

ano 21 – n. 84 | abril/junho – 2021

Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i84

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2021 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução

The general clause of administrative mistake and the precautionary principle

Fernando Leal*

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
fernando.leal@fgv.br

Recebido/Received: 04.02.2021 / February 4th, 2021

Aprovado/Approved: 15.06.2021 / June 15th, 2021

Resumo: Neste trabalho argumenta-se que as recentes inclinações pragmáticas no direito administrativo criam desafios teóricos, dogmáticos, metodológicos e institucionais para o funcionamento do Estado administrativo. O reconhecimento de um espaço de acomodação do erro do administrador público e a sua possível compatibilidade com o dever de precaução é tema que passa por cada uma daquelas quatro dimensões. Colocá-los em equilíbrio requer a superação da associação entre precaução e proibição, na medida em que ela é anticientífica, conduz à onipotência de órgãos de controle e refratária ao erro.

Palavras-chave: Erro administrativo. Precaução. Controle de decisões administrativas. Conhecimento científico. Estado administrativo.

Abstract: In this paper it is claimed that the recent pragmatic turn in administrative law sets theoretical, doctrinal, methodological, and institutional challenges to the operation of the Administrative State. The acceptance of a general clause of administrative mistake and its possible compatibility with the precautionary principle is a topic that touches upon each of those four dimensions. In order to balance them, one must overcome the frequent association of precaution to a prohibition, as this link is unscientific, leads to an omnipotence of oversight bodies and rejects any possibility of error.

Keywords: Administrative mistake. Precautionary principle. Administrative review. Scientific knowledge. Administrative State.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* LEAL, Fernando. A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 109-146, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1535.

* Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha), com apoio do serviço alemão de intercâmbio acadêmico (DAAD). Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Realizou estágio pós-doutoral na condição de pesquisador visitante na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. *E-mail:* fernando.leal@fgv.br.

Sumário: 1 Introdução – **2** O espaço para a acomodação do erro do administrador público – **3** Definindo erros – **4** A precaução como possível problema – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução¹

As inclinações pragmáticas no direito público, que têm na reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovida pela Lei nº 13.655/18 o principal marco da sua positivação, sustentam-se essencialmente sobre quatro pilares. Do ponto de vista *teórico*, as transformações que se pretendem promover no direito brasileiro se inspiram no pragmatismo jurídico, que se apresenta como alternativa à complexidade, às abstrações e aos conceitualismos que marcam os excessos da constitucionalização do direito,² sobretudo das aproximações entre direito constitucional e direito administrativo que marcaram a primeira onda de transformações do direito administrativo no Brasil nas últimas décadas.³ A referência mais explícita aos tipos de problemas que decorrem de uma incorporação festiva do pensamento constitucional dominante no direito administrativo está no recurso pouco parcimonioso a princípios constitucionais vagos para a sustentação de decisões, o que tem produzido níveis elevados de insegurança jurídica nas esferas administrativa, controladora e judicial.⁴ No centro da apropriação pelo discurso jurídico desse antídoto pragmático está a preocupação com as *consequências práticas* das decisões,⁵ em pretensa substituição às tentações para se “julgar

¹ Ideias importantes deste trabalho foram divulgadas inicialmente em LEAL, Fernando. O direito ao erro do administrador público é compatível com o dever de precaução? *Jota*, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-direito-ao-erro-do-administrador-publico-e-compativel-com-o-dever-de-precaucao-17042020>. Acesso em: 30 abr. 2020.

² LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

³ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Os principais efeitos da constitucionalização do direito administrativo podem ser notados “na submissão da Administração aos direitos fundamentais, nas garantias de maior participação dos administrados nas decisões da Administração e na redução crescente do âmbito de atuação discricionária do administrador (v.g. a constitucionalização dos princípios da moralidade e da eficiência, bem como o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade)” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 57).

⁴ Tanto é assim que o art. 20 da LINDB faz referência explícita a “valores jurídicos abstratos”, quando dispõe: “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 3 jul. 2020).

⁵ Os pilares centrais do pragmatismo jurídico divulgado no país estariam no (i) antifundacionalismo, no (ii) contextualismo e no (iii) consequentialismo. V. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 53 e MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2.

nas nuvens”,⁶ recorrentes no trabalho com ideias como “moralidade”, “interesse público” e “razoabilidade”.

As alterações normativas produzidas por essas inclinações exigem, como segundo pilar fundamental, o desenvolvimento de uma *dogmática* capaz de permitir que a compreensão dos textos legais e da atividade jurisprudencial dedicada a interpretá-los prepare a decisão jurídica de maneira previsível e estável. Por meio deste trabalho, busca-se impedir que respostas para problemas práticos sejam construídas independentemente do material autoritativo do direito e a partir de esforços de concretização direta de empreendimentos teóricos ou referenciais vagos⁷ que permitem, no limite, que “juristas se comportem como constituintes permanentes”.⁸ Se a busca por uma “dogmática legitimadora” de um direito administrativo constitucionalizado⁹ promoveu (i) *releituras* de categorias tradicionais do direito administrativo, como legalidade e discricionariedade, a (ii) *revisão* de pilares estruturantes desse campo, como a ideia de uma supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e a (iii) *inclusão* no vocabulário de administrativistas de novas expressões, como “capacidades institucionais”,¹⁰ o avanço pragmático também passa a exigir o desenvolvimento de atividades semelhantes. Esforços dogmáticos se tornam, nesse quadro de mutações de alguns dos referenciais básicos para a compreensão da disciplina, essenciais para a superação de novos desafios, como os que envolvem, por exemplo: (i) a operacionalização de raciocínios consequencialistas no direito, (ii) a sua compatibilização com a segurança jurídica, princípio que inspira e acompanha essas mutações, (iii) o papel da participação da sociedade civil nos processos de formação de uma vontade administrativa sensível aos efeitos práticos de suas escolhas, (iv) a incorporação adequada do conhecimento científico em processos decisórios complexos, (v) os limites para a celebração de acordos e outras formas de negociação pela Administração Pública, (vi) a definição de parâmetros de controle de decisões administrativas preocupadas com a realidade e que se justificam sobre prognoses sobre como ela pode vir a se conformar e (vii) a própria convivência entre, de um lado, os legados positivos

ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31. Para uma apreciação crítica dessa caracterização, v. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 79.

⁷ A ausência de dogmática é um dos problemas da constitucionalização do direito. Sobre essa carência na constitucionalização do direito civil, v. LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. In: LEAL, Fernando (Org.). *Direito privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 87-142.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 52.

⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29.

¹⁰ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

da aproximação inevitável entre direito administrativo e direito constitucional e, de outro, a pretensão de reorientação pragmática da disciplina.

Do ponto de vista *metodológico*, a preocupação com as consequências aliada à necessidade de se levar a sério desafios fundamentais do Estado administrativo,¹¹ como a abertura *democrática* dos processos de formação, controle e crítica da vontade da Administração e a incorporação estável do *conhecimento* nesses processos, que impõe diálogos entre o direito e a ciência para a sustentação de prognoses sobre os impactos futuros de escolhas administrativas, exigem novas ferramentas para organizar e orientar a justificação de decisões. Nesse contexto, sem embargo da utilidade de outros mecanismos mais tradicionais para o desempenho dessas tarefas, como a proporcionalidade, a análise de impacto regulatório se apresenta como o candidato mais promissor.¹²

O quarto pilar, por fim, é de natureza *institucional*. A atuação de uma Administração mais preocupada com os efeitos práticos de suas decisões em uma realidade marcada pela pluralidade e pela complexidade exige um repensar da conformação interna de entidades da Administração e das suas relações com outras instituições, notadamente as de controle externo, em pelo menos dois sentidos. Internamente, coloca-se o desafio de ampliar as *capacidades institucionais* para permitir que gestores reais possam estar nas melhores condições possíveis, especialmente em termos informacionais, para decidir em contextos de incerteza. Externamente, as inclinações pragmáticas exigem novos parâmetros para se definir a intensidade do controle de escolhas administrativas, de modo que posturas mais deferentes ou mais incisivas sejam calibradas também em função dos limites da realidade, do estágio de evolução do conhecimento científico que informa a decisão administrativa, do reconhecimento de espaços de incerteza intransponíveis e da comparação entre as capacidades de instituições que podem atuar em espaços de sobreposição de competências.

Nesse contexto de desafios teóricos, dogmáticos, metodológicos e institucionais postos por esforços doutrinários e legislativos para conduzir o direito administrativo a um “giro pragmático”,¹³ este trabalho se coloca prioritariamente entre os três últimos. O problema que se pretende enfrentar pode ser resumido na pergunta: o

¹¹ VERMEULE, Adrian. The administrative state: law, democracy, and knowledge. *Harvard Public Law Working Paper*, Cambridge, n. 13-28, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329818. Acesso em: 6 nov. 2019.

¹² LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 312-348, 2019.

¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 51.

reconhecimento de uma *cláusula geral do erro administrativo*¹⁴ é compatível com o dever de precaução? A colocação da questão se justifica porque, ao mesmo tempo em que o art. 28 da LINDB¹⁵ garante espaços para a acomodação de erros de administradores sem que isso implique responsabilidade pessoal fora dos casos de *dolo* ou *erro grosseiro*,¹⁶ o chamado “princípio da precaução” pode se apresentar, dependendo da roupagem com a qual é apresentado, como barreira intransponível para a justificação de decisões cujos efeitos sejam capazes de afetar negativamente a saúde e o meio ambiente. Por esse motivo, parece clara a urgência em se harmonizar o recente comando legislativo com um parâmetro tradicional de controle.

Para enfrentar o problema, este trabalho se estrutura, além desta introdução, em outras duas partes. Na primeira, sustenta-se a existência de um espaço de acomodação do erro do administrador público com base no art. 28 da LINDB e em pressupostos pragmáticos, sobretudo a partir de limites estruturais de raciocínios consequencialistas. Na segunda, são explorados sentidos diferentes do dever de precaução e problematizadas versões fortes da norma, notadamente a que a aproxima de um dever de proibição. Além disso, são analisadas as leituras apresentadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso para a precaução em seus votos nas medidas cautelares na ADPF nº 669/DF e nas ADIs nºs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431, consideradas também problemáticas para que o direito possa acomodar erros de administradores em suas fronteiras, especialmente no contexto da pandemia da Covid-19. Ao final, defende-se que a compatibilização entre espaços legítimos ao erro administrativo e o dever de precaução como parâmetro de controle requer versões mais fracas desta norma, focadas em obrigações procedimentais, como a que impõe o ônus de busca pela melhor tecnologia disponível para a mensuração dos impactos de escolhas administrativas.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018).

¹⁵ A compreensão adequada do dispositivo legal certamente coloca desafios também dogmáticos preocupados com a sua operacionalização. Embora esse tema não seja enfrentado especificamente neste trabalho, é possível localizar esforços nesse sentido. V., por exemplo, DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. cap. 5.

¹⁶ “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 3 jul. 2020).

