

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized white font on a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a large, white, seated female statue in the foreground, holding a tablet. In the background, there is a modern building with a glass facade and a tall, white, rectangular tower. The sky is blue with scattered white clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle floral pattern.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Parâmetros de aferição da culpa e do erro grosseiro: o homem médio morreu?

Parameters for measuring guilt and gross mistake: is the reasonable person dead?

Odilon Cavallari

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: Os CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL.....	13
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A IDENTIDADE ONTOLÓGICO-ESTRUTURAL: ENTRE ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS E SEU CONTRIBUTO À MATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
Tatiana Maria Guskow e Liziane Paixão Silva Oliveira	
O ENUNCIADO 665 DA SÚMULA DO STJ E A ESTRUTURA SISTÊMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A “CIRANDA DE PEDRA” DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	29
Pedro Brabo dos Santos e Flípe Lôbo Gomes	
LEGALIDADE, JURIDICIDADE E CONVENCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	49
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Livia Fioramonte Tonet	
O ERRO GROSSEIRO PREVISTO NO ART. 28 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/1942: APORTES TEÓRICOS PARA UMA CONCEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL	69
Marcelo Rodrigues Mazzei, Lucas Oliveira Faria e Sebastião Sérgio da Silveira	
PARÂMETROS DE AFERIÇÃO DA CULPA E DO ERRO GROSSEIRO: O HOMEM MÉDIO MORREU?.....	84
Odilon Cavallari	
A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA ANÁLISE À LUZ DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE.....	110
Alberth Sant’Ana Costa da Silva, Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo e Marco Antônio R. Sampaio Filho	
TIPICIDADE NAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES: O DESAFIO DA CERTEZA DO DIREITO EM UM DOS PRINCIPAIS CAPÍTULOS DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA ESTATAL.....	125
André Petzhold Dias e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho	
MILITARES ESTADUAIS E MOVIMENTOS GREVISTAS: DIVIDENDOS POLÍTICO-ELEITORAIS E INSTABILIDADE DISCIPLINAR INTERNA	145
Juarez Gomes Nunes Junior e Francisco Horácio da Silva Frota	
O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A LEGITIMAÇÃO DO USO DE SEGUROS E DE FUNDOS ESPECIAIS PARA A PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	158
Sandro Lúcio Dezan e Marcelo Dias Varella	
A AVALIAÇÃO DE IMPACTO E DE RESULTADO REGULATÓRIO COMO ESPECTROS DE POLÍTICA REGULATÓRIA-SANCIONATÓRIA EFICIENTE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXÕES À LUZ DA ACCOUNTABILITY	183
Luis Henrique de Menezes Acioly, Isabelle Brito Bezerra Mendes e João Araújo Monteiro Neto	

POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS DAS MULHERES, INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA	208
DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS: REDES INTERSETORIAIS E AS ESTRATÉGIAS DE GESTÃO	210
Palloma Rosa Ferreira, Diego Neves de Sousa, Amélia Carla Sobrinho Bifano e Maria das Dores Saraiva	
O DIREITO AO SALÁRIO-MATERNIDADE NOS CASOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E CHILE	234
Janaina Reckziegel, Rommy Alvarez Escudero e Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc	
A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O ALCANCE DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU: UMA ANÁLISE DO PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ –PR E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	253
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Ana Maria Silva Maneta	
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE	279
SERÃO OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS O CAMINHO PARA O ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE?	281
Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Carlos Eduardo Montes Netto	
POLICY HANDLING TO ACCELERATE STUNTING REDUCTION IN KUPANG TENGAH DISTRICT, REGENCY EAST NUSA TENGGARA PROVINCE	303
William Djani e Jeny Jacoba Therikh	
OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS	318
HARNESSING NOVEL TECHNOLOGIES TO FORTIFY ANTI-CORRUPTION EFFORTS: ASSIMILATING INDIA’S EXPERIENCES INTO UZBEKISTAN’S FIGHT AGAINST CRIMINALITY	320
Abhishek Thommandru e Fazilov Farkhod Maratovich	
NEXUS OF PUBLIC SERVICE INTERVENTIONS AND SOCIAL DEVELOPMENT: LITERATURE SYNTHESIS.....	341
Jonathan Jacob Paul Latupeirissa e Ni Luh Yulyana Dewi Dewi	
INVESTIMENTO-ANJO: UMA PROPOSTA DE JUSTIÇA FISCAL PARA INVESTIMENTOS DE ALTO RISCO	365
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes e Paola de Andrade	
MOTIVAÇÕES DOS CONSUMIDORES PARA INCLUÍREM O NIF NAS FATURAS.....	384
Gabriel Pinto, Daniel Taborda e Pedro Cerqueira	
BUILDING TRUST IN POLICING: CHALLENGES AND STRATEGY.....	402
Baidya Nath Mukherjee e Meera Mathew	

