

Coordenação
Fernando Leal

O ERRO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO E O ARTIGO 28 DA LINDB

Caracterização e operacionalização

Álvaro Ramos de Medeiros Raposo

Braulio Mattos

Breno Luciano Melo Vieira

César de Souza Cavalcante

Fernando Leal

Leonardo Carrilho

Natalie Grace Filizola Melro

Pierre Saidler

Valterney Teles dos Santos

2026

4

Dimensões do erro administrativo e catástrofes regulatórias: quantificação de incerteza para identificar e mensurar falhas sistêmicas

Leonardo Carrilho

Doutor em Ciência Política pela USP, com doutorado sanduíche no Instituto Max Planck de História e Teoria do Direito (Frankfurt). Mestre em Direito Público pela UERJ. Doutor e Pós-Doutorando em Direito da Regulação (FGV-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. DELIMITANDO OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS. 2.1 CONCEITO DE ERRO ADMINISTRATIVO. 2.1.2. Definição Geral de “Erro”. 2.1.2. Tipologia do Erro Administrativo. 2.2. DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO ERRO ADMINISTRATIVO. 2.3. SOBRE A CARACTERIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO “ERRO GROSSEIRO”. 3. CATÁSTROFES REGULATÓRIAS E INCERTEZA RADICAL. 3.1. CATÁSTROFES REGULATÓRIAS: DEFINIÇÕES. 3.2. INCERTEZA RADICAL. 3.3. POR UM METAMODELO DE TOMADA DE DECISÃO NA QUANTIFICAÇÃO DE INCERTEZA. 3.3.1. Entre minimalismo e experimentalismo. 3.3.2. Falhas epistêmicas: heurísticas, vieses e ruídos. 3.4. A INADEQUAÇÃO DOS MODELOS DE RISCO TRADICIONAIS. 3.5. QUANTIFICAÇÃO DE INCERTEZA (QI) NA TOMADA DE DECISÃO EM CENÁRIOS CATASTRÓFICOS. 4. ANÁLISE COMPARATIVA DE CASOS EMBLEMÁTICOS: FOCO NA PANDEMIA DE COVID-19. 4.1. DIFERENÇA ENTRE INCERTEZA EPISTÊMICA E ALEATÓRIA NO CONTEXTO DA COVID-19. 4.2. FERRAMENTAS DE QI E FLUXO PARA ELABORAÇÃO DO MODELO HÍBRIDO. 4.3. APLICAÇÕES EMPÍRICAS: PANDEMIA DE COVID-19. 4.4. LIMITAÇÕES DO METAMODELO. 5. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

As chamadas “catástrofes regulatórias” se destacam pelo caráter raro, imprevisível e de alto impacto dos fenômenos observados. Elas desafiam os tradicionais modelos de gestão de riscos e de racionalidade empregados no Direito da Regulação. A pandemia da Covid-19 é um exemplo claro do quão vulneráveis são esses modelos tradicionais que tentam explicar problemas e propor soluções a eventos extraordinários. Outra forma de lidar com esses problemas é percebê-los como parte de sistemas dinâmicos complexos.

Quando há uma interconexão de variáveis intervenientes, retroalimentações não-lineares e efeitos cumulativos que fogem aos quadros explicativos das tradicionais análises estatísticas ou aos enfoques clássicos de previsibilidade, fala-se, portanto, em *incerteza radical*. Ignorância ou incerteza radical é a incapacidade de se conhecer ou estimar certos riscos e a probabilidade de ocorrência, seja por razões epistêmicas, seja em decorrência de mudanças constantes nos próprios fenômenos regulados.

Em cenários catastróficos, o Estado Administrativo e seus agentes são premidos a responder a tempo e a hora problemas inéditos ou pouco compreendidos. As decisões são tomadas com base em informações fragmentadas ou em modelos que, muitas vezes, não capturam integralmente a complexidade e os “pontos cegos” inerentes à realidade dos sistemas complexos.

Nessas situações limiares, os agentes públicos podem ser pessoalmente responsabilizados? Muitas dessas reflexões críticas perpassam o papel do erro administrativo, das falhas regulatórias dele decorrentes e da eventual responsabilização dos agentes públicos, em especial a configuração de erro grosseiro, à luz do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹. O foco desta análise, todavia, não reside na dimensão subjetiva do erro administrativo, a qual pertence mais ao Direito Administrativo Sancionatório, mas sim em sua dimensão objetiva enquanto representante de um elemento das falhas regulatórias presentes nas catástrofes regulatórias.

1. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 jan. 2025.