2 O espaço para a acomodação do erro do administrador público

A possibilidade de o direito acomodar erros é um problema tradicional. Na filosofia do direito, uma das maneiras mais comuns de se encarar as relações entre o erro e a natureza do direito está na investigação dos efeitos de decisões consideradas moralmente questionáveis de autoridades jurídicas sobre o seu próprio caráter jurídico. Em outras palavras, o que se discute é se o erro resultante de um defeito de uma norma ou decisão passível de ser aferido a partir de parâmetros morais conduz inevitavelmente à sua *invalidade*.¹⁷

A afirmação dessa possibilidade estaria vinculada a uma concepção jusnaturalista forte.¹⁸ Uma resposta diferente, no entanto, mesmo para autores não positivistas, passaria pelo reconhecimento tanto de que a busca pela decisão correta não é o único ideal que poderia ser reconduzido à natureza do direito como da possibilidade de tensão entre essa aspiração por correção e outros valores também moralmente importantes associados à positividade do direito e à sua necessidade para lidar com as deficiências da moralidade em um mundo não ideal, como a estabilidade, a previsibilidade e a certeza.¹⁹

No plano das inclinações pragmáticas no direito público, a possibilidade de o direito acomodar decisões erradas, no sentido de o erro não implicar nulidade da atuação administrativa ou possibilitar a responsabilização individual do gestor público,²⁰ torna-se um problema quando colocada, em primeiro lugar, diante de pressupostos e referenciais exigentes de legitimação da atuação administrativa, como: (i) uma concepção de legalidade atrelada de uma forma tal à supremacia e à indisponibilidade do interesse público que torna desvios do texto legal sempre reprováveis, (ii) a negação ou desconsideração de espaços de indeterminação do direito e de incerteza factual em processos reais de tomada de decisão jurídica, (iii) a plena racionalidade de agentes públicos para a justificação de decisões e

¹⁷ V., por exemplo, ALEXY, Robert. Effects of defects – Action or argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's Law as a moral judgment. *Ratio Juris*, v. 19, n. 2, p. 169-179, jun. 2006.

¹⁸ STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: MAIA, Antônio Cavalcant; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 400.

¹⁹ ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. 95, n. 2, p. 151-166, 2009. p. 158.

²⁰ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 71-75. Apesar de o uso da expressão restringir o âmbito de alcance do erro à figura do decisor, como bem destacam Gustavo Binenbojm e André Cyrino, ao dispor sobre atos decisórios e orientações, o art. 28 da LINDB abrange também as contribuições de técnicos e advogados públicos no exercício de sua atividade consultiva (v. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). p. 207-208).

(iv) a existência de uma relação de desconfiança entre o administrador público e a coletividade em razão de interesses assimétricos.²¹ Nessa concepção ao mesmo tempo excessivamente desconfiada do gestor público e idealizadora tanto dos potenciais do direito positivo para conduzir a atuação administrativa como das capacidades do administrador para fornecer razões completas para justificar as suas escolhas, o erro se torna um corpo estranho e, por isso, inaceitável. Além disso, em segundo lugar, o problema existe, assim como nos debates sobre a natureza do direito, quando se desconsidera que a busca pela melhor decisão pode entrar concretamente em conflito com outras aspirações que norteiam o agir da Administração na ordem jurídica brasileira, como a atenção ao dever de *eficiência*, que estimula a inovação e a gestão responsável de riscos (em lugar da sua absoluta rejeição – não mais do que um ideal inatingível).²²

O olhar pragmático sobre a atuação administrativa, no entanto, precisa abandonar esses pressupostos por sua incompatibilidade com pilares fundamentais do próprio pragmatismo filosófico a que recorrem os defensores daquele olhar:²³ o consequencialismo, o contextualismo e o antifundacionalismo.²⁴ Isso porque tornar processos decisórios sensíveis a *consequências* requer levar a sério que os efeitos de alternativas de decisão nem sempre são antecipáveis. O futuro nem sempre é certo e a assimetria necessária entre o futuro que imaginamos agora e o futuro que realmente se fará presente²⁵ coloca o erro como uma possibilidade a ser naturalizada, no sentido de a presença de divergência entre *prognóstico* – mesmo aquele amparado sobre o melhor conhecimento científico disponível – e *resultado* ser sempre uma possibilidade em raciocínios complexos orientados para o futuro (*i.e.*, aqueles em que as relações entre alternativas decisórias e consequências não se colocam de maneira *determinística*).²⁶ Essa necessidade de tolerância ao erro se torna indispensável em contextos decisórios marcados por risco ou incerteza

²¹ Para alguns desses problemas, v. DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 35-36.

²² BINENBOJM, Gustavo; DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público e a Covid-19 em contextos de emergência. *Consultor Jurídico*, 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniaodireito-erro-administrador-publico-covid-19>. Acesso em: 30 abr. 2020.

²³ Assim, BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 51 e ss.

²⁴ Para uma crítica a respeito da relação necessária entre pragmatismo filosófico e jurídico v. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176.

²⁵ LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. *Neue Hefte für Philosophie*, Göttingen, v. 20, p. 1-30, 1981. p. 6-7.

²⁶ PETERSON, Martin. *An introduction to decision theory*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 103; WALTON, Douglas. *Fundamentals of critical argumentation*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 311.

radical,²⁷ que não podem ser descartados por uma teoria pragmática do direito administrativo. Nessas situações, o conhecimento disponível nem sempre permitirá o desenvolvimento de prognoses infalíveis. Em algumas, o erro será, ele mesmo, *inevitável*, caso em que não fará sentido responsabilizar o administrador.²⁸

Ao mesmo tempo, buscar uma concepção de racionalidade *contextual* e *não fundacionalista* capaz de orientar processos decisórios reais requer considerar o que se pode esperar de decisores *também* reais. Nesse aspecto, dado que tomadores de decisão de “carne e osso” agem sob condições de *racionalidade limitada*, nem sempre será possível que a justificação de suas decisões se aproxime do ideal de um agente maximizador. Ao contrário do que modelos econômicos e jurídicos pressupõem, decisores reais possuem memória limitada, habilidades computacionais limitadas e cometem erros lógicos e matemáticos.²⁹ Reconhecer a racionalidade limitada não significa, porém, afirmar que agentes concretos são seres irracionais. “Pessoas tomando decisões pretendem agir racionalmente. O problema é que nem sempre são capazes de fazê-lo”.³⁰ E porque nem sempre conseguem fazê-lo é que a justificação do erro nas fronteiras do direito se torna um problema central de uma concepção pragmática de desenho e funcionamento do Estado administrativo.

De fato, o administrador público nem sempre decide sob condições de certeza a respeito dos efeitos que as suas escolhas produzirão na realidade ou é capaz de reunir as informações necessárias para privilegiar uma decisão ótima sem incorrer em custos muito altos ou mesmo proibitivos. Em cenários desse tipo, a urgência que justifica a adoção de medidas rápidas, como aquelas destinadas a lidar com

²⁷ A distinção é de Frank Knight (KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Boston/New York: The Riverside Press, 1921. p. 19-20). Para o autor, enquanto decisões sob condições de risco são aquelas cujas relações entre alternativas decisórias e consequências se colocam de maneira probabilística (o que torna a incerteza mensurável ou quantificável por meio da fixação de probabilidades de ocorrência de estados do mundo), decisões sob condições de incerteza (ou ignorância) são caracterizadas pela impossibilidade de atribuição de probabilidades aos estados do mundo associados às alternativas de decisão ou mesmo pela impossibilidade de conhecimento das próprias consequências vinculadas àquelas últimas.

²⁸ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 79.

²⁹ ADLER, Matthew D. Bounded rationality and legal scholarship. *Faculty Scholarship at Penn Law*, Pennsylvania, n. 196, 2008. p. 4. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/196. Acesso em: 8 maio 2018. Estudos cognitivos realizados na segunda metade do século passado inspirados no ataque geral de Herbert Simon (SIMON, Herbert A. *Theories of decision-making in economics and behavioral science*. *The American Economic Review*, Nashville, v. 49, n. 3, p. 253-283, jun. 1959), notadamente os conduzidos por Daniel Kahneman e Amos Tversky (v., para uma iniciação no assunto, KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. São Paulo: Objetiva, 2012. p. 524-539), revelaram como fatores intuitivos interferem nos nossos julgamentos. O conceito de racionalidade limitada se completa, assim, pela conclusão de que a observância de certos padrões de decisão baseados na experiência (as chamadas heurísticas) nos leva a cometer com alguma frequência erros cognitivos em casos particulares, produzindo vieses cognitivos. O mapeamento dessas heurísticas e de como elas influenciam processos de conhecimento e de decisão amplifica o argumento de que nós não somos seres completamente racionais nos termos pressupostos por modelos decisórios.

³⁰ JONES, Bryan D. Bounded rationality. *Annual Review of Political Science*, v. 2, p. 297-321, 1999. p. 298.

a pandemia da Covid-19, submete ao teste da realidade qualquer pretensão de que a atuação administrativa se desenvolva sem equívocos. Daí o reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, como bem argumentam Gustavo Binbenojm e Pedro Dionísio,³¹ do que se poderia equiparar a um *direito ao erro do administrador*.

Admitir espaços de tolerância ao erro, contudo, não significa assumir que qualquer escolha administrativa deve ser considerada definitivamente blindada contra juízos críticos, especialmente de controladores. Mas a simples possibilidade de controle não deve levar o gestor público à adoção de posturas permanentemente conservadoras ou, no limite, à inação por medo de assumir riscos. O controle excessivamente exigente, ao contrário do que pode parecer, inibe, como dito, a atuação eficiente da Administração, ao elevar radicalmente – mesmo como externalidades negativas da busca por níveis ideais de *accountability* – custos de decisão e de oportunidade sem que benefício proporcional seja obtido.³² Afinal, o medo de uma atividade de controle que pode sempre reprovar *ex post* decisões administrativas incentiva o gestor público a ser absolutamente avesso a inovar. Um ponto ótimo deve ser buscado entre controle e eficiência para o reconhecimento de legítimas margens de conformação administrativas.³³ Longe “desse sistema de equilíbrio”,³⁴ os excessos do controle “acabam por trazer maiores malefícios ao interesse público do que vantagens”.³⁵

Certos erros, notadamente os que decorrem da apreciação dos fatos necessários para informar uma decisão ou superar um problema de interpretação do direito, devem ser considerados toleráveis. Fora das hipóteses de atuação dolosa ou não diligente que leva a “erros grosseiros”, como dispõe o art. 28 da LINDB, o erro deve ser considerado parte do processo de tomada de decisões complexas. Aceitá-lo em algum grau, na verdade, funciona como condição de possibilidade para que a atividade de controle não termine por inibir a busca por soluções experimentais ou inovadoras pela Administração. Apenas em circunstâncias excepcionais, por isso, alega-se com razão, o gestor público poderá ser pessoalmente responsabilizado.³⁶ Nos demais casos, o reconhecimento de uma cláusula geral do erro deve conduzir,

³¹ BINENBOJM, Gustavo; DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público e a Covid-19 em contextos de emergência. *Consultor Jurídico*, 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³² DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 12.

³³ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.

³⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.

³⁵ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 13.

³⁶ BINENBOJM, Gustavo; DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público e a Covid-19 em contextos de emergência. *Consultor Jurídico*, 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>. Acesso em: 30 abr. 2020.

em regra, a maiores níveis de deferência, ainda que não absolutos, por parte de controladores.

3 Definindo erros

A convivência com erros não dolosos ou grosseiros inaptos para produzir responsabilização pessoal do gestor público depende, no entanto, de alguns parâmetros úteis para a identificação do erro ou de uma decisão errada. Afinal, quando uma decisão, fora dos espaços de agir doloso, pode ser considerada “errada” ou “grosseiramente errada”? A resposta para essa pergunta não é simples, por colocar sobre a mesa tanto (i) desafios epistêmicos relacionados ao trabalho com fatos e a sua relação com a verdade³⁷ como (ii) dificuldades mais profundas sobre a própria possibilidade de conceituação de divergências decorrentes de juízos de valor, recorrentes em processos de interpretação e aplicação do direito, como expressões autênticas de “erro”. Seu impacto prático, ao mesmo tempo, é evidente, já que a identificação do erro está diretamente relacionada à legitimidade da atuação de órgãos de controle de decisões administrativas.