Parâmetros de aferição da culpa e do erro grosseiro: o homem médio morreu?*

Parameters for measuring guilt and gross mistake: is the reasonable person dead?*

Odilon Cavallari**

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar se, no âmbito do direito administrativo sancionador, o critério do homem médio é um parâmetro consistente de avaliação da culpa *stricto sensu* e do erro grosseiro, pois para a aferição da culpa *stricto sensu* é preciso superar os desafios impostos pelo tipo aberto e pela tipicidade indireta, predominantes no direito administrativo sancionador, o que dificulta a identificação do dever de cuidado objetivo em cada caso e do nível de diligência a ser exigido do agente. Neste artigo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, e com base no método hipotético-dedutivo, examinam-se, primeiro, os influxos do direito constitucional público sancionador. Em um segundo momento, busca-se refletir sobre os desafios decorrentes do tipo aberto e da tipicidade indireta. Na sequência, analisa-se o critério do homem médio, suas características e as críticas que recebe, a fim de sustentar uma proposta de releitura. Por último, avalia-se se a aferição do erro grosseiro requer alguma alteração de critério, por se tratar de culpa grave. Conclui-se que o critério do homem médio deve ser aplicado tanto para a culpa simples quanto para o erro grosseiro, mas, a partir de proposta no sentido de que aludido critério requer uma releitura, a fim de que seja usado em duas fases: a primeira concernente à adoção do critério abstrato e a segunda de acordo com o critério concreto. Propõe-se, assim, o abandono da clássica dicotomia entre os dois critérios, de modo a não serem tratados como mutuamente excludentes, mas sim complementares.

Palavras-chaves: Direito administrativo sancionador. Culpa *stricto sensu*. Erro grosseiro.

Abstract

The aim of this article is to analyze whether, in the context of administrative sanctionatory law, the criterion of the reasonable person is a consistent parameter for evaluating guilt *stricto sensu* and gross mistake, since in order to assess guilt *stricto sensu* it is necessary to overcome the challenges imposed by the open type and indirect typicality that prevail in administrative sanctionatory law, which makes it difficult to identify the objective duty of care in each case and the level of diligence to be required of the agent. In this article, through doctrinal and jurisprudential research and based on the hypothetical-deductive method, the influences of public constitutional sanc-

* Recebido em: 01/03/2024
Aprovado em: 17/04/2024

** Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialista em Administração Financeira pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pelo CEUB e em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília (UnB). Auditor Federal de Controle Externo e Assessor de Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). Advogado.
E-mail: odiloncavallari@gmail.com.

tionary law are first examined. In a second step, we seek to reflect on the challenges arising from the open type and indirect typicality. Next, we analyze the criterion of the reasonable person, its characteristics and the criticisms it has received, in order to support a proposal for a re-reading. Finally, we assess whether the measurement of gross mistake requires any change in criteria, as it is a serious fault. The conclusion is that the criterion of the reasonable person should be applied to both simple fault and gross mistake, but based on an innovative proposal in the sense that this criterion requires a re-reading, so that it is used in two phases: the first, concerning the adoption of the abstract criterion, and the second, according to the concrete criterion. The proposal is thus to abandon the classic dichotomy between the two criteria, so that they are not treated as mutually exclusive, but rather complementary.

Keywords: Administrative sanctionary law. Culpability *stricto sensu*. Gross mistake.

1 Introdução

De um modo geral, no ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a responsabilidade subjetiva, segundo a qual é imprescindível a demonstração da culpa para a imputação de responsabilidade. Trata-se de realidade que alcança também o direito administrativo sancionador. As exceções estão expressamente previstas na legislação, a exemplo da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), cujo artigo 2º estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos naquela lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.¹

É bem verdade que o tratamento da culpa comporta algumas variações nos diversos ramos do direito, como ocorre no direito civil, em relação ao qual há quem entenda haver certa erosão da culpa na qualidade de filtro da reparação do dano, o que tem provocado um processo de objetivação da responsabilidade civil em virtude da adoção de presunções contrárias a quem é apontado como devedor.²

Essa percepção da atual realidade não significa o abandono da responsabilidade subjetiva pelo direito civil, conforme se depreende da leitura do art. 186 do Código Civil, no sentido de que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E a doutrina civilista, de igual modo, reafirma o compromisso com a responsabilidade subjetiva e seus três pressupostos, que são o fato ilícito, como elemento formal, por ser uma contrariedade ao direito resultante de uma conduta voluntária; o dolo ou a culpa, como elemento subjetivo; e o dano e seu respectivo nexo de causalidade, como elemento causal-material.³

Referidos elementos são também exigidos pelo direito público sancionador, o que inclui o direito penal e o administrativo em suas variadas vertentes, com a única exceção de que nem sempre o dano será requerido, porquanto há diversos ilícitos penais e administrativos que não exigem o resultado dano, mas revelam uma ofensa ao ordenamento jurídico, por serem ilegais em sentido amplo, ilegítimos ou antieconômicos.