A pergunta de pesquisa, então, é a seguinte: qual metamodelo de quantificação de incertezas (QI), que, aplicado à tomada de decisão em contextos de catástrofes regulatórias, se mostra mais apto a mensurar erros sistêmicos, aprimorar prognósticos e promover a responsabilidade dos agentes públicos? Parte-se da *hipótese* de que um metamodelo sofisticado de QI – conjugando abordagens bayesianas, simulações Monte Carlo e técnicas de aprendizado de máquina – poderia aumentar a previsibilidade das incertezas, viabilizar a mensuração de erros sistêmicos e, por conseguinte, fortalecer a *accountability* dos gestores públicos.

Objetiva-se com este trabalho *apresentar e propor um metamodelo híbrido de QI* que seja capaz de incrementar o processo decisório em cenários de catástrofes regulatórias, a fim de: (i) rediscutir a dimensão objetiva do erro administrativo em condições de incerteza radical; (ii) identificar as ferramentas de quantificação de incerteza mais adequadas a contextos de alta complexidade; e (iii) articular um fluxo decisório que equilibre minimalismo e experimentalismo.

A *relevância acadêmica* deste estudo se justifica, em primeiro lugar, pela sua interdisciplinariedade. A interlocução entre campos como os de gestão de riscos e de teoria da decisão mobiliza um aporte teórico e metodológico oriundo das ciências de dados, da estatística bayesiana e dos modelos de simulação sobre como lidar com riscos desconhecidos ou subestimados. Em segundo lugar, é nítida a *relevância social* das proposições aqui apresentadas. Inegavelmente, a prevenção de desastres e a redução de custos decisórios são socialmente desejáveis. Já do ponto de vista *econômico*, a redução de erros sistêmicos tende a otimizar recursos públicos e privados, minimizando eventuais externalidades negativas e ampliando a resiliência institucional. Por fim, a *justificativa jurídica* se vincula à importância da *accountability* dos agentes públicos em face de incertezas, especialmente em razão das controvérsias acerca do erro grosseiro tal como positivado no art. 28 da LINDB.

Na convergência entre regulação dinâmica, análise de riscos e responsabilização, este trabalho pretende contribuir para o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e para a definição de parâmetros claros que resguardem tanto a eficiência administrativa quanto a segurança jurídica. Nessa perspectiva, propõe-se que a adoção de ferramentas avançadas de quantificação de incerteza, combinadas a práticas experimentais de governança, é capaz de incrementar a capacidade institucional de resposta a catástrofes regulatórias e, ao mesmo tempo, delimitar com maior precisão os limites da responsabilidade administrativa.

2. DELIMITANDO OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo, exploram-se os conceitos fundamentais relacionados ao “erro administrativo” no contexto do Direito Administrativo, com destaque para a responsabilidade dos agentes públicos (dimensão subjetiva). Primeiramente, define-se de “erro”, em suas diversas acepções e sinônimos. Em seguida, aprofunda-se a tipificação do erro, diferenciando entre erro de fato, erro de direito e erro grosseiro. Cada subseção será dedicada a explicar as características e exemplos práticos de cada tipo de erro, passando os debates jurídicas e doutrinárias em cada caso.

2.1. CONCEITO DE ERRO ADMINISTRATIVO

Após as alterações promovidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a doutrina administrativa brasileira passou a se interessar mais sobre o “erro administrativo”. O debate envolve desde a definição geral de “erro grosseiro” (passando pela tipologia conceitual de fato, de direito e grosseiro) até as múltiplas dimensões (subjetiva e objetiva) do erro administrativo em geral. Para tanto, são mobilizados conceitos clássicos de “erro” e discutidas as balizas jurídicas fixadas em nível legislativo e jurisprudencial.

2.1.2. Definição Geral de “Erro”

No vocabulário comum, “erro” (do latim *error*, com origem etimológica controversa) pode significar, entre outros aspectos:

“o ato ou efeito de se enganar, isto é, ter um juízo em desacordo com a realidade observada; a qualidade daquilo que é inexato ou incorreto; desvio do que se entende por caminho correto ou apropriado; em Física, discrepância no valor de uma grandeza em função de imperfeições de instrumentos ou do observador; em Matemática, diferença entre um valor aproximado e o valor real de uma variável ou função”.²

2. DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva 2009, p. 790.

Não se sabe ao certo qual seria sua origem etimológica. Para alguns, viria do latim “*error*”; para outros de “*errar*”. Conectam-se, em todo caso, à ideia de vagar/errante (“*wandering*”) ou de desviar-se do caminho correto. Como sinônimos, encontram-se termos como “confusão”, “desacerto”, “desvio”, “engano”, “equivoco”, “falha”, “imprecisão”, “inexatidão” e “lapso”. Por oposição, “acerto”, “certeza” e “exatidão” surgem como antônimos.³