Nas fronteiras do direito, poder-se-ia partir da afirmação de que o erro decorreria de uma *aplicação* errada de norma ou outra fonte de decisão jurídica. E a aplicação inadequada do direito, nesse sentido, pode decorrer de pelo menos quatro problemas: do *conhecimento do direito* aplicável; do *conhecimento dos fatos* que estão a exigir uma resposta jurídica; da *qualificação* de fatos a partir de normas jurídicas; e da *valoração* de elementos de fato e de direito diferentes e tensionantes que se apresentam em um caso. Neste último universo, parece ainda importante diferenciar problemas de valoração que envolvem o possível *desvio* de regra ou precedente claramente aplicável de dilemas para os quais o direito é capaz, à primeira vista, de sustentar respostas diferentes, mas que não envolvem a potencial derrotabilidade de regras ou a superação de precedentes. Esse seria o caso, por exemplo, de constatação de dois princípios em colisão. Em um plano mais geral, seria possível, portanto, reconduzir erros a problemas relacionados tanto a pressupostos de *fato* como a de *direito* para a justificação de uma decisão jurídica.

Em esforço de sistematização, Pedro Dionísio conceitua o erro administrativo como a “desconformidade não intencional entre a percepção do administrador público acerca dos motivos que basearam sua atuação e a realidade fática ou jurídica”.³⁸ Para o autor, o erro engloba, de um lado, a ignorância e o conhecimento imperfeito

³⁷ LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law*. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

³⁸ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 66.

da realidade atual ou preexistente – o chamado “erro de fato” – e, de outro, como espécies de “erro de direito”, o erro na *interpretação* da lei, na *aplicação* da lei e na *qualificação* jurídica dos fatos relevantes.³⁹ A definição se coloca como bom ponto de partida para o enfrentamento dos dilemas relacionados à caracterização do erro. Em especial, ela levanta quatro pontos para reflexão: (i) a viabilidade de acomodação de erros de prognose no universo do erro administrativo aceitável; (ii) a definição de uma referência objetiva para a definição de erro de direito; (iii) a possibilidade conceitual de caracterização e identificação do erro de direito; e (iv) a utilidade de uma concepção restritiva de erro.

3.1 Erros sobre o futuro

A definição de erro de fato proposta por Dionísio⁴⁰ parte de um descompasso entre as crenças do administrador sobre a realidade e esta tal qual se *apresenta* ou se *apresentava* efetivamente. O erro, portanto, decorreria da ignorância ou do conhecimento imperfeito de fatos *presentes* ou *pretéritos* que informam ou informaram uma decisão administrativa. Essas referências temporais, no entanto, não devem excluir a possibilidade de erro quando a tomada de decisão erguer a pretensão de se justificar sobre os efeitos que pode vir a produzir. Equívocos sobre projeções imperfeitas do *futuro*⁴¹ também não devem ser desprezados. Nesse âmbito, o que está em aberto é a possível caracterização de erros decorrentes de prognósticos como erros decisórios capazes de produzir efeitos jurídicos sobre o administrador.

O problema se coloca com especial importância em função da permeabilidade de decisões administrativas a raciocínios consequencialistas, incorporados pelas referidas inclinações pragmáticas que almejam reorientar a prática do direito público. Se, em raciocínios desse tipo, a decisão que se toma *agora* se justifica pelos efeitos que produzirá no *futuro*,⁴² a falsa percepção de uma realidade que ainda não se conhece pode levar o administrador a optar, no presente, pelo curso errado de decisão. Assim, se o erro de fato se define pela divergência entre a realidade e o que dela se imagina, não parece haver razão para excluir prognoses erradas do

³⁹ DIONÍSIO, Pedro de Holanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 67; 69.

⁴⁰ DIONÍSIO, Pedro de Holanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

⁴¹ DIONÍSIO, Pedro de Holanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 68.

⁴² WALTON, Douglas. *Fundamentals of critical argumentation*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 309.

conceito de erro de fato,⁴³ ainda que a força da assimetria entre o futuro projetado e o futuro real sugira que os parâmetros de controle devam ser mais *procedimentais*, preocupados com a aferição da *confiabilidade* dos prognósticos realizados ou incorporados pelo administrador em suas decisões, do que propriamente centrados no contraste entre fatos antecipados e fatos reais.

No entanto, exatamente porque o erro de prognóstico só se torna frequentemente perceptível *após* a decisão, torna-se especialmente relevante definir o que pode ser considerado erro *grosseiro* nesse universo, já que, nos termos da LINDB, ele autoriza a responsabilização pessoal do gestor público. Fora desses casos, a própria caracterização do erro já se torna problemática, uma vez que ele só passa a existir quando a ciência moderna, a fonte para a aferição da adequação do juízo *positivo* de qualquer raciocínio consequencialista (*i.e.*, aquele que diz respeito à justificação racional das relações entre alternativas decisórias e efeitos), constata-o.⁴⁴ No amplo espaço das incertezas que afetam raciocínios consequencialistas, exatamente porque a identificação do erro estava *indisponível* no momento decisório, “é questionável o valor dessa constatação *ex post* do ponto de vista da *definição* – e do controle da sua satisfação – dos critérios de racionalidade aplicáveis *ex ante* na análise dos atos em questão”.⁴⁵ Por isso, nas hipóteses de impossibilidade de verificação *ex ante* do erro, mesmo antes da promulgação do art. 28 da LINDB, já seria possível sustentar um menor rigor no controle de raciocínios orientados para o futuro, especialmente aqueles (i) incentivados pelo direito positivo ou mesmo (ii) exigidos por metodologias de decisão amplamente aceitas, como a análise de impacto regulatório e a proporcionalidade.⁴⁶ Como sustenta corretamente Luis Schuartz:⁴⁷

[p]aradoxalmente, quanto mais sofisticado e complexo vai ficando o conhecimento científico que orienta a avaliação *ex post*, mais problemática se torna a sua aptidão para servir de metro na avaliação *ex ante* da racionalidade instrumental dos atos avaliados. Salvo em casos de irracionalidade aparente, o juízo acerca da adequação entre decisões e objetivos e, com ele, o exercício da crítica consequencialista das primeiras devem ser *relaxados*.

⁴³ No mesmo sentido, BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). p. 214.

⁴⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. p. 136.

⁴⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. p. 136.

⁴⁶ LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 312-348, 2019. p. 319 ss.

⁴⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. p. 136-137.

No pequeno espaço que sobra para a defesa de *irracionalidade* no raciocínio consequencialista a partir de erros de prognósticos, parece fazer sentido, em um primeiro momento, limitar o erro *grosseiro* apenas aos casos em que a relação entre alternativa de decisão e consequência possa ser considerada *certa* com base no conhecimento científico disponível no momento da decisão administrativa. Nos casos de tomada de decisão sob condições de *risco*, *i.e.*, em que as relações entre alternativas de decisão e consequências são meramente prováveis, ainda que a incerteza possa ser estimada por meio da indicação de probabilidades de ocorrência de certos efeitos, o erro grosseiro poderia se configurar exclusivamente como produto de valoração equivocada de alternativas de decisão em razão da atribuição de probabilidades muito erradas sobre a ocorrência de certos efeitos. Suponha-se, por exemplo, que o administrador tenha que tomar uma decisão envolvendo a autorização para comercialização de determinado medicamento ao qual a ciência associe efeitos colaterais graves com elevada probabilidade (por exemplo, de 80%). Na hipótese, não há certeza sobre o estado do mundo relacionado à alternativa decisória, mas uma incerteza mensurável que indica alto potencial danoso a ela associada. Imagine-se, contudo, que, por falsa percepção da realidade, o gestor acredite que o risco de efeitos daquela natureza serem produzidos é irrisório (por exemplo, da ordem de 0,08%). Nessa situação, ainda que a relação entre a alternativa decisória e os efeitos perversos por ela passíveis de serem produzidos continue incerta, o erro na quantificação da incerteza que induz a decisão autorizativa poderia ser considerado grosseiro em razão da abissal distância entre os dois percentuais.

No caso de tomada de decisão sob condições de ignorância, em que são desconhecidos os efeitos de alternativas decisórias e/ou a probabilidade de sua ocorrência, o erro grosseiro parece fazer pouco sentido. Isso porque, nessas situações de incerteza radical, não é possível sequer conhecer o que não sabemos. Por esse motivo, o foco no resultado da escolha administrativa que só pode ser conhecido após a sua implementação parece, em princípio, descabido, ainda que a decisão que no futuro se mostre errada possa ser passível de controle mais intenso quando, como dito, houver desatenção a parâmetros procedimentais relacionados à reunião do maior número possível de informações confiáveis para sustentar como aceitável a prognose que embasou o juízo do gestor público. No caso mais extremo, a mera desconsideração de ônus de argumentação e de prova que exigem do administrador um mínimo esforço para reunir informações capazes de sustentar as suas projeções sobre os efeitos das alternativas decisórias que se lhe apresentam amplia radicalmente o espaço do controle justificável. Isso vale não só para a tomada de decisão sob condições de ignorância, mas também para situações de risco.

Referenciais procedimentais úteis para guiar a superação daqueles ônus são, por exemplo, os que exigem (i) a realização de consultas ou audiências públicas,

(ii) a reunião de fontes científicas capazes de atestar a ignorância sobre as consequências dos possíveis cursos de ação envolvidos em um problema concreto de decisão e (iii) a deferência à posição de especialistas na formação da vontade administrativa. Excluídas essas situações, em que o controle intenso se justificaria não pelo erro sobre fatos, mas pela inobservância de certos deveres procedimentais (um caso de erro de direito relacionado às condições de obtenção de fatos), o erro grosseiro sobre o futuro se limitaria somente (i) à desconsideração de relações causais amplamente conhecidas (que, de acordo com a ciência, futuramente se confirmarão), (ii) à assunção de causalidade em relações que, de acordo com o conhecimento técnico disponível no momento da decisão, são insustentáveis e, por isso, posteriormente não se verificam ou (iii) à atribuição de probabilidades muito distantes das indicadas pela ciência para a estimativa de riscos.⁴⁸ Em qualquer hipótese de erro de fato decorrente de prognósticos equivocados, no entanto, parecem aplicáveis os arts. 22 da LINDB⁴⁹ e 3º, §2º, e 4º, §1º, do Decreto nº 9.830/19,⁵⁰ que impedem a desconsideração das limitações ordinárias da atuação administrativa. Essas disposições são cruciais para que as justificações consequencialistas não sejam encaradas por controladores, do ponto de vista epistêmico, como excessivamente exigentes e, assim, aptas a ampliar o espaço para a caracterização de uma decisão administrativa como errada.⁵¹ A afirmação

⁴⁸ Sem embargo do exposto, a inobservância de deveres procedimentais constitui erro de direito quando a conduta do gestor se sustenta sobre um desvio da legalidade. Nessa hipótese, em que o gestor público descumpra comando legal que define certos passos preparatórios para a decisão como necessários, o erro de direito ensejaria erro grosseiro apto a gerar responsabilização pessoal do administrador. V. 3.2, *infra*.

⁴⁹ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 3 jul. 2020).

⁵⁰ “Art. 3º [...] §2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. [...] Art. 4º [...] §1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação” (BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos arts. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, 10 jun. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 3 jul. 2020).

⁵¹ No caso específico das medidas adotadas para lidar com efeitos da pandemia da Covid-19, a MP nº 966, de 13.5.2020, estabelece parâmetros específicos para a responsabilização de agentes públicos. Em texto mais detalhado do que o da LINDB, a MP estabelece a responsabilidade do gestor público nas esferas civil e administrativa quando esses agirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de combate e enfrentamento da pandemia, ou se omitirem diante deles. O seu art. 2º define 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” (BRASIL. *Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Brasília, 13 maio 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.

de espaços legítimos de acomodação de erros de prognose pressupõe deferência, ainda que *prima facie*, a escolhas administrativas.