Conforme alertado, porém, por Sandro Dezan e Paulo Carmona, a voluntariedade do agente não é suficiente para fundamentar a aplicação de uma sanção administrativa, pois requer, também, a demonstração do dolo ou da culpa, sob pena de se aceitar, indevidamente, aplicação de sanção com base em responsabilidade objetiva. Por essa razão, os autores sustentam que o elemento anímico da conduta é aferido em duas fases

¹ BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 22 jan. 2024.

² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34-51.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17-18.

ou etapas: na primeira, avalia-se se a ação praticada pelo agente foi voluntária ou involuntária; na segunda, avalia-se se a ação do agente foi dolosa ou culposa.⁴

Desse modo, os elementos da responsabilidade subjetiva são o fato ilícito, a conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, e o nexo de causalidade. Além disso, no direito administrativo sancionador, assim como ocorre no direito penal, a imposição de uma sanção requer a prévia avaliação acerca de eventuais excludentes de ilicitude, excludentes de culpabilidade e causas de extinção de punibilidade.

Especificamente em relação à culpa *stricto sensu*, representada pela negligência, imprudência e imperícia, o desafio a ser superado diz respeito ao critério segundo o qual a conduta supostamente culposa deve ser avaliada. Dentre as possíveis respostas que têm sido consideradas ora pela doutrina ora pela jurisprudência, é possível destacar as seguintes: a) a conduta deve ser avaliada em relação ao caso concreto; b) basta observar se o autor da conduta cumpriu o seu dever de cuidado objetivo; c) age com culpa quem pratica conduta inescusável; d) age com culpa quem incorre em erro no qual o homem médio não incorreria.

Em relação às possíveis respostas supracitadas a última é a que tem atraído maior controvérsia na doutrina, motivo pelo qual o objetivo deste artigo é, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial e com base no método hipotético-dedutivo, responder a seguinte pergunta: no âmbito do direito administrativo sancionador, o critério do homem médio é um parâmetro consistente de avaliação da culpa *stricto sensu* e, em especial, do erro grosseiro?

A resposta passa pela análise dos seguintes pontos: 1) os influxos do direito constitucional público sancionador, na qualidade de fonte primária do direito administrativo sancionador; 2) os desafios inerentes à avaliação da conduta culposa *stricto sensu*, em virtude do tipo aberto e da tipicidade indireta predominantes no direito administrativo sancionador; 3) o critério do homem médio, suas características, críticas e proposta de releitura; 4) análise crítica do uso do critério do homem abaixo da média, para fins de avaliação do erro grosseiro, a partir da divergência jurisprudencial no Tribunal de Contas da União.

2 A aferição da culpa como decorrência do direito constitucional público sancionador

Diferentemente do que ocorre no direito civil, os pressupostos da imputação de responsabilidade subjetiva no direito administrativo sancionador recebem tratamento mais rigoroso e garantista em virtude da incidência de regras e de princípios do direito público sancionador. Ou seja, consoante reconhecido pela doutrina, há um regime jurídico punitivo estatal único formado por normas constitucionais e legais que regulam o direito de punir do Estado, por meio de regras e princípios que estabelecem as possibilidades e os limites da ação estatal.⁵

A qualificação jurídica de uma conduta como ilícito, seja penal ou administrativo, é uma escolha política do legislador, mas que, em ambos os casos, enseja a atuação sancionadora do Poder Público. Por essa razão, as regras e princípios que informam a atuação repressora do Estado assim como as garantias do acusado devem compor um regime jurídico único. Caso contrário, o legislador poderia qualificar determinada conduta no ramo do direito público sancionador que oferecesse menos garantias ao acusado, como estratégia de facilitação da atuação repressiva do Estado.⁶

⁴ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 690-709, abr. 2021, p. 697. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7346>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁵ ATALIBA, Geraldo. Imposto de renda – multa punitiva. *Revista de Direito Administrativo*. 126/550.

⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição*

Por outros fundamentos, Sandro Lúcio Dezan também sustenta a existência de um direito público sancionador, por entender que há uma única lógica do punir, ou seