenciamento de recursos limitados". WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 286.

Um terceiro critério possível diz respeito ao nível de sensibilidade constitucional da decisão controlada e funciona de maneira inversa aos anteriores. Órgãos de controle tornam-se menos deferentes quando diante de violações a valores especialmente caros ao ordenamento jurídico, como direitos e garantias fundamentais. Sua composição eminentemente não majoritária e técnica costuma torná-los mais capacitados para proteger tais valores quando ameaçados por maiorias eventuais.[48]

Critérios procedimentais, por sua vez, procuram modular a deferência na identificação de erros de acordo com a obediência a certos requisitos formais pela decisão controlada. O ativismo, nesse caso, será tanto menor quanto maior for a preocupação da administração pública em coletar dados relevantes e efetivamente considerar tais informações em seu processo de decisão.

Hipóteses comuns de cautelas procedimentais envolvem a consulta a órgãos especializados e agentes econômicos que integram o mercado em questão, a realização de estudos técnicos, como é o caso das análises de impacto e de resultado regulatório, e a oitiva e participação de pessoas, instituições e comunidades potencialmente afetadas pela decisão administrativa.[49]

A coleta e consideração de dados relevantes prometem racionalizar o processo decisório administrativo e reduzir o risco de erros.[50] Além de atenuar a assimetria informacional da administração, o comportamento administrativo diligente tende a diminuir as incertezas inerentes a qualquer decisão pública, torná-las quantificáveis ou até mesmo eliminá-las. É o que justifica, nesses casos, uma postura mais deferente do controlador.[51]

---

[48] A legitimidade do controle de decisões tomadas por órgãos majoritários funda-se justamente na realização de valores constitucionais substantivos, também imprescindíveis à realização da democracia, conforme BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81-85.

[49] A promoção do processo administrativo decisório das agências norte-americanas por meio de um controle procedimental é uma das principais funções do Office of Information and Regulatory Affairs (Oira); cf. SUNSTEIN, Cass R. The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Paper n. 13-07, 2012.

[50] Não se ignora, porém, que mecanismos de participação podem ser capturados por grupos de interesse bem posicionados. Sobre o fenômeno na política regulatória brasileira, ver SILVA, Mariana Batista da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, jul./ago. 2012.

[51] "*There is a proper role for courts in ensuring that agencies have adequately invested resources in information-gathering, which may resolve uncertainty, perhaps by transforming it into risk or even certainty*." VERMEULE, Adrian. Rationally arbitrary decisions in administrative law. *Journal of Legal Studies*, v. 44, n. 4, p. 478, 2015.

5.2 Os objetivos na definição de critérios do passo um

Diante da constatação de um equívoco, os órgãos de controle devem se questionar, como segundo passo, se os efeitos da atuação administrativa devem ou não ser mantidos. Como se viu, não se trata de uma questão binária. Diferentes soluções podem surgir, caso se opte pela desconstituição dos efeitos do ato, que poderá ocorrer de maneira total, parcial ou condicionada.

A importância do vício que macula o ato administrativo costuma ser apontada pela doutrina majoritária como fator determinante nesta avaliação. Por inspiração de teorias oriundas do direito civil, sustenta-se que os vícios passíveis de confirmação ou, ao menos, de parcial aproveitamento são aqueles de menor gravidade, já que repelidos pela ordem jurídica com menor intensidade.[52]

De fato, a gravidade do equívoco e, por consequência, da ilegalidade cometida merecem ser consideradas pelo direito administrativo nesse momento. Mesmo de uma perspectiva pragmática, a preservação da autoridade do ordenamento jurídico possui uma importância política e social autônoma, relacionada com a realização de valores como previsibilidade, imparcialidade e coerência.[53]

No entanto, ao contrário do que aponta grande parte da doutrina administrativista a respeito do tema, este não deve ser o principal — muito menos o único — critério de influência nesta etapa do controle do erro. O ponto ganhará especial relevância no passo dois do controle do erro, quando da avaliação da responsabilidade pessoal do agente público. Na análise do desfazimento ou não dos efeitos do ato, embora a gravidade da ilegalidade cometida tenha importância, outros fatores se mostram mais relevantes.

Neste momento, o foco na construção de critérios deve ser direcionado aos impactos concretos que a desconstituição, total ou parcial, dos efeitos

---

[52] "É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um discrímen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes." BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 473. Nesse mesmo sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 297.

[53] POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 60-61. Sobre o argumento, ver, ainda, MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 48-50.

de determinado ato administrativo ocasionará. A principal questão a ser avaliada é o grau de prejuízo que a revisão da atuação pública ocasionará aos interesses da coletividade, da própria administração pública e de indivíduos que tenham nutrido justas expectativas em relação à manutenção dos efeitos do ato.