3.2 Legalidade, textualismo e precedentes

Em relação aos erros de direito, o referencial básico para a sua aferição é o desvio da legalidade. Erros dessa espécie estariam configurados nas hipóteses de (i) equívoco na interpretação de determinado texto, (ii) descarte de norma aplicável ou aplicação de norma que não deveria incidir e (iii) erro no enquadramento dos fatos conhecidos no âmbito de incidência da norma que se aplica.⁵² Nos três casos, o *texto* legal é elemento decisivo para a justificação do erro. E não há razão especial para que, em princípio, não seja assim.

A restrição sem dúvida pressupõe – e, penso, só se justifica sobre – uma teoria *cognitivista*, ainda que parcialmente, da linguagem.⁵³ No fundo, o que está por trás da estreita relação entre legalidade e textualismo que se estabelece é a possibilidade de conhecimento dos significados comunicados por meio das palavras que compõem o texto legal sem a necessidade de esforço interpretativo. Isso porque, como será explorado adiante,⁵⁴ a presença de divergência sobre o sentido do que a lei prescreve – seja por vagueza ou ambiguidade de palavras ou expressões do texto, seja pela interação que se entende necessária entre o texto e métodos de interpretação ou outros elementos normativos (notadamente princípios) para se determinar o alcance ou até a invalidade da prescrição – torna difícil a identificação e a própria caracterização *ex ante* do erro. Afinal, se o que o direito exige do gestor público é, no momento da decisão, incerto, visto que o texto é indeterminado ou de alcance questionável quando confrontado com outros textos, normas ou fontes de interpretação – caso, por exemplo, da “vontade legislativa” –, como é possível sustentar a presença de erro antes de a indeterminação ser superada e estabilizada por ato de autoridade competente para enfrentá-la?

O desvio do sentido literal claro para fins de aplicação ou qualificação de fatos seria, assim, o primeiro indício de erro de direito – no caso, de erro *grosseiro* – a partir de um referencial que se assume minimamente incontroverso. Isso, obviamente,

htm. Acesso em: 3 jul. 2020). O art. 3º, por fim, fixa diretrizes para a aferição do erro convergentes com as indicadas nos arts. 3º e 4º do Decreto nº 9.830/19.

⁵² DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 69-70.

⁵³ Guastini agrupa as posições a respeito das relações entre interpretação e sentido em três grandes grupos: as teorias cognitivistas, as teorias céticas (que vinculam a atividade de interpretação a atos de valoração e decisão) e as teorias intermediárias, que reconhecem que a atividade interpretativa pode envolver conhecimento e construção. V. GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 139-144.

⁵⁴ V. 3.3, *infra*.

não significa desconsiderar que mesmo regras claras podem ser justificadamente *derrotadas*. Mas o desvio do sentido literal do texto legal exige a superação de ônus especiais de argumentação. Quando eles são enfrentados, a configuração do erro grosseiro perde a sua força. Quando não é esse o caso e se evidencia que o desvio do sentido literal das palavras que compõem o texto legal se deu por ação desidiosa que levou o administrador a acreditar que a lei “dizia” outra coisa, o erro grosseiro se configura.

A restrição ao texto para a aferição de erro de direito, no entanto, pode ser problemática para lidar com um tipo específico de problema: aquele que envolve o desvio de um precedente aplicável. Nesse caso, como antecipado, divergência interpretativa já foi superada por ato decisório conhecido de autoridades de controle (interno ou externo) que fixa a validade ou o sentido da norma que o gestor público pretende aplicar em situação semelhante, a tal ponto em que a distinção entre os casos se mostra altamente questionável. Por isso, além da clareza do texto legal, o conteúdo de orientações administrativas, quando vinculantes, e, especialmente, de *precedentes* de tribunais de contas e instâncias superiores do Poder Judiciário, ressalvado os casos de decisão não definitiva ou de concorrência com outras manifestações em sentidos divergentes, também deveria impor elevados ônus de argumentação ao gestor que deles almeja se desviar e o correspondente risco de ter sua decisão posteriormente revista com base na alegação de erro grosseiro.

Isso não significa, é certo, a eliminação de espaços para a *distinção* do precedente aplicável quando o que está em jogo é a aplicação de decisão passada a caso atual em razão de semelhanças entre situações específicas. Mas a justificação deve ser cuidadosa para mostrar a plausibilidade do desvio – e, de certa forma, o administrador assume um risco. Fora dessa hipótese, a desatenção não justificada ou a simples desconsideração de precedentes conhecidos também deveria, portanto, ser incluída entre os parâmetros para a identificação do erro – especialmente do erro *grosseiro*. Isso porque o erro *grosseiro* de direito parece pressupor algum referencial objetivo para a sua verificação. Uma relação entre erro e objetividade, nesse sentido, estabelece-se como necessária, já que a atribuição do predicado “grosseiro” depende da possibilidade de se conhecê-lo inquestionavelmente. Por isso, o erro grosseiro de direito deveria estar vinculado ou ao conhecimento não controverso das prescrições jurídicas (o que pressupõe, como dito, uma teoria cognitivista da linguagem) ou a *fatos* sobre o sentido do direito determinado por decisões autoritativas, como aqueles associados ao conhecimento de precedentes. À luz desses pressupostos, o erro grosseiro pode ser definido em função da divergência evidente entre, de um lado, o sentido atribuído pelo gestor público a determinado dispositivo ou precedente e, de outro: (i) o sentido literal das palavras que compõem o texto na ausência de razão jurídica que afete a compreensão, a derrotabilidade ou a validade da norma que dele se extrai; (ii) o sentido estabilizado

do texto legal por decisão de autoridade jurídica competente para determinar o seu significado (por exemplo, a interpretação conforme a Constituição de determinado dispositivo realizada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal); ou (iii) a decisão já tomada por órgão de controle competente (interno ou externo) para caso claramente semelhante ao enfrentado pelo administrador sem que este apresente qualquer justificativa para a distinção das situações.

3.3 É possível chamar de erro o equívoco não grosseiro na interpretação e na aplicação do direito?

Apesar dos esforços de sistematização das instâncias de erros de fato e de direito, ainda há pouca clareza a respeito da natureza do que se possa chamar de uma decisão errada e de quando o erro deve ser aferido. Até aqui, o erro foi definido como uma disparidade entre a realidade imaginada pelo administrador e o que Dionísio⁵⁵ chamou de “realidade fática ou jurídica”. Partindo da associação entre erro grosseiro e objetividade, essa disparidade diz respeito ao conhecimento sobre fatos, o sentido de textos ou a resposta que o direito deve dar a caso claramente semelhante. Fora desse universo, porém, o que poderia ser considerado apenas “erro”?

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 da 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 candidatas concorrentes. Essas são disputas *normativas* que opõem dilemas sobre formas de raciocínio, a construção de argumentos, objetivos da atividade interpretativa, referenciais para desenvolvê-la e, no limite, até mesmo concepções sobre a natureza do direito. Elas se localizam em um metanível no qual está em jogo a seleção daquela que possa ser considerada a *melhor* teoria, segundo critérios diferentes e nem sempre unívocos, para conduzir processos reais de tomada de decisão jurídica. Se, por exemplo, para um dworkiniano, o recurso a argumentos pragmáticos para sustentar uma decisão judicial é um problema, o apelo etéreo à integridade soa como fórmula misteriosa para um pragmático declarado. Da mesma forma, o desenvolvimento de uma interpretação sistemática pode fazer pouco sentido para aquele que privilegia a vontade do legislador, assim como a interpretação histórica pode ser encarada como problemática por defensores fiéis de esforços constantes de harmonização sistemática para a superação de

⁵⁵ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

divergências sobre o sentido do direito. Em debates desse tipo, o erro é muito mais produto da preferência por uma teoria ou metodologia de decisão em um universo de discordância (i) entre vários pressupostos sobre os quais as recomendações práticas de cada alternativa possível se sustentam e (ii) sobre os critérios empregados para justificar a prioridade de uma concepção sobre a outra do que propriamente (iii) algo que possa ser necessariamente sustentado *fora* de qualquer das opções teóricas e das crenças do seu defensor. Para cada lado, as soluções ou o caminho para justificá-las apresentados pelo outro podem ser considerados “errados”. E, para um terceiro olhar, nada impede que o erro possa até ser atribuído aos dois. No fundo, a determinação do erro nesse nível de divergência acaba por depender do endosso de uma perspectiva normativa sobre a interpretação e a aplicação do direito e dos seus pressupostos.

O erro, nesse quadro, é uma função do endosso de uma concepção decisória que o define, o que torna qualquer esforço de justificação de sua existência *fatalmente circular*.⁵⁶ E aí está a dificuldade conceitual para a caracterização como erro de direito – ampliada radialmente para a definição do erro *grosseiro* de direito – daquele resultante de divergência teórica ou metodológica sobre como se deve interpretar ou decidir. Se a definição de erro de direito depende de algum referencial que defina o que significa “decidir corretamente”, “interpretar corretamente” ou “aplicar corretamente o direito”, parece difícil sustentá-lo com algum grau de objetividade quando, em um ambiente plural, as concepções teóricas e metodológicas para a definição de “erro” podem ser diferentes e levar a resultados excludentes quando aplicadas a um mesmo problema jurídico.⁵⁷ Nesse universo de concorrência entre tantas alternativas razoáveis, o que se possa identificar como consensos mínimos capazes de unir partidários de diferentes visões normativas sobre como interpretar e aplicar o direito torna-se útil, no máximo, para a definição do erro grosseiro.

⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-670, 1999. p. 666.

⁵⁷ Como a seleção de teorias normativas passa por juízos de valor sobre a sua aptidão para conduzir adequadamente processos reais de justificação jurídica à luz dos seus pressupostos, a definição de uma “teoria correta” se torna altamente contestável. Como diz Schuartz, “[e]videntemente, as divergências relativas a valores também podem ser discutidas de maneira racional, com algum dos participantes sendo racionalmente convencido a adotar as preferências expressadas por outros. Mas a possibilidade de sucesso no convencimento dos demais não significa que ao menos um dos participantes esteja equivocado na presença de opiniões divergentes. Dentro de limites bastante largos, dissensos quanto a valores não são tratados normativamente como problemáticos. Pelo contrário, eles são vistos cada vez mais frequentemente como dados estruturalmente inseparáveis dos processos de formação da vontade política e produção das normas do direito positivo na sociedade moderna. Como resultado desse movimento histórico de evolução sociocultural, as críticas incidentes sobre as valorações inerentes aos juízos consequencialistas têm o seu alcance determinado por critérios de adequação indexados às preferências éticas do autor da crítica, e o seu sucesso condicionado à existência de intersecção não vazia entre tais preferências e as do auditório ou do responsável pela decisão criticada” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. p. 132-133).

Os impactos práticos dessa conclusão são evidentes. Pode um órgão de controle definir como erro do administrador – a ponto de justificar a sua responsabilidade pessoal – uma decisão que se sustenta sobre teoria ou método diversos daqueles que o controlador considera os melhores para orientar a decisão do gestor público e que, se aplicados no mesmo contexto, levariam a resultado diferente do privilegiado? Se, como alerta Cass Sunstein,⁵⁸ “[t]alvez os erros não possam ser identificados antes que a teoria da interpretação já tenha sido escolhida”, a resposta deve ser negativa. Rotular uma decisão como “errada” pelo recurso a uma teoria interpretativa da qual se diverge é mais um ato de crítica à própria teoria do que ao resultado, em si, da sua aplicação em concreto, já que a decisão é só o produto da escolha das ferramentas que orientaram a ação do administrador público. A resposta errada é, em outras palavras, consequência da seleção, *do ponto de vista do crítico*, da *teoria errada*. E, se no plano da ciência jurídica, não há “teoria normativa errada” (só, provavelmente, apenas teoria normativa *grosseiramente errada*),⁵⁹ parece fazer pouco sentido aplicar ao resultado da sua aplicação o mesmo epíteto.⁶⁰

3.4 Em defesa de uma concepção restritiva de erro

Fugir dos problemas institucionais e efeitos colaterais do excesso potencial de controle de escolhas administrativas requer definições mais restritivas de erro e

⁵⁸ SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-670, 1999. p. 666.

⁵⁹ Esse seria o caso, por exemplo, de defesa de uma teoria construída sobre pressupostos não plausíveis sobre a natureza do direito, conceitualmente incompatível com o núcleo conceitual do Estado de direito ou que viola os princípios fundamentais que sustentam uma ordem constitucional determinada. Reconhece-se sem embargo que essa, em si, é também uma proposta normativa, ainda que apele para parâmetros que considero amplamente compartilhados – e, portanto, não problemáticos – para a construção de teorias normativas sobre a interpretação e a aplicação do direito.

⁶⁰ Em tese, uma exceção a essa conclusão poderia envolver o manejo manifestamente equivocado de uma teoria ou método de decisão. Há, no entanto dificuldades práticas para a definição da referência adequada para o desenvolvimento da crítica, especialmente quando está em jogo a aplicação de complexa teoria normativa da decisão para a solução de determinado caso. Tome-se, por exemplo, o conjunto de recomendações da concepção de direito como integridade, de Ronald Dworkin. Como definir o erro, mesmo de decisores engajados em esforços de interpretação construtiva? Além disso, seria possível sempre objetar o possível caráter autoritativo da teoria aplicada e, assim, o seu poder de efetivamente vincular tomadores reais de decisão nos termos desenvolvidos pelos seus divulgadores. O exemplo evidente neste caso seria o recurso meramente nominal ou sem a aplicação dos passos detalhados exigidos pelo exame de proporcionalidade, usado com frequência para a crítica, por exemplo, à qualidade da justificação desenvolvida pelo STF para a solução de casos concretos que envolvam princípios jurídicos em colisão (v., nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002). A persistência e a adequação da crítica, no caso, ainda impedem que ministros da corte ou outros decisores considerem “errada” a decisão que simplesmente evoca ou não aplique, do ponto de vista de diversas teorias normativas (v., por exemplo, ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009), “corretamente” o exame de proporcionalidade.

de erro grosseiro. Nesse sentido, defende-se, como Larry Laudan,⁶¹ o uso do termo “erro” em sentidos mais estritamente lógicos e epistêmicos. No primeiro caso, o erro existe quando for possível atribuir a uma decisão administrativa o predicado “falsa”. No segundo, a aferição do erro está associada ao *conhecimento* sobre o que é verdadeiro ou falso. Esse último é, sem dúvida, um terreno pantanoso. Tentar escapar das suas dificuldades, como visto, levou-nos a relacionar o conceito de erro (i) ao desvio não justificado (ou justificável) dos sentidos literais mais estáveis de textos e (ii) a fatos ou ao conhecimento de fatos sobre o direito. Por isso, a caracterização do erro de direito deveria se limitar a fatos sobre as convenções que permitem a identificação do sentido das palavras em torno das quais o texto legal (em sentido amplo) é construído⁶² ou a fatos sobre a validade ou o sentido do direito aplicável a determinado problema. A revogação de uma lei ou a decisão do STF que fixa a interpretação conforme a Constituição de determinado texto legal seriam exemplos de fatos que exemplificam os dois últimos parâmetros.

Como se nota, o conceito de erro de direito, para evitar os problemas das disputas normativas a respeito da preferência de teorias interpretativas ou metodologias de aplicação do direito, acaba por se aproximar fundamentalmente do erro de fato, cuja existência também estaria vinculada à discrepância entre a realidade e afirmações ao seu respeito. Assim, a divergência teórica, a valoração distinta das expectativas das partes de provas concorrentes apresentadas em um processo, o não recurso a mecanismos procedimentais para a superação de divergências factuais ou a desatenção a regras de distribuição de ônus de prova ou *standards* de prova (salvo quando expressamente fixados em lei ou precedente vinculante) não ensejariam propriamente erros no sentido apresentado. A principal vantagem da redução proposta estaria na possibilidade, em algum nível, de *falsificação* de afirmações sobre a realidade atual ou, no caso de argumentos consequencialistas, sobre como a realidade pode ser alterada no futuro.⁶³

⁶¹ LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law*. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 10.

⁶² Toma-se o textualismo como referencial consensual básico, ainda que não absoluto, para o respeito à legalidade, nos moldes de um acordo incompletamente teorizado entre diferentes concepções sobre o referido princípio. A busca por um acordo desse tipo mostra-se, para Cass Sunstein e Adrian Vermeule, promissor caminho para a superação parcial das disputas normativas sobre diferentes teorias interpretativas e, assim, tornar mais claras variáveis institucionais para a preferência por determinada concepção na realidade. V. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 915-917.

⁶³ Argumento dessa natureza foi defendido por José Vicente Santos de Mendonça para sustentar a preferência de raciocínios consequencialistas, mesmo baseados em intuições, nas incertezas típicas de juízos de valor que norteiam a concretização e a ponderação de princípios constitucionais. V. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequencialismo. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 413, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/em-defesa-do-consequencialismo>. Acesso em: 3 maio 2020. Para um enfraquecimento da tese, sem negá-la, v. LEAL, Fernando. Consequencialismo, principialismo e deferência: limpando o

A utilidade da adoção de um critério epistêmico e lógico de erro se completa, ainda, por um referencial temporal: a aferição do erro, de fato ou de direito, deve ser feita com base no *conhecimento disponível ao decisor no momento da tomada de decisão*. Errada, assim, é a decisão que pressupõe determinada conformação da realidade que pode ser considerada falsa já no instante em que ela é tomada. Por esse motivo, a decisão errada é aquela que não teria sido tomada se o decisor tivesse acesso às informações corretas sobre os fatos do caso ou o direito aplicável ao problema que já estavam disponíveis quando ele foi chamado a decidir. Isso vale para erros de fato e para erros de direito. Assim, ainda que objetivamente exista uma disparidade entre a realidade imaginada no momento da decisão e a realidade que só é revelada no futuro, a impossibilidade de comprová-la, seja em absoluto, seja dentro das limitações de racionalidade próprias de um gestor diligente, não pode ensejar erro do administrador capaz de levar à sua responsabilização pessoal. Nesses casos, o que se pode questionar é a justificativa para a eventual assunção de riscos em contextos decisórios em que a incerteza é evidente, algo que desloca o sentido do erro para a observância de critérios conhecidos, caso existam, para a tomada de decisão com base em conhecimento que se sabe imperfeito. Uma coisa é, por exemplo, o gestor público fundamentar sua decisão com base em interpretação de texto legal já definida pelo pleno do STF como incompatível com a Constituição. Outra é decidir assumindo determinado sentido de um texto legal ciente de que o Supremo em breve decidirá sobre o assunto. No primeiro caso, há de se falar em erro (grosseiro) de direito; no segundo, mesmo que o tribunal, no futuro, opte por privilegiar o sentido oposto ao eleito pelo administrador para embasar a sua decisão, se o fato institucional que leva ao trânsito em julgado de interpretação conforme à Constituição do dispositivo não era passível de ser conhecido no momento da escolha administrativa, não é possível, de acordo com a concepção defendida, rotular a decisão como errada para fins de responsabilização pessoal do gestor.

A principal implicação dos parâmetros restritivos para a identificação do erro administrativo – especialmente daquele apto a sustentar a responsabilidade pessoal do agente público – está na eliminação da possibilidade de simples erro de direito.⁶⁴ O eventual embasamento decisório em informações sobre o sentido do

terreno. *Jota*, 1º out. 2018. Disponível em: www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principalismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acesso em: 3 maio 2020.

⁶⁴ A limitação proposta não exclui necessariamente sentidos mais amplos para o que se possa considerar erro de direito para fins de anulação ou revisão de atos administrativos. A preferência por uma concepção restritiva de erro se justifica, pelas razões expostas, no contexto de discussão sobre os espaços justificáveis de imposição de sanções pessoais ao gestor público em função de decisões que possam ser consideradas erradas por controladores. Essa é uma discussão que não necessariamente se confunde com o debate sobre os espaços de controle para a definição dos destinos dos próprios atos decorrentes daquelas decisões (a declaração da sua nulidade, por exemplo), mais permeável à ampliação do conceito

direito aplicável em plena dissonância com fatos sobre esse sentido no momento em que a decisão foi tomada, incluindo fatos sobre deveres procedimentais a serem observados para determiná-lo, enseja, excetuado o caso de dolo, apenas erro *grosseiro*. Em curtas palavras, defende-se só existir erro de direito grosseiro no sentido restrito apresentado para fins de responsabilização pessoal do gestor público. Fora dessa hipótese, como é questionável a possibilidade de definição do erro de direito sem o suporte de uma teoria normativa sobre a decisão jurídica, parece melhor simplesmente retirar os casos de divergência teórica ou metodológica do conceito de erro. O erro de direito, portanto, para ser erro, deve ser sempre grosseiro.⁶⁵

A vantagem da equiparação do erro de direito ao erro grosseiro de direito é a possível superação de discussões a respeito (i) da vagueza dos parâmetros para a identificação do erro e (ii) da inconstitucionalidade que a exclusão da responsabilidade do gestor público poderia gerar para o exercício do direito de a Administração buscar o regresso em ação a ser movida em face do administrador que, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal,⁶⁶ age com dolo ou culpa.⁶⁷ Se, fora do erro grosseiro, que já permite, nos termos do art. 28 da LINDB, a responsabilização pessoal do agente público, não há erro, o reconhecimento de um espaço jurídico de acomodação do erro do gestor público não produz tensões com o aludido dispositivo constitucional, ao não restringir “indevidamente o paradigma de responsabilização na relação agente-Estado”.⁶⁸ Com isso, só há espaço para a diferenciação entre o

de erro de direito para a melhor defesa do interesse público, da juridicidade e da proteção da confiança dos administrados.

⁶⁵ Agradeço a Gustavo Binenbojm pela sugestão de formulação do argumento.

⁶⁶ “Art. 37. [...] §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 8 jan. 2020).

⁶⁷ Esses são os principais fundamentos da ADI nº 6.421, movida pela Rede Sustentabilidade, em favor da declaração de inconstitucionalidade da MP nº 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19 (REDE SUSTENTABILIDADE. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (com pedido de medida cautelar)*. Brasília-DF: Congresso Nacional/Supremo Tribunal Federal, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/peticao-solidariedade-adi-mp-966.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020).

⁶⁸ REDE SUSTENTABILIDADE. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (com pedido de medida cautelar)*. Brasília-DF: Congresso Nacional/Supremo Tribunal Federal, 14 maio 2020. p. 11. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/peticao-solidariedade-adi-mp-966.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020. Mesmo que se considere o argumento apresentado insuficiente, seria possível rechaçar o argumento de inconstitucionalidade mesmo reconhecendo a figura do erro não grosseiro de direito. V., nesse sentido, BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 215-218. Para os autores, não há oposição entre os conceitos de erro e culpa. Além disso, a disposição da LINDB preenche espaço de conformação legislativa fixada pela Constituição, que não definiu o que se entende por “culpa” para fins de responsabilização do agente público.

erro grosseiro do que se possa chamar de erro quando questões de *fato* estiverem em jogo, mesmo que, reforça-se, sejam fatos sobre o sentido do direito.⁶⁹

4 A precaução como possível problema

O reconhecimento de uma cláusula geral do erro do administrador, mesmo em sentido restritivo, encontra desafios práticos quando se tenta harmonizá-lo com determinados parâmetros tradicionais de controle. A crítica baseada em soluções ideais, com o consequente descarte de decisões do tipo *second-best*,⁷⁰ e o recurso a princípios vagos de compreensão rígida são os principais adversários do tipo de pragmatismo que inspirou as recentes reformas no direito público brasileiro e que justifica a existência de espaços de tolerância ao equívoco no agir administrativo.