Na língua inglesa, “*to err*” significa “cometer um equivoco, especialmente em um julgamento ou decisão”. Uma expressão curiosa (*phasal verb*) destaca o “*err on the side of something*” significando fazer algo mais do que o necessário para evitar uma situação particular.⁴

Não se confunda “*to err*” com “*to mistaken*”, que significa “não entender algo corretamente”. “*Mistake* (substantivo)” é algo que não se fez corretamente, ou algo que se diz ou se pensa que não é correto; algo que se faz e depois deseja não ter feito, porque causa muitos problemas.⁵ Por sua vez, “*wrong* (substantivo)” refere-se a um comportamento que é moralmente incorreto ou que infringe uma regra; má conduta (“*wrongdoing*”).⁶

O conceito de “erro” é tão corriqueiro no linguajar corrente de todos os povos que se reflete na expressão popular “errar é humano” (“*to err is human*”), que atesta a falibilidade inerente à condição humana. Em sentido lógico, o termo “erro” ocorre quando é possível atribuir a uma decisão o predicado “falsa”. No sentido epistêmico, a aferição do erro está associada ao conhecimento científico sobre o que é verdadeiro ou falso.⁷

2.1.2. Tipologia do Erro Administrativo

Com enfoque mais específico na seara do Direito Administrativo, Binembojm e Cyrino definem “erro” como a “falsa percepção da realidade (fática ou jurídica) que se desdobra na prática de um ato que não corresponderia à vontade de alguém caso este conhecesse a verdade”⁸.

3. *Ibidem*.

4. MACMILLAN *English Dictionnary for Advanced Learners*. Oxford: Macmillan Publishers, 2002, p. 466.

5. *Ibid.*, p. 911.

6. *Ibid.*, p. 1665

7. LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law*. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 10.

8. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB [Lei nº 13.655/2018], p. 202-224, nov. 2018, p. 211.

Para Marçal Justen Filho, o erro de fato nasce de uma “representação mental equivocada”.⁹ Essas concepções ressaltam que o erro implica um descompasso entre o que se imaginava real e o que efetivamente o é, repercutindo na prática do ato administrativo.

O *erro de fato* ocorre quando o agente público atua em “completa ignorância ou um conhecimento imperfeito por parte do gestor a respeito de uma situação que seja pressuposto da atuação administrativa”.¹⁰ Significa que, ao tomar uma decisão administrativa, ele se baseia em informações incorretas ou incompletas, resultando em um juízo equivocado sobre a realidade. A consequência é um ato que, em tese, não seria praticado se o agente dispusesse dos dados corretos. Um exemplo ilustrativo é a *avaliação exagerada na aquisição de remédios e insumos para o estoque de um hospital*, em que números inflados ou projeções irreais de consumo podem levar ao superfaturamento de compras e à imobilização de recursos.

Por sua vez, o *erro de direito* dá-se quando há falha na interpretação ou na aplicação das normas jurídicas pertinentes ao caso concreto e, por consequência, sobre a juridicidade da atuação da Administração Pública no caso concreto.¹¹ A título de ilustração, imagine-se um agente público que interpreta equivocadamente os motivos ou fundamentos que embasam sua decisão, atribuindo ao texto legal um sentido que destoa do juridicamente correto. Para que se identifique um erro de direito, faz-se necessário demonstrar que a interpretação dada pelo agente público à norma aplicada está fora dos sentidos juridicamente possíveis daquele texto.¹²

A aplicação inadequada do direito está correlacionada a pelo menos quatro problemas: (1) do *conhecimento do direito* aplicável; (2) do *conhecimento dos fatos* que demandam resposta jurídica; (3) da *qualificação* de fatos a partir de normas jurídicas; (4) e da *valoração* de elementos de fato e de direito diferentes em confronto que se apresentam em um caso

9. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 183.

10. DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, p. 67.

11. *Ibid.*, p. 68.

12. BINENBOJM; DIONÍSIO. Os três passos do controle do erro administrativo, *op. cit.*, p. 116.

concreto.¹³ É o caso da interposição por um advogado público de um recurso em lugar de outro similar quando a lei processual deixa margem de dúvida sobre o cabimento.

Já o *erro grosseiro* (art. 28 da LINDB) designa a falha administrativa tão evidente e inescusável que revela a culpa grave (negligência ou imperícia) por parte do agente público, evidenciando a ausência de diligência mínima necessária para agir segundo os padrões de razoabilidade. Por exemplo, ao se aplicar a legislação municipal em um licenciamento ambiental federal (erro grosseiro de direito). Em geral, o erro grosseiro se distancia de meras divergências interpretativas ou dificuldades cotidianas, exigindo que o equívoco saia da normalidade de tal magnitude que “salte aos olhos”. Em oposição, fala-se também em *erro leve, escusável ou tolerável*, que, por não representar culpa grave, não enseja a responsabilidade pessoal do agente.

As duas modalidades são assim definidas:

“(...) o erro leve é o que seria percebido, e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”.¹⁴

Tal distinção visa evitar que qualquer falha humana comum seja tratada como ilícito administrativo, resguardando a autonomia decisória e a inovação na Administração. Para fins de mensuração das consequências do erro administrativo quanto à anulação ou anulabilidade do ato administrativo e responsabilização do agente político, a doutrina propõe quatro parâmetros operacionais para a verificação da tolerabilidade jurídica

13. 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, p. 7.

14. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2391/2018. Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 17 out. 2018.

do erro cometido pelo administrador público. São eles (i) a *diligência* do gestor, cujo grau mínimo exigido variará de acordo com a urgência e a importância da decisão, bem como com os obstáculos materiais à obtenção de informações relevantes; (ii) as *específicas exigências do cargo* ocupado pelo administrador; (iii) o *nível de incerteza* fática ou jurídica envolvida na decisão analisada e, finalmente, (iv) o *grau de aderência* da decisão às informações reunidas.¹⁵

2.2. DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO ERRO ADMINISTRATIVO

O que se intitula aqui de dimensão subjetiva do “erro administrativo” se refere tanto ao estado mental ou à intenção do agente público quanto à violação direta de um dever de cuidado abstratamente exigível do “indivíduo médio”. O agente pode atuar com dolo (quando há uma vontade consciente de violar a lei ou causar dano) ou com culpa grave (quando há negligência, imprudência ou imperícia em um grau elevado). No caso do dolo, o agente age de forma intencional ao praticar um ato ilícito para obter vantagens indevidas ou causar prejuízos deliberados à Administração Pública ou a terceiros. No que tange à culpa grave (também chamada de *culpa lata*), embora não haja uma intenção clara de prejudicar, o agente se desvia significativamente dos padrões mínimos de atenção ou cuidado esperados. Isso pode ocorrer tanto por imperícia (falta de preparo técnico), quanto por negligência (falta de atenção ou desinteresse em cumprir o dever) ou por imprudência (ações precipitadas e sem a devida cautela).¹⁶

Essa leitura examina de perto o artigo 28 da LINDB, incluído pela Lei Federal nº 13.655/2018, que exige a comprovação da gravidade do erro para evitar que a lógica de proteção ao exercício legítimo da função pública seja distorcida. A título de exemplo, a Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, estabelecia a responsabilidade do gestor público nas esferas civil e administrativa quando esses agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente,

15. DIONÍSIO, Pedro de Hollanda, 2019, *op. cit.*, p. 116.

16. DIONÍSIO, Pedro de Hollanda, *op. cit.*, p. 124: “a culpa e a consequente reprovabilidade dos erros cometidos por administradores públicos devem ser investigadas por meio de um método que desconsidere variações nas capacidades individuais e outros aspectos estritamente subjetivos, mas que seja sensível às dificuldades concretas e objetivas enfrentadas no momento da decisão e às exigências do cargo ocupado, tal como exige o artigo 22 da LINDB.”

com as medidas de combate e enfrentamento da pandemia. O seu artigo 2º definiu 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”¹⁷.

Os Manuais tradicionais de Direito Administrativo louvam a norma legal que afasta a presunção de responsabilidade do agente público, tratando do elemento subjetivo do agente e a necessidade de se aferir a gravidade do equívoco para legitimar sua responsabilidade pessoal.¹⁸ E consideram que o art. 28 da LINDB atua como norma limitadora dirigida aos órgãos de controle, que somente podem responsabilizar os agentes por decisões ou opiniões técnicas emitidas com dolo ou erro grosseiro, definido como “aquele que não admite qualquer dúvida sobre a sua ocorrência”.¹⁹

Por sua vez, Gustavo Binenbojm e André Cyrino apontam que a Administração Pública não se limita a uma aplicação irracional e automática da lei, uma vez que a complexidade de algumas decisões administrativas, em muitos casos, requisita do agente público criatividade e senso de inovação, não podendo, dessa forma, se punir qualquer tipo de erro, sob o risco de se criar um ambiente de medo e inação.²⁰

Fernando Leal destaca o referencial temporal para a aferição do erro, de fato ou de direito, a qual deve ser feita com base no conhecimento disponível ao decisor no momento da tomada de decisão.²¹ Certos erros (de fato ou de direito) *toleráveis* fazem parte do processo complexo de tomada de decisões em cenários de risco ou incerteza e não devem ser punidos.²²

17. 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, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 4 jan. de 2024. O prazo de vigência se encerrou no dia 10 de setembro de 2020, fazendo com que a ADI 6427, Rel. Min. Roberto Barroso perdesse o objeto.

18. Por todos, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 293.

19. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 215.

20. BINENBOJM; CYRINO. O Art. 28 da LINDB, *op. cit.*, p. 204-206.

21. LEAL, Fernando, 2021, *op. cit.*, p. 129.

22. *Ibid.*, p. 109-146, p. 117: “Fora das hipóteses de atuação dolosa ou não diligente que leva a “erros grosseiros”, como dispõe o artigo 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. Nos demais casos, o reconhecimento de uma cláusula geral do erro deve conduzir, em regra, a maiores níveis de deferência, ainda que não absolutos, por parte de controladores.”

Um controle excessivamente exigente pode levar à inação ou à adoção de posturas conservadoras por parte dos gestores, inibindo a eficiência e a inovação. O ideal seria encontrar um equilíbrio entre o controle e a eficiência administrativa, reconhecendo margens de tolerância para erros que não sejam grosseiros ou dolosos.²³

Para Leal, só existiria “erro de direito grosseiro em sentido restrito” para fins de responsabilização pessoal do gestor público. Fora dessa hipótese, ele exclui os casos de divergência teórica ou metodológica do conceito de erro: “o erro de direito, portanto, para ser erro, deve ser sempre grosseiro”²⁴. Discorda-se aqui dessa posição, pois a própria ideia de instrumentalidade das formas no Direito processual brasileiro pressupõe a existência de um erro de direito escusável quanto ao procedimento utilizado pelo agente público.

Em síntese doutrinária, para o direito administrativo sancionador, eventual punição dos agentes públicos deve ser aplicada com equilíbrio, garantindo que apenas os desvios graves como o dolo e o erro grosseiro sejam responsabilizados, sem desencorajar a atuação dos agentes públicos em situações complexas que exijam decisões difíceis ou que aniquilem qualquer possibilidade de inovação administrativa.

Além da perspectiva subjetiva, é importante considerar também o que enfatizaremos aqui como “dimensão objetiva do erro administrativo” – como elemento essencial das falhas regulatórias –, que se orienta às consequências e aos resultados práticos gerados pelo ato no Direito Administrativo em Geral, em especial no Direito da Regulação (campo interdisciplinar entre Direito, Economia e Ciência Política que analisa o fenômeno regulatório como parte do Estado Regulador).

Uma falha regulatória no dever de prestação ocorre quando a Administração Pública não cumpre adequadamente o dever de garantir a qualidade e eficiência dos serviços públicos prestados, conforme o artigo 37 da Constituição Federal²⁵. Por exemplo, se a aquisição excessiva de insumos hospitalares for resultado de cálculos incorretos de estoque, isso pode caracterizar um erro grosseiro de fato. Nesse caso, é possível atribuir

23. *Ibid.*, p. 126.

24. *Ibidem*.

25. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 37. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jan. 2025.

responsabilidade ao agente, especialmente se houver indícios de negligência extrema ou falta de estudos adequados de viabilidade.

O desvio regulatório acontece, portanto, quando há um descumprimento claro de um dever de agir imposto pelas normas administrativas ou pelos padrões técnicos exigidos. Um exemplo claro disso é o não cumprimento das regras de licitação ou da adoção de procedimentos contrários às orientações dos órgãos de controle. Isso configuraria um “erro administrativo” de natureza grave, o que justificaria a imputação de responsabilidade ao agente.²⁶

Neste cenário, torna-se essencial na próxima seção averiguar como a autoridade interpretativa dos Tribunais Superiores aplica os conceitos de responsabilidade e erro grosseiro. A seguir, exploram-se algumas diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e seu impacto na atuação dos agentes públicos.

2.3. SOBRE A CARACTERIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO “ERRO GROSSEIRO”

A jurisprudência brasileira reconhece que a constatação do “erro grosseiro” demanda análise aprofundada das circunstâncias do caso concreto. No Supremo Tribunal Federal (STF), a tônica é a proteção à independência técnica e decisória do agente público. A Corte enfatiza que a responsabilização do agente por erro administrativo deve ser excepcional, sob pena de inibir a atuação proativa na Administração (“apagão das canetas”). A exigência de comprovação de dolo ou culpa grave, sobretudo de caráter inescusável, constitui escudo contra responsabilizações arbitrárias ou baseadas em mero “arrependimento administrativo”.

Por exemplo, no julgamento da ADI nº 6.428/DF, que contestava a validade da Medida Provisória nº 966/2020 no contexto da pandemia do COVID-19, a Corte decidiu, por unanimidade, que a restrição da responsabilidade dos agentes públicos prevista no art. 28 da LINDB, em caso de dolo ou erro grosseiro, é constitucional, não violando o teor do art. 37, § 6º, da Constituição, uma vez que o erro grosseiro abrange as condutas culposas, desde que efetivamente graves, visando, então, ao equilíbrio entre a proteção dos agentes públicos e a responsabilização por condutas inadequadas.²⁷

26. CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2020, *op. cit.*, p. 1974-1975.

27. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.428 Distrito Federal*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 11 mar. de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/>. Acesso em: 06 jan. 2025, p. 11.

Ao se examinar a dimensão objetiva do erro, observa-se que as catástrofes são, em geral, eventos resultantes de falhas ou omissões graves cometidas no planejamento, na execução ou na supervisão de ações governamentais. Assim, as catástrofes regulatórias são oriundas de omissões ou lacunas regulamentares, falhas de fiscalização, erros sistêmicos, de desvios de finalidades ou de condutas inadequadas que violam normas técnicas, científicas ou legais ou desconsideram princípios fundamentais constitucionais. Esse fenômeno será abordado no próximo capítulo.

3. CATÁSTROFES REGULATÓRIAS E INCERTEZA RADICAL

O fenômeno das catástrofes regulatórias enquanto eventos raros e de alto impacto que evidenciam a vulnerabilidade do Estado pode ser bem ilustrada no caso da pandemia de Covid-19. Nele, a crise sanitária, social e econômica atingiu enormes proporções no tempo e no espaço. Um pesadelo global que durou mais tempo do que o esperado e desafiou frontalmente políticas públicas de todos os países do globo que se ancoravam em modelos tradicionais de controle. Não houve outra escolha aos governos senão a de implementar soluções regulatórias emergenciais para conter a disseminação do vírus²⁸.

A seguir, destacam-se os principais elementos relacionados ao tema sobre minimalismo e experimentalismo regulatório²⁹ conjugados com a noção de incerteza radical³⁰ e em estudos recentes sobre *heurísticas, vieses e ruídos de julgamento*³¹, bem como na discussão acerca dos “cisnes negros”.³²

28. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Responding to community spread of COVID-19: Interim guidance*. Geneva: WHO, 2020. Disponível em: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/331421/WHO-COVID-19-Community_Transmission-2020.1-eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 06 jan. 2025.
29. INTERNATIONAL MONETARY FUND. *World Economic Outlook Update, June 2020: A Crisis Like No Other, An Uncertain Recovery*. Washington, DC: IMF, 2020. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/display/book/9798400228209/9798400228209.xml>. Acesso em: 06 jan. 2025.
30. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State. *Georgetown Law Journal*, v. 100, n. 1, p. 53-93, 2011.
31. KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1921.
32. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: https://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/15341_Readings/Behavioral_Decision_Theory/Kahneman_Tversky_1979_Prospect_theory.pdf. Acesso em: 06 jan. 2025; KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: Uma falha no julgamento humano*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2021; KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
33. TALEB, Nassim Nicholas. *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*. New York: Random House, 2007.

3.1. CATÁSTROFES REGULATÓRIAS: DEFINIÇÕES

Catástrofes regulatórias são crises que superam a capacidade do poder público de responder de forma rápida e eficaz. Evidenciam a incapacidade ou inadequação do sistema jurídico e das instituições reguladoras de prevenir, controlar ou remediar os danos causados por falhas de mercado, de governo ou de coordenação.

Os modelos são não-lineares e tratam as causas como variáveis contínuas, reconhecendo que pode haver diferentes graus de severidade. Na Teoria do Caos, pequenos eventos podem ter consequências sociais, econômicas, ambientais ou políticas graves e duradouras e afetar a confiança, a legitimidade política e a efetividade do sistema regulatório.³³ Na literatura especializada, utilizam-se termos como “colapso regulatório” (“*regulatory collapse*” e “*regulatory breakdown*”) na descrição de falhas sistêmicas significativas em que as estruturas regulatórias se mostram incapazes de prevenir desastres.³⁴

Por seu turno, as falhas de governo e as de regulação são categorias bastante debatidas na literatura americana e europeia.³⁵ A expressão “falha de governo” se refere a intervenções governamentais que resultam em ineficácia ou ineficiência sistêmica, frequentemente devido a má gestão, corrupção ou complexidade burocrática.³⁶ Por outro lado, a falha de regulação trata das inadequações nas políticas regulatórias que não alcançam seus objetivos ou causam efeitos adversos, muitas vezes devido a captura regulatória e ao excesso de burocracia.³⁷ Frequentemente, a literatura americana explora a ineficiência burocrática e a “teoria da captura regulatória”³⁸, enquanto a

33. HOOD, C.; ROTHSTEIN, H.; BALDWIN, R. *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

34. COGLIANESE, Cary (Ed). *Regulatory Breakdown: The Crisis of Confidence in U.S. Regulation*, Philadelphia: University of Pensilvania Press, 2012; MAJONE, G. *Regulating Europe*. London: Routledge, 1996.

35. JORDANA, Jacint & LEVI-FAUR, David. The Politics of Regulation in the Age of Governance. In: *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. Edward Elgar Publishing Ltd. 2004.

36. TULLOCK, G. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. *Economic Inquiry*, v. 5, n. 3, p. 224-232, 1967; STIGLER, G. J. *The Theory of Economic Regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

37. LAFFONT, J.-J.; TIROLE, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993; LEVINE, M. E.; FORRENCE, J. L. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 6, p. 167-198, 1990.

38. PELZMAN, S. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)*, 1989: 1-41; POSNER, R. A. Theories of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5: 335-58, 1974.

européia compara falhas de governo com falhas de mercado e destaca o impacto da regulação na inovação³⁹.

Portanto, uma definição abrangente é a de que as falhas regulatórias representam um conjunto de erros, desvios e ruídos que comprometem a racionalidade e o bom funcionamento da regulação.⁴⁰ A origem das falhas pode ocorrer durante a elaboração das normas regulatórias⁴¹, na sua implementação⁴² ou devido a paradoxos regulatórios ou defeitos nas estruturas institucionais dos órgãos e entidades reguladoras, o que é chamado de “rigidez institucional”. A “rigidez institucional” refere-se à estrutura burocrática dos órgãos reguladores que é inflexível para se adaptar e reagir rapidamente a novos riscos e exigências. Essa inflexibilidade é prejudicial em setores em que a adaptação constante é crucial para manter a segurança das estruturas.⁴³

As falhas regulatórias em setores de alto risco criam condições de instabilidade que frequentemente resultam em desastres. A complexidade e interatividade desses sistemas aumentam a propensão de acidentes graves, especialmente quando supervisionados por estruturas regulatórias inadequadas. A inadequação normativa reflete a incapacidade de os regulamentos acompanharem o desenvolvimento do setor regulado e os avanços nas melhores práticas de segurança.⁴⁴ O que vem a comprometer a capacidade

39. BLIND, K. *The impact of regulation on innovation*. London: Nesta, 2012 (Working Paper, n. 12/02).

40. MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *Racionalidade e otimização regulatórias: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação*. 2012. 230f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 63: “(...) falhas de regulação (são) o conjunto de desvios que comprometem a racionalidade do Estado Regulador. Ao fazê-lo, prejudicam o bom funcionamento da regulação. Pode se tratar de vícios na etapa de elaboração da norma regulatória, na de sua implementação, ou mesmo defeitos na estrutura institucional dos órgãos e entidades reguladores. Serão falhas desde que afetem os objetivos e características (ideais) da regulação no Estado Democrático de Direito (...)”

41. SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993, p. 84-97. Sunstein divide em sete categorias: sete categorias, a saber: (i) transferência para grupos de interesse; (ii) diagnóstico equivocado e análise superficial; (iii) gestão de riscos versus direitos; (iv) efeitos sistêmicos complexos e consequências imprevistas; (v) falhas de coordenação; (vi) alteração das circunstâncias e obsolescência; e (vii) indevida delegação de decisões políticas.

42. *Ibid.*, p. 97-102. Aqui Sunstein categoriza as falhas relacionadas ao momento da implementação da norma regulatória em quatro tipos: (i) proteção inadequada; (ii) aumento da ineficiência e controles excessivos; (iii) redistribuição distorcida; e (iv) processos e resultados não democráticos.

43. *Ibid.*, p. 102-110.

44. HOOD, C.; ROTHSTEIN, H.; BALDWIN, R., 2001, *op. cit.*

de intervenção e a eficácia do sistema regulatório brasileiro é a ausência de instrumentos eficazes de monitoramento, aliada a dificuldades na coordenação entre níveis regulatórios, à necessidade de transformar dados em informações gerenciais úteis e ao insuficiente fortalecimento da transparência e participação social.⁴⁵

No contexto brasileiro, essas falhas incluem a transferência de atividades para grupos de interesse, diagnósticos equivocados e análises superficiais dos fatores de risco, efeitos sistêmicos complexos com consequências imprevisíveis e a rigidez institucional.

A correlação entre “catástrofe regulatória” com a dimensão objetiva do erro administrativo é evidente. Muitas dessas falhas regulatórias decorrem de decisões administrativas inadequadas, da falta de recursos, pessoal ou competências técnicas adequadas para monitorar o cumprimento das normas. A falta de coordenação interinstitucional também contribui para a perpetuação dessas falhas, criando lacunas na fiscalização e dificultando uma resposta integrada às ameaças emergentes.

Para formulação de um modelo teórico, as dimensões destes conceitos precisam ser claramente definidas e explicitadas do ponto de vista metodológico⁴⁶. Por exemplo, as dimensões da “catástrofe regulatória” incluem a magnitude do impacto socioeconômico da decisão (análise consequencialista), a extensão da falha institucional e o grau de erosão da confiança pública. Os indicadores utilizados para mensurar esses conceitos devem garantir validade e confiabilidade ao estudo⁴⁷.

No caso da pandemia de Covid-19, foi praticamente impossível prever o surgimento e a disseminação do vírus SARS-CoV-2 e estimar os impactos que ela teria sobre a saúde coletiva, a economia e as relações sociais, os quais transcenderam fronteiras geográficas globais. Evidenciaram-se tanto as limitações de regulação sanitária quanto a insuficiência de protocolos de

45. SANTOS, Felipe; GARCIA, Silvio. A descentralização administrativa do estado: uma abordagem sobre o monopólio natural e as agências reguladoras. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 1, n. 1, p. 277-310, 2019.

46. VAN HOECKE, M. *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Oxford: Hardt Publishing, 2011.

47. KREUZER, M. The structure of description: evaluating descriptive inferences and conceptualizations. *Perspectives on Politics*, v. 17, n. 1, p. 122-139, 2019.

emergência anteriormente vigentes⁴⁸. A disseminação do vírus mostrou que, por vezes, as estruturas tradicionais de *comando e controle* – como decretos e regulamentos estritamente centralizados – não foram suficientemente ágeis para lidar com a evolução rápida de uma doença infecciosa⁴⁹. Assim, a conjugação de falhas regulatórias, erros sistêmicos, atrasos de resposta e divergências institucionais cumularam em uma verdadeira catástrofe regulatória⁵⁰.

3.2. INCERTEZA RADICAL

O conceito de incerteza radical (ou ignorância) – formulado por Frank H. Knight – enfatiza a impossibilidade de atribuição de probabilidades aos estados do mundo associados às alternativas de decisão ou de conhecimento das próprias consequências vinculadas àquelas últimas.⁵¹ Diferencia das condições de risco em que as 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).⁵² Na pandemia, a rapidez de contágio, as variações de cepas virais e a imprevisibilidade dos sintomas configuraram, em larga medida, um cenário inicial de ignorância⁵³.

Ainda que se defenda que a pandemia do Covid-19 fosse previsível, a dimensão global do fenômeno sanitário e suas consequências multifatoriais não poderiam ser mensuradas por modelos convencionais de gestão de crise⁵⁴. Isso se aproxima da ideia de “*Cisnes Negros*”, conforme definidos por Nassim Taleb, como eventos inesperados e fora do âmbito das expectativas habituais, com impacto extremamente significativo, cuja imprevisibilidade inicial é frequentemente reinterpretada como “previsível” *após* sua ocorrência, destacando as limitações dos métodos tradicionais de análise e a necessidade de melhores estratégias para gestão de riscos.⁵⁵

48. WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, *op. cit.*

49. BOIN, A.; HART, P.; STERN, E.; SUNDELIUS, B. *The Politics of Crisis Management: Public Leadership Under Pressure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

50. WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, *op. cit.*

51. KNIGHT, Frank H., 1921, *op. cit.*, p. 19-20.

52. LEAL, Fernando. 2021, *op. cit.*, p. 109-146.

53. WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, *op. cit.*

54. INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2020, *op. cit.*

55. TALEB, Nassim Nicholas, 2007, *op. cit.*