Com efeito, recorde-se que o erro consiste em uma percepção incorreta do agente público que, por definição, ocorre de maneira honesta, não intencional. Embora sua gravidade obedeça a uma gradação, a atuação administrativa baseada em equívoco é, em regra, menos danosa aos valores que integram nosso sistema jurídico do que vícios que envolvam má-fé, como desvios de poder e corrupção.

De outro lado, o desfazimento dos efeitos do ato fundado em um equívoco administrativo pode comprometer de maneira grave interesses constitucionalmente relevantes, cujos titulares, muitas vezes, em nada contribuíram para o equívoco cometido. Nesses casos, não parece razoável que os órgãos de controle voltem toda a sua atenção ao passado, especificamente à gravidade do equívoco estatal cometido, desconsiderando ou conferindo menor importância às consequências presentes e futuras de sua escolha.[54]

Exemplo disso se dá nas hipóteses em que os prejuízos econômicos e sociais oriundos do desfazimento de um ato são maiores do que os benefícios decorrentes de sua manutenção. Imagine a realização de licitação por tomada de preços para a construção de uma ponte, estimada em centenas de milhões de reais, que ligará por terra dois municípios que mantenham um intenso comércio. A gravidade do erro — possivelmente grosseiro e passível de responsabilização — na utilização de modalidade licitatória claramente incompatível com o valor do objeto contratado,[55] conquanto deva ser levada em conta, não deve ter o mesmo peso na ponderação decisória dos órgãos de controle do que as implicações concretas da desconstituição da atuação administrativista.

---

[54] A necessária consideração das consequências práticas das decisões controladoras que decreta a invalidação de ato administrativo, embora já tivesse amparo anterior nos princípios constitucionais da eficiência e economicidade, encontra atualmente expressa previsão no artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Sobre o dispositivo, ver MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. Rio de Janeiro: *RDA — Revista de Direito Administrativo*, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

[55] A tomada de preço é a modalidade licitatória adequada para obras de até 3 milhões e 300 mil reais, na forma do que dispõe o artigo 23, I, alínea "b" da Lei nº 8.666/1993, atualizado pelo Decreto nº 9.412/2018.

O principal foco aqui deve se direcionar às consequências práticas de uma decisão que desfaça retroativamente todos os efeitos provenientes do ato anulado. Caso a hipotética licitação tenha sido concluída e a obra já esteja em estágio avançado, por exemplo, é preciso avaliar quais benefícios e prejuízos que o início de um novo certame público e a demolição de tudo aquilo que foi até então construído[56] causarão a interesses protegidos pelo ordenamento jurídico. Entre outros elementos, é preciso cotejar os danos econômicos e sociais que o adiamento na conclusão das obras poderá causar à coletividade com os benefícios à competitividade e à qualidade da contratação gerados pela utilização da modalidade licitatória correta.

A ponderação a respeito da desconstituição ou não dos efeitos de ato fundado em equívoco deve considerar, ainda, as legítimas expectativas eventualmente frustradas pela decisão anulatória. O princípio da segurança jurídica determina que os órgãos de controle, ainda que diante de uma atuação equivocada e ilícita, considerem se o comportamento estatal analisado gerou confiança no plano subjetivo dos administrados e induziu a prática de atos concretos baseados na confiança criada.[57]

Exemplo extraído da jurisprudência dos tribunais superiores é o pagamento a maior, por equívoco da administração pública, de verbas remuneratórias a servidores públicos ou de proventos e pensões aos respectivos beneficiários. Nesses casos, salvo se comprovada má-fé, não é possível exigir a devolução daquilo que foi pago equivocadamente.[58] No entanto, a depender das circunstâncias, os servidores responsáveis pelo equívoco podem ser punidos nas esferas administrativa e civil.[59]

---

[56] A ilegalidade deve determinar, em regra, a anulação com efeitos *ex tunc* do ato viciado, com a consequente desconstituição de todos os efeitos então produzidos. Logo, em caso de vícios no procedimento licitatório, todos os atos dela decorrentes deveriam ser desfeitos, levando-se à necessidade de demolição da ponte construída.

[57] Os requisitos para a tutela da confiança legítima são abordados em ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009, p. 82-104.

[58] "Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." *Brasil*. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no 1.244.182/PB*, relator ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, julgado em 10.10.2012.