Nesse quadro de tensões, especial atenção deve ser dada ao papel da precaução como mecanismo de controle. Isso porque a defesa da existência de uma cláusula geral do erro administrativo encontra limites severos quando confrontada com uma compreensão do dever de precaução que o equipara a um dever de *proibição*. Nessa versão, a precaução impede a implementação de quaisquer medidas que possam trazer algum risco para a saúde ou o meio ambiente. Aparte qualquer vantagem associada a essa leitura, há um problema claro: se em vez de a norma implicar um dever de *administrar* riscos, ela impuser uma proibição de *correr* riscos quando pelo menos um daqueles direitos estiver em jogo, sobra pouco espaço para medidas específicas passarem por teste tão rigoroso. Em cenários em que a ciência ainda tem pouco a dizer sobre determinados temas que afetam objetivos constitucionais importantes, como os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente, o que a precaução, afinal, permite? Para os debates enfrentados neste trabalho, a pergunta decisiva se torna: o que, sob lentes tão exigentes, não pode ser considerado erro grosseiro?

⁶⁹ Ademais, é preciso considerar o reconhecimento de margens de conformação legislativas para que a lei possa concretizar o comando constitucional. A LINDB, nesse aspecto, antes de ser encarada como uma afronta ao comando constitucional, pode ser vista como um esforço de densificação do art. 37, §6º, em face de outros objetivos legítimos perseguidos. Note-se, nesse contexto, que a Lei Complementar nº 35/79 (a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman) exclui, em seu art. 41, a possibilidade de responsabilização do magistrado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, excetuados os casos de impropriedade ou excesso de linguagem (BRASIL. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, 14 mar. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 8 jan. 2020). A Loman, inclusive, pode ser considerada lei especial em relação à LINDB, criando exceções à regra do art. 28.

⁷⁰ VERMEULE, Adrian. Three strategies of interpretation. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 42, p. 607-628, 2005.

4.1 Precaução como proibição?

Debates sobre o sentido do dever de precaução problematizam o seu real alcance. Mesmo que a precaução não seja um princípio jurídico –⁷¹ na medida em que a ela não se pode vincular um estado de coisas independente –, mas uma *metarregra* aplicável para lidar com problemas de decisão sob condições de incerteza, marcados pela impossibilidade de a ciência determinar ou indicar a probabilidade de ocorrência de possíveis danos que medidas específicas podem produzir para a saúde ou o meio ambiente (esses, sim, os princípios restringidos),⁷² não é claro o que ela efetivamente prescreve.⁷³ Em outros meios, apesar do seu inegável caráter simbólico para a devida proteção de direitos fundamentais, é incerto o que o dever de precaução exige de tomadores reais de decisão e como se deve implementá-lo.⁷⁴

Comumente, seguir o dever de precaução se concretiza por meio de diretrizes vagas, como “evite passos que possam criar risco de dano”.⁷⁵ Essa amplitude possibilita que diferentes prescrições estejam a ele associadas. No caso brasileiro, a identificação de um sentido preciso vinculado ao dever de precaução não é simples, especialmente pelo apelo frequentemente retórico e meramente nominal

⁷¹ No RE nº 627.189/SP, por exemplo, o Supremo aproxima a precaução de uma metarregra de decisão, ao defini-la, conforme item 2 da ementa, como “*um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 627.189/São Paulo*. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes. Recorrente: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A. Recorrido: Sociedade Amigos do Bairro City Boacava e Outro (A/S) e Pedro Roxo Nobre Franciosi. Rel. Min. Dias Toffoli, 8 jun. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em: 3 jul. 2020. Grifos nossos).

⁷² LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição? *Jota*, 13 jun. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>. Acesso em: 8 maio 2018.

⁷³ Para um desenvolvimento mais profundo do argumento v. FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. *Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica*. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. p. 75 e ss. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27338/DISSERTACAO%20FGV_Julia%20Massadas%20Romeiro%20Fraga.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁷⁴ JORDAN, Andrew; O’RIORDAN, Timothy. The precautionary principle in U.K. environmental law and policy. *Centre for Social and Economic Research on the Global Environment*, Londres, working paper GEC 94-11, p. 1-35, 1994. p. 3.

⁷⁵ SUNSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 151, n. 3, p. 1003-1058, 2003. p. 1003.

ao “princípio da precaução”. Paulo de Bessa Antunes⁷⁶ se refere a uma aplicação “aleatória” e “panfletária” da norma, “dado que se tem constatado uma hipertrofia na utilização dos princípios no direito brasileiro, com o estabelecimento de um ambiente regulatório muito inseguro e, portanto, imprevisível”. Na mesma linha, Júlia Fraga,⁷⁷ após analisar 124 decisões do STF,⁷⁸ conclui:

apesar de iniciativas pontuais e dos próprios parâmetros definidos por maioria no RE 627.189/SP (com repercussão geral), o STF de um modo geral parece ainda aplicar o PP como um princípio mais genérico e sem extrair dele um direcionamento específico sobre como se deve agir diante de incertezas científicas. Análise essa que acaba ocorrendo de modo casuístico, o que ocasiona as diversas inconsistências em sua aplicação pelo tribunal.⁷⁹

Em esforço analítico e compreensivo destinado a identificar os deveres associados à precaução, Richard Stewart⁸⁰ tenta agrupar as suas diferentes versões em quatro grandes categorias, que incluem versões mais fortes ou mais fracas das prescrições associadas à norma. Em uma primeira versão, a precaução prescreveria que a implementação de decisões administrativas não deveria ser automaticamente impedida pela presença de incerteza científica sobre atividades que representem risco de danos substanciais (precaução *não excludente*). Em uma segunda leitura, a precaução exigiria uma *margem de segurança*, limitando atividades abaixo de determinado nível em que efeitos perversos não possam ser encontrados ou antecipáveis. A terceira acepção, por sua vez, vincula à precaução o dever de busca pela aplicação dos melhores recursos tecnológicos disponíveis em atividades

⁷⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016. p. 85.

⁷⁷ FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. *Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica*. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. p. 102. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27338/DISSERTACAO%20FGV_Julia%20Massadas%20Romeiro%20Fraga.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁷⁸ Segundo a autora, foram analisados 18 acórdãos, 93 decisões monocráticas, 12 decisões da presidência e 1 repercussão geral (FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. *Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica*. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27338/DISSERTACAO%20FGV_Julia%20Massadas%20Romeiro%20Fraga.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2020).

⁷⁹ FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. *Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica*. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. p. 151. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27338/DISSERTACAO%20FGV_Julia%20Massadas%20Romeiro%20Fraga.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁸⁰ STEWART, Richard B. Environmental regulatory decision making under uncertainty. In: SWANSON, Timothy (Ed.). *An introduction to the law and economics of environmental policy*: issues in institutional design. Oxford: Elsevier Science, Research in Law and Economics, 2002. v. 20. p. 76.

que possuem potencial incerto para produzir danos substantivos, salvo quando os seus defensores mostrarem que elas não apresentam risco calculável (precaução como implementação da *melhor tecnologia disponível*). Deveres procedimentais são combinados, aqui, com mecanismos de distribuição de ônus da prova. Em sua versão mais forte, finalmente, a precaução consistiria em um efetivo dever de *proibição*. Nesse último caso, deveriam ser proibidas as atividades que possuam potencial incerto para produzir dano substancial, a menos que os seus defensores sejam capazes de evidenciar que elas não apresentam nenhum risco calculável.

Apesar de sua inegável presença e influência em diversos ordenamentos jurídicos, a formulação mais *forte* é altamente controversa e se apresenta como a mais problemática para a devida compatibilização entre precaução e o reconhecimento de um espaço ao erro do administrador. E esse não é apenas um debate teórico. Em sua versão mais exigente, a precaução não é desconhecida na prática decisória do Supremo⁸¹ e provavelmente de outros tribunais, o que reforça ainda mais a importância do problema.

As críticas direcionadas à equiparação entre precaução e proibição basicamente sustentam que a primeira (i) desencoraja o progresso e o desenvolvimento, (ii) produz uma excessiva aversão ao risco e (iii) é anticientífica.⁸² Para Sunstein,⁸³ uma versão forte da precaução é simplesmente paralisante, na medida em que nada orienta, mas tudo proíbe. Isso porque, em primeiro lugar, mesmo uma mínima probabilidade de ocorrência de dano já poderia ser considerada inaceitável pela norma. A simples constatação de dissenso na comunidade científica se torna, nessa leitura mais radical, condição suficiente para descartar qualquer medida, qualquer proposta, qualquer tentativa de inovação.⁸⁴ Por outro lado, em segundo lugar:

⁸¹ FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. *Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica*. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. p. 140-147. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27338/DISSERTACAO%20FGV_Julia%20Massadas%20Romeiro%20Fraga.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁸² RESNIK, David B. Is the precautionary principle unscientific? *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, v. 34, n. 2, p. 329-344, 2003.

⁸³ SUNSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 151, n. 3, p. 1003-1058, 2003. p. 1020.

⁸⁴ A visão mais radical da precaução não está necessariamente associada à promoção de valores absurdos. Para Sunstein, aqueles que endossam o princípio da precaução respondem a motivações políticas ou morais salutaras que imaginam ser incorporadas pelo princípio. Para o autor “[w]ell-organized private groups sometimes demand conclusive proof of harm as a precondition for regulation; the demand should be firmly resisted because a probability of harm is, under many circumstances, a sufficient reason to act. Both individuals and societies have a tendency to neglect the future; the precautionary principle might be understood as a warning against that form of neglect. There are extremely good reasons to incorporate distributional considerations into risk regulation, and the precautionary principle seems, some of the time, to be a way to protect the most disadvantaged against risks of illness, accident, and death. Sometimes people try to reduce dissonance by thinking that actual risks are trivial; the precautionary principle might be a helpful counterweight to this mechanism. The problem is that the precautionary principle, as applied, is a crude and sometimes perverse way to promote these various goals, not least because it might be, and has

[uma] visão absolutizadora da precaução, além de reduzir excessivamente os espaços para o compartilhamento coletivo de riscos por meio de decisões legislativas, também subverte, em alguma medida, a própria lógica de funcionamento da ciência. A dúvida é substituída pela certeza – mas é aquela, e não esta, o motor do avanço no conhecimento.⁸⁵

Como diz Susan Haack,⁸⁶ “o negócio principal (*core business*) da ciência é a investigação; o objeto do empreendimento [científico] é descobrir respostas para perguntas sobre o mundo e como ele funciona”. Essa é uma tarefa permanente, em cujo desenvolvimento a ciência não assume nenhum conhecimento como definitivo.

Incerteza e falibilidade do conhecimento são traços imanentes da ciência que, por estarem em tensão com as pretensões do direito de estabilidade, certeza, previsibilidade e, às vezes, de proteção inegociável de certos valores – notadamente os direitos fundamentais –, precisam ser considerados para a devida harmonização entre os domínios jurídico e científico quando problemas relacionados ao conhecimento de fatos são cruciais para a justificação da resposta jurídica a ser privilegiada em um caso específico. Fazê-lo, no entanto, depende do reconhecimento, nas fronteiras do direito, de que a ciência convive com incertezas, o que exige recalibrar as pretensões jurídicas de segurança para que os seus níveis de tolerância ao erro sejam ampliados. Isso significa abandonar uma versão forte de precaução e aceitar o erro como resultado possível de decisões jurídicas nas esferas administrativa, controladora e judicial.

4.2 Um novo desafio: erro e precaução em tempos de pandemia

Se, como visto, uma leitura extrema da precaução *não é inédita na jurisprudência do Supremo*, ela retorna na recente manifestação do Ministro Barroso em favor da concessão de medida cautelar na ADPF nº 669/DF com uma nova roupagem – diferente, mas, independentemente da sua aplicação adequada no caso específico, igualmente problemática para orientar a solução de casos futuros. Em decisão que, nos termos da sua ementa, dizia respeito à constitucionalidade da “contratação e

been, urged in situations in which the principle threatens to injure future generations and to harm rather than to help those who are most disadvantaged” (SUNSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 151, n. 3, p. 1003-1058, 2003, p. 1055).

⁸⁵ LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição? *Jota*, 13 jun. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>. Acesso em: 8 maio 2018.

⁸⁶ HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The troubled marriage of science and law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 72, n. 1, p. 1-24, outono 2009. p. 7.

veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que ‘O Brasil Não Pode Parar’, conclamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (COVID-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros”,⁸⁷ afirmou o ministro:

Ainda que [...] não houvesse uma quase unanimidade técnico-científica acerca da importância das medidas de distanciamento social e mesmo que não tivéssemos a agravante de reunirmos grupos vulneráveis em situações de baixa renda, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido de que, em matéria de tutela ao meio ambiente e à saúde pública, devem-se observar os princípios da precaução e da prevenção. *Portanto, havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população.*⁸⁸

A pandemia do novo coronavírus, de fato, colocou de maneira singular os debates sobre a responsabilidade de agentes públicos por erros em posição de destaque. Em um ambiente marcado (i) por alta incerteza e provisoriedade do conhecimento científico disponível para informar escolhas racionais de atores públicos e privados, (ii) pela necessidade de imposição de medidas urgentes para a proteção da saúde que produzem restrições inevitáveis a direitos fundamentais (notadamente a diversas dimensões da liberdade) e (iii) por graves impactos econômicos, gestores públicos flertam diariamente com chances elevadas de privilegiarem cursos de ação errados. A incerteza científica, na verdade, torna até a caracterização do erro como instável e, por isso, passível de revisão constante. O que pode ser considerado aceitável agora pode ser avaliado futuramente como errado e vice-versa.

Para lidar com esse contexto, foi publicada a Medida Provisória nº 966, de 13.5.2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669/Distrito Federal*. Direito Constitucional e Sanitário. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Saúde Pública e Covid-19. Campanha Publicitária apta a Gerar Grave Risco à Vida e à Saúde dos Cidadãos. Princípios da Precaução e da Prevenção. Cautelar deferida. Requerente: Rede Sustentabilidade. Parte Interessada: União. Rel. Min. Roberto Barroso, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669/Distrito Federal*. Direito Constitucional e Sanitário. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Saúde Pública e Covid-19. Campanha Publicitária apta a Gerar Grave Risco à Vida e à Saúde dos Cidadãos. Princípios da Precaução e da Prevenção. Cautelar deferida. Requerente: Rede Sustentabilidade. Parte Interessada: União. Rel. Min. Roberto Barroso, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020. Grifos nossos.

e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. A medida dialoga diretamente com o art. 28 da LINDB, avançando especialmente na definição de erro grosseiro, considerado, nos termos do art. 2º, “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.⁸⁹

Contra as disposições da MP nº 966 foram propostas sete ações diretas de inconstitucionalidade. Substantivamente, as objeções se concentravam na afirmação de que o ato da Presidência da República poderia implicar “a anistia ou o salvo-conduto a toda e qualquer atuação estatal desprovida de dolo ou erro grosseiro”.⁹⁰

A tese não prevaleceu no plenário. Por maioria, os ministros concederam medida cautelar nas ADIs nºs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431, em decisão que buscou definir parâmetros para a caracterização do erro acomodável pelo direito. Para o Ministro Luiz Fux, por exemplo, o erro grosseiro se configuraria na atitude de negacionismo científico por parte do agente público.⁹¹ Nada obstante, novamente merece destaque no universo de votos a posição do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, que liderou a maioria na corte. Na mesma linha de sua manifestação anterior na ADPF nº 669-MC, além de impor uma série de obrigações procedimentais justificáveis para a aferição da confiabilidade das informações que embasem decisões administrativas no cenário da pandemia da Covid-19,⁹² fixou o ministro que a inobservância dos princípios da precaução e da prevenção, em si, provoca erro grosseiro quando o ato administrativo “ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos

⁸⁹ BRASIL. *Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Brasília, 13 maio 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

⁹⁰ ATOS de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos. *Notícias STF*, Brasília, 21 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁹¹ ATOS de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos. *Notícias STF*, Brasília, 21 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁹² As teses submetidas pelo ministro ao plenário foram: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431 MC*. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade Civil e Administrativa de Agentes Públicos. Atos Relacionados à Pandemia de Covid-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento Parcial da Cautelar. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, maio 2020. p. 2. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020).

adversos à economia”.⁹³ Repetindo a fórmula apresentada em sua manifestação na ADPF nº 669, Barroso destacou em sua fundamentação em favor da interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP nº 966/2020⁹⁴ que

[h]avendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor da saúde da população. Em português mais simples, significa que, se há alguma dúvida, não pode fazer.⁹⁵

Nas versões afirmadas nos dois julgados relacionados ao contexto da pandemia do novo coronavírus, a precaução parece deslocar para o Supremo – ou qualquer outro controlador – o poder de definir qual solução em favor da saúde da população deve ser privilegiada nos casos de dúvida científica. E essa pode ser uma mensagem problemática para pautar o agir da Administração não só em um contexto singular, como o de pandemias, como em qualquer outro. Por um lado, a proibição de atuar em caso de dúvida, além de criticável, torna o reconhecimento de um espaço para a acomodação do erro não doloso ou grosseiro do gestor público que tenta ou precisa agir para lidar com incertezas, na prática, inviável. Como visto, exceto nos casos de tomada de decisão sob condições de certeza, quando houver risco determinável ou a mera possibilidade de se imaginar, mesmo que de maneira difusa e imprecisa, que certos cursos de ação podem produzir efeitos capazes de afetar a saúde ou o meio ambiente, ao administrador só resta, diante de critério tão exigente, a inação. Mas não agir em um cenário que impõe um dever de ação, como o típico de uma pandemia, pode criar um dilema insuperável para o gestor público, que poderia ser responsabilizado por omissão.⁹⁶ Por outro lado, na forma de

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431 MC*. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade Civil e Administrativa de Agentes Públicos. Atos Relacionados à Pandemia de Covid-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento Parcial da Cautelar. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, maio 2020. p. 2. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁹⁴ “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” (BRASIL. *Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Brasília, 13 maio 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 3 jul. 2020).

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431 MC*. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade Civil e Administrativa de Agentes Públicos. Atos Relacionados à Pandemia de Covid-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento Parcial da Cautelar. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, maio 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁹⁶ Esse argumento levanta como hipótese interessante a ser explorada a possibilidade de defesa de *omissões* como fontes de erros grosseiros. A tese parece defensável em contextos que exigem inequivocamente uma ação do administrador público. Se ela faz sentido, parâmetros excessivamente rigorosos de controle

uma diretriz valorativa que, na dúvida, impõe a preferência pela alternativa decisória “em favor da saúde da população”, a precaução também inviabiliza o espaço do erro inapto a gerar responsabilização pessoal do administrador ao criar espaços amplísimos para a atuação de controladores. Nessa nova roupagem, ela segue questionável por duas razões.

Em primeiro lugar, a prescrição parece substituir, como centrais para a decisão, as incertezas relacionadas ao conhecimento de fatos pelas incertezas

como o associado a um dever de proibição podem colocar o gestor público em posição de *cheque-mate*: agindo ou não, pode ser responsabilizado pessoalmente por incorrer em erro grosseiro segundo o juízo do controlador. Essa possibilidade extrema reforça ainda mais a importância de harmonização entre o espaço para a acomodação do erro previsto na LINDB com parâmetros de controle. O erro grosseiro omissivo pode se configurar de duas maneiras básicas: a inobservância de um inquestionável dever de agir (o erro grosseiro omissivo de direito) e a sustentação de uma causalidade existente entre a inação do agente público e determinado resultado catastrófico antecipável no momento da omissão (o erro grosseiro omissivo de fato). O primeiro caso remete à situação em que alguma regra jurídica exige claramente a adoção de determinado comportamento, mas o gestor público se queda inerte. A lei manda agir, mas o administrador não age. Não se fala aqui em omissão normativa justificada por princípios, pois isso problematizaria a própria caracterização do erro como grosseiro. No limite, até a existência do erro em si poderia ser questionada. Se princípios não determinam comportamentos específicos e frequentemente estão em colisão com outras normas de mesma espécie (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009), não deveriam ser utilizados como referências para a fundamentação da presença, em uma situação específica, de um evidente dever de agir. No enfrentamento do erro grosseiro omissivo de direito, o amplo espaço que possui o controlador para a revisão de atos de agentes públicos deveria se limitar ao simples fato de ele ter a legalidade do seu lado. A segunda hipótese, por sua vez, é mais complexa. Sustentar causalidades entre ações e resultados não é sempre trivial. No caso de omissões, o exercício se torna mais difícil porque, em primeiro lugar, exige necessariamente um raciocínio contrafactual confiável: tivesse o administrador agido, o resultado trágico não teria sido obtido. O poder daquele que avalia *ex post* uma omissão nesses termos é, apesar da dificuldade apontada, eventualmente grande, pois a força de um único contraexemplo favorece a invalidação do ato e a responsabilização do administrador. Para “provar” que a omissão gerou resultado catastrófico evitável, basta que o controlador apresente uma ação disponível no momento da decisão que levasse a desfecho diverso. E isso pode não ser tão complicado. No entanto, a sustentação do erro grosseiro omissivo de fato só se completa quando for possível justificar que o contrafactual estava disponível no momento da possível decisão. Quer dizer: o administrador tinha que ter a certeza de que agir em qualquer sentido seria melhor do que se manter inerte. Comprová-lo, porém, nem sempre será fácil, especialmente quando o gestor público precisar decidir em condições de profunda incerteza. Há, no entanto, uma clara exceção. A omissão pode ensejar erro grosseiro de identificação não problemática quando juízos de fato amparados por amplo consenso na comunidade científica obrigam a ação do agente público. Nesses casos, a omissão equivale a – quando não se sustenta sobre – negacionismo científico. A crise da Covid-19 é um bom exemplo de como, mesmo em meio a tanta incerteza, núcleos duros de acordo entre especialistas podem exigir do administrador a adoção de medidas consideradas necessárias para conter o avanço de uma pandemia que põe em risco a vida da população. Não as adotar diante de conhecimento técnico disponível no momento da decisão que demanda o contrário, mesmo sem dolo, escapa ao tipo de erro que deveria ser acomodado pelo direito sem a responsabilização do gestor público. A moral dessa história é que, no geral, enquanto parece ser mais fácil sustentar o erro grosseiro comissivo de fato do que o erro grosseiro omissivo de direito, no caso de omissão a relação se inverte: parece mais simples sustentar o erro grosseiro omissivo de direito do que o erro grosseiro omissivo de fato. No limite, o erro grosseiro comissivo de direito e o erro grosseiro omissivo de fato não deveriam significar mais do que remotas possibilidades teóricas. Sustentá-los concretamente por controladores, por isso, exige a superação de ônus de argumentação e de prova muito elevados – talvez proibitivos. Isso não quer dizer que a configuração do erro grosseiro comissivo de fato ou do erro grosseiro omissivo de direito seja simples. Entender a diferença entre os dois e como caracterizá-los permanece para a dogmática do direito administrativo um quebra-cabeça a ser resolvido que se torna a cada dia mais urgente. Enquanto a solução não vem, o administrador de boa-fé segue com medo de cometer erros, pouco importando os adjetivos que os qualifiquem.

típicas que afetam a justificação de juízos de valor relacionados à promoção do bem “saúde da população”. Isso mexe radicalmente com os ônus de argumentação que precisam ser superados para a justificação de uma decisão administrativa, ao recolocar os “valores jurídicos abstratos” contra os quais se insurge a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovida pela Lei nº 13.655/18 na posição de protagonismo. Ao lado das premissas empíricas necessárias para sustentar as prognoses que relacionam cada alternativa decisória disponível ao gestor público com as suas possíveis consequências, o parâmetro também passa a exigir a operacionalização de um critério amplo de valoração de estados do mundo. Nesse universo, tão ou mais importante do que antecipar de maneira confiável o futuro passa a ser entender o que significa concretamente “promover o bem saúde da população”, especialmente em casos de colisão com outros valores aplicáveis à mesma situação.