[59] Outro interessante exemplo apresentado por Valter Shuenquener é a comunicação equivocada por parte de um órgão público a respeito do prazo de determinada manifestação ou para interposição de um recurso administrativo. Caso o prazo comunicado seja maior do que o real e, confiando na informação fornecida, o administrado apresente sua manifestação fora do prazo legal, é possível que o controle, embora reconheça o erro e — se grosseiro — responsabilize o agente público que o cometeu, considere tempestiva a manifestação apresentada. Valter Shuenquener Araújo, *O princípio da proteção da confiança*, op. cit., p. 222.

5.3 Os objetivos na definição de critérios do passo dois

O segundo passo do controle do erro pretende verificar se os agentes públicos que lhe deram causa devem ou não ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa. Trata-se de questão que não necessariamente acompanha a constatação do equívoco e independe da desconstituição ou manutenção dos efeitos da atuação administrativa controlada.

Ao contrário do que ocorre no passo um, a gravidade da conduta do agente público que originou o equívoco é o principal elemento a ser considerado aqui. Em específico, devem-se analisar a existência e, sobretudo, a intensidade de sua culpa na ocorrência do equívoco. Viu-se que, atualmente, apenas erros dotados de dolo ou culpa grave são passíveis de responsabilização pessoal.

A atenção da análise controladora, portanto, volta-se mais a circunstâncias pretéritas do que aos impactos presentes e futuros que a decisão trará a interesses juridicamente relevantes. Por meio de um esforço retrospectivo, avalia-se, entre outros fatores, o nível de prudência adotado pelo agente no caso concreto e as diferentes circunstâncias fáticas e jurídicas que tenham dificultado ou facilitado o seu trabalho.

Apesar de seu foco retrospectivo, a construção de critérios para a segunda etapa do controle não pode descuidar da utilidade dos incentivos criados. A teoria da *public choice* demonstra que, entre as diferentes questões de interesse privado incorporadas pelos agentes públicos em sua equação decisória,[60] está a probabilidade de serem processados e responsabilizados por erros decorrentes da opção adotada. Parâmetros de responsabilização pessoal, por isso, são poderosos modelos de conduta e têm o condão de moldar decisões e comportamentos administrativos futuros.

Considerando os objetivos traçados, um primeiro parâmetro[61] a orientar esta etapa do controle é o atendimento pelo agente a um grau mínimo de diligência na tomada de decisão. Diante de um erro, é preciso verificar se o agente orientou sua escolha com um mínimo de dados técnicos e jurídicos relevantes. O grau de diligência exigido, porém, deve variar de acordo com uma série de fatores. A urgência da decisão, por exemplo, demandará

---

[60] Sobre o tema, ver MANSBRIDGE, Jane. Self-interest in political life. *Political theory*, v. 18, n. 1, p. 135-136, fev. 1990.

[61] Os parâmetros aqui resumidos, além de outros, são abordados com maior profundidade em Pedro de Hollanda Dionisio, *O direito ao erro do administrador público no Brasil*, op. cit., p. 129-154.

decisões mais céleres e, por isto, menos refletidas. Já sua relevância econômica ou social determinará maior cautela e uma coleta mais ampla de dados.

O critério da diligência justifica-se pela sua utilidade no exame da culpa. A coleta prévia de uma quantidade mínima de dados jurídicos e técnicos relevantes demonstra cautela do agente público na realização de escolhas. O *standard* pode também ser um estímulo à racionalização na instrução de processos decisórios. A variabilidade do nível de diligência exigida estimula uma adaptação inteligente da escassa energia da administração pública na obtenção de informações.

Um segundo parâmetro a ser levado em consideração é a aderência da decisão em relação às informações técnicas coletadas pelo agente público ao longo de seu processo decisório. A obtenção de informações relevantes junto aos órgãos competentes e com *expertise* para tanto serve justamente para orientar o agente público em suas decisões. Ao imotivadamente divergir ou ignorar os dados técnicos ou jurídicos que instruíram sua escolha, o agente público assume um maior risco em cometer equívocos e, desse modo, tem ampliado o seu grau de culpa pelos erros que os contrariem.[62]

Como mecanismo de incentivo, o parâmetro tem como função estimular a coerência das decisões administrativas em relação às informações técnicas disponíveis. Mesmo nos casos em que o agente pretende divergir de dados e opiniões disponíveis nos autos, o *standard* incentiva a busca por fundamentos técnicos que motivem a discordância.

A incerteza envolvida no processo decisório pode funcionar como um terceiro critério a orientar a avaliação da responsabilidade pessoal do agente público por erro. A probabilidade do surgimento de equívocos é proporcional ao nível de incerteza da escolha administrativa a ser realizada. Desse modo, ao menos como regra, a culpa do agente em sua ocorrência será tanto menor, a ponto de se tornar inexistente, quanto maior for a dificuldade de sua previsão.

Além de sua utilidade na apreciação da culpa, o parâmetro da incerteza pretende evitar que o controle do erro seja um embaraço a inovações. Decisões inovadoras no setor público são naturalmente mais propensas a equívocos

---

[62] De maneira semelhante, ao conferir interpretação conforme ao artigo 2º da Medida Provisória nº 966/2020, o ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto vencedor, fixou como critério de caracterização do erro grosseiro "a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421*, relator ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 21.5.2020.

justamente em razão do alto grau de incerteza envolvida. A maior tolerância a equívocos em decisões inovadoras estimula que agentes públicos testem novas alternativas e soluções para os múltiplos problemas da administração.

Mais uma vez, a mudança de critérios a orientar a segunda etapa do controle do erro determina sua autonomia em relação aos passos anteriores. É possível que um ato administrativo fundado em erro, cujos efeitos tenham sido desconstituídos por uma decisão anulatória *ex tunc*, seja desacompanhado de culpa grave e, por isso, não implique a responsabilização pessoal dos agentes públicos envolvidos.

É o que ocorre no hipotético caso da concessão de aposentadoria a servidor público com base em interpretação equivocada de recente dispositivo legal de linguagem ambígua, cujo significado, à época da decisão, ainda não havia sido definido pela jurisprudência. Embora se admita a anulação do ato concessivo dentro do prazo prescricional e a consequente necessidade de reversão da aposentadoria, o agente responsável pelo equívoco poderá ser isento de responsabilidade em razão da profunda incerteza a respeito da melhor interpretação do texto normativo.[63]

6. Conclusão

O erro é fenômeno jurídico do qual podem decorrer múltiplas consequências no direito administrativo. Além de descrevê-las e demonstrar a parcial autonomia entre os dilemas dele oriundos, o presente trabalho debateu os principais objetivos que devem ser levados em consideração na definição de critérios que orientam o controle do erro. Diante da carência doutrinária e da importância do tema para a evolução do direito administrativo nacional, espera-se que o trabalho sirva de base — ainda que de discordância — para a futura construção de parâmetros que confiram maior segurança e eficiência a cada uma das etapas do controle do erro administrativo.

---

[63] A complexidade envolvida na interpretação de textos jurídicos relativamente indeterminados é incluída por Eduardo Jordão nas "dificuldades reais" que o artigo 22 da LINDB impõe sejam consideradas pelos controladores, cf. JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *RDA — Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, p. 77, nov. 2018.

Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009. p. 82-104, 222.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan./jun. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 473.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 6-11.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81-85.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 153-215.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 216, nov. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 44, jan./jun. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 223-248.

CAMACHO, Joana M. Socías. Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de correcíon. *Revista de Administrácion Pública*, n. 157, p. 206-207, jan./abr. 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COGLIANESE, Cary. Chevron's interstitial steps. *The George Washington Law Review*, v. 85, p. 1341, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do ato administrativo por "desvio de poder". *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 91, 1968.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. Responsabilidade do administrador público. *Interesse Público — IP*, São Paulo, a. 4, n. 15, p. 126142, jul./set. 2002.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

FRIEDMAN, David D. *Law's order*: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000.

GAVÍN, Ignacio Pemán. *El sistema sancionador español* (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas). Barcelona: Cedecs, 2000.

JÉZE, Gaston. L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir. *Revue du Droit Public*, 1911.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 77, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil? **A***&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 17, n. 69, jul./set. 2017.

LEAL, Fernando. *A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução*, 2020. No prelo.

MANSBRIDGE, Jane. Self-interest in political life. *Political Theory*, v. 18, n. 1, fev. 1990.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEILÁN GIL, José Luis. Delimitación conceptual del error material y de cuenta. *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 14, n. 53, abr./jun. 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1965.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SILVA, Mariana Batista da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, jul./ago. 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, n. 2, abr./jun. 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Paper n. 13-07, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. *Why nudge*? The politics of libertarian paternalism. Yale University Press, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 156, 2002.

STEPHENSON, Matthew C.; VERMEULE, Adrian. Chevron has only one step. *Virginia Law Review*, v. 95, 2009.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. *Northwestern University Law Review*, n. 109, 2015.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. Rationally arbitrary decisions in administrative law. *Journal of Legal Studies*, v. 44, n. 4, 2015.

WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZANOBINNI, Guido. A proposito dell'errore di fatto come vizio di annullamento degli atti ammistrativi. *Rivista di Diritto Púbblico e della administrazione in Italia*, 1927.