Em segundo lugar, ela é potencialmente exigente até que seja complementada por uma teoria sobre o erro administrativo no próprio Supremo capaz de orientar a atuação do gestor público bem-intencionado. Sem que se saiba o que o tribunal considera o melhor para a saúde da população, uma ação errada, sempre dependente de juízo futuro do tribunal, poderia ou não ser detectável no momento da decisão administrativa, ou, ainda que o fosse, depender da superação de custos muito altos ou proibitivos, sobretudo em função da urgência da decisão exigida do gestor público em certos casos.

Em qualquer dos casos, sem que se defina quando a precaução pode acomodar erros que só se tornam claros *ex post*, o controlador pode, em nome da norma, rever qualquer escolha administrativa. Com a posição privilegiada de ter acesso a informações eventualmente novas, incluindo a prerrogativa de já poder considerar algumas consequências produzidas pelo ato que é chamado a avaliar, a precaução se torna instrumento para a onipotência do controlador e, assim, no limite, incompatível com deferência.

Ademais, em qualquer uma das interpretações do sentido de precaução atribuído pelo ministro, fica difícil diferenciar o erro acomodável do erro que pode gerar a responsabilidade pessoal do administrador. Influenciado por um viés retrospectivo (*hindsight bias*), nada impede que o controlador tenda a considerar efeitos perversos produzidos por determinada decisão administrativa como mais antecipáveis do que realmente eram no momento da decisão. Como é sabido, o referido viés faz com que as pessoas, de uma forma geral, permitam que o seu conhecimento atual interfira nas suas percepções sobre o que poderia ter sido previsto no passado.⁹⁷

⁹⁷ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Faculty Publications*, Ithaca, v. 93, paper 917, p. 1-43, 2007. p. 25.

Sob essa perspectiva, que superestima as capacidades dos administradores de anteciparem efeitos que nem sempre poderiam ser previstos, a avaliação *ex post* do controlador pode acabar se tornando mais rigorosa do que deveria. Assim, mesmo se afastando a precaução de um dever de proibição absoluta, o parâmetro “decisão em favor do bem saúde da população” impede que a norma seja útil para dirimir problemas de tomada de decisão sob condições de incerteza sobre fatos, na medida em que deixa completamente nas mãos do aplicador a definição em concreto do que deve ser feito. A precaução, assim, torna-se uma regra que pouco orienta, mesmo quando colocada diante de uma concepção restritiva sobre o que se possa considerar erro de fato e de direito. No limite, nada impede que ela se transmute, na prática, em uma releitura do dever de proibição e, assim, torne-se tão insustentável quanto este.

5 Conclusão

As inclinações pragmáticas no direito administrativo criam desafios teóricos, dogmáticos, metodológicos e institucionais para o funcionamento do Estado administrativo. O reconhecimento de um espaço de acomodação do erro do administrador público e a sua possível compatibilidade com o dever de precaução é tema que passa por cada uma daquelas quatro dimensões. Em sua versão mais forte, agir com precaução significa proibição. Nesses termos, a mera possibilidade de erro não é tolerável.

Uma reformulação vazia, no entanto, que prioriza a decisão em favor de direitos fundamentais, como a saúde da população, além de não impedir a aproximação entre precaução e proibição, cria novos problemas para a justificação de decisões, ao adicionar às incertezas epistêmicas típicas do trabalho com fatos incertezas normativas vinculadas à aplicação de objetivos jurídicos em colisão. Em qualquer das versões, a precaução desconsidera e, assim, subverte as engrenagens que regem o funcionamento da ciência.⁹⁸ Além disso, ela acaba por ampliar desproporcionalmente os poderes de órgãos controladores de decisões administrativas.

⁹⁸ Segundo Schuartz, “a maquinaria da Ciência visa exaurir as possibilidades de negação e problematização de cada hipótese que vier a cair sob seus domínios; e este exaurimento obviamente incluirá todas aquelas hipóteses que, no Direito, deveriam figurar em inferências jurídicas como premissas epistemicamente robustas, apesar – devendo-se agregar: ‘e em virtude’ – da sua sujeição, no âmbito dos procedimentos de adjudicação, a um mero ‘simulacro’ dos rigores da referida maquinaria. A robustez das premissas factuais das quais necessitam os procedimentos de adjudicação para manter chances de erro e grau de aceitabilidade racional das decisões jurídicas em níveis controláveis somente se alcança às custas das potencialidades da Ciência”. V. SCHUARTZ, Luis Fernando. *Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro, jul. 2009. Textos para discussão. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174>. Acesso em: 30 abr. 2020.

Evitar que os excessos de controle em nome da prioridade absoluta da saúde, da proteção ao meio ambiente ou de qualquer outro direito fundamental acabem prevalecendo na prática exige um repensar das relações entre erro tolerável, incerteza científica e precaução que impeça os extremos da deferência acrítica e do ativismo retórico de controladores sustentado por palavras de impacto, mas vazias. O espaço de acomodação do erro não pode permitir que o gestor público faça tudo. Como bem ressaltam Gustavo Binbenojm e André Cyrino,⁹⁹ “[a]dmite-se a falha, mas não a desídia, o descuido e más gestões em geral merecem enfrentamento. O importante é ponderar o equívoco com as motivações e os cuidados que foram tomados”. A acomodação do erro nas fronteiras do direito não deve significar uma carta de alforria para gestores irresponsáveis. Mas, ao mesmo tempo, a cláusula geral do erro administrativo não deve ser compreendida tão restritivamente que, na prática, iniba experimentalismo e inovação – especialmente em nome de uma precaução que, no fundo, significa absoluta proibição de lidar com incertezas.

O primeiro passo para escapar desses extremos está na defesa de versões mais restritivas de “erro” a partir do emprego de uma concepção lógica e epistêmica para a aferição das suas distintas espécies e que sustenta, como um dos seus principais produtos, a equiparação do erro de direito ao erro grosseiro de direito. O segundo está na defesa de versões mais fracas do dever de precaução, como aquela que, em vez de apostar na busca por respostas para problemas de decisão que, nos casos mais complexos, nem sempre poderá ser encontrada, impõe o ônus de busca pela melhor tecnologia disponível para a mensuração dos impactos de escolhas administrativas. A preferência por essa versão, que estabelece um dever procedimental e distribui ônus de prova, não se justifica para legitimar condutas desidiosas ou irresponsáveis de agentes e gestores públicos, mas para tornar o erro, especialmente aquele que só pode ser conhecido *ex post*, uma possibilidade natural mesmo para quem age buscando, com cuidado e prudência, as melhores respostas em uma realidade subideal.

Referências

ADLER, Matthew D. Bounded rationality and legal scholarship. *Faculty Scholarship at Penn Law*, Pennsylvania, n. 196, 2008. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/196. Acesso em: 8 maio 2018.

ALEXY, Robert. Effects of defects – Action or argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword’s Law as a moral judgment. *Ratio Juris*, v. 19, n. 2, p. 169-179, jun. 2006.

⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). p. 214.

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. 95, n. 2, p. 151-166, 2009.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ATOS de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos. *Notícias STF*, Brasília, 21 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018).

BINENBOJM, Gustavo; DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público e a Covid-19 em contextos de emergência. *Consultor Jurídico*, 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431 MC*. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade Civil e Administrativa de Agentes Públicos. Atos Relacionados à Pandemia de Covid-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento Parcial da Cautelar. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, maio 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, 10 jun. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, 14 mar. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 8 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Brasília, 13 maio 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 627.189/São Paulo*. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes. Recorrente: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A. Recorrido: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Outro (A/S) e Pedro Roxo Nobre Franciosi. Rel. Min. Dias Toffoli, 8 jun. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669/Distrito Federal*. Direito Constitucional e Sanitário. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Saúde Pública e Covid-19. Campanha Publicitária apta a Gerar Grave Risco à Vida e à Saúde dos Cidadãos. Princípios da Precaução e da Prevenção. Cautelar deferida. Requerente: Rede Sustentabilidade. Parte Interessada: União. Rel. Min. Roberto Barroso, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020.

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

FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. *Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica*. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27338/DISSERTACAO%20FGV_Julia%20Massadas%20Romeiro%20Fraga.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2020.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Faculty Publications*, Ithaca, v. 93, paper 917, p. 1-43, 2007.

HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The troubled marriage of science and law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 72, n. 1, p. 1-24, outono 2009.

JONES, Bryan D. Bounded rationality. *Annual Review of Political Science*, v. 2, p. 297-321, 1999.

JORDAN, Andrew; O'RIORDAN, Timothy. The precautionary principle in U.K. environmental law and policy. *Centre for Social and Economic Research on the Global Environment*, Londres, working paper GEC 94-11, p. 1-35, 1994.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. São Paulo: Objetiva, 2012.

KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Boston/New York: The Riverside Press, 1921.

LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law*. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição? *Jota*, 13 jun. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>. Acesso em: 8 maio 2018.

LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 312-348, 2019.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. *Jota*, 1º out. 2018. Disponível em: www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acesso em: 3 maio 2020.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LEAL, Fernando. O direito ao erro do administrador público é compatível com o dever de precaução? *Jota*, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-direito-ao-erro-do-administrador-publico-e-compativel-com-o-dever-de-precaucao-17042020>. Acesso em: 30 abr. 2020.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. In: LEAL, Fernando (Org.). *Direito privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. São Paulo: Malheiros, 2016.

LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. *Neue Hefte für Philosophie*, Göttingen, v. 20, p. 1-30, 1981.

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

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 413, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em: 3 maio 2020.

PETERSON, Martin. *An introduction to decision theory*. New York: Cambridge University Press, 2009.

REDE SUSTENTABILIDADE. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (com pedido de medida cautelar)*. Brasília-DF: Congresso Nacional/Supremo Tribunal Federal, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/peticao-solidariedade-adi-mp-966.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

RESNIK, David B. Is the precautionary principle unscientific? *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, v. 34, n. 2, p. 329-344, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro, jul. 2009. Textos para discussão. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SIMON, Herbert A. Theories of decision-making in economics and behavioral science. *The American Economic Review*, Nashville, v. 49, n. 3, p. 253-283, jun. 1959.

STEWART, Richard B. Environmental regulatory decision making under uncertainty. In: SWANSON, Timothy (Ed.). *An introduction to the law and economics of environmental policy: issues in institutional design*. Oxford: Elsevier Science, Research in Law and Economics, 2002. v. 20.

STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: MAIA, Antônio Cavalcant; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 151, n. 3, p. 1003-1058, 2003.

SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-670, 1999.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

VERMEULE, Adrian. The administrative state: law, democracy, and knowledge. *Harvard Public Law Working Paper*, Cambridge, n. 13-28, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329818. Acesso em: 6 nov. 2019.

VERMEULE, Adrian. Three strategies of interpretation. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 42, p. 607-628, 2005.

WALTON, Douglas. *Fundamentals of critical argumentation*. New York: Cambridge University Press, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Fernando. A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 109-146, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1535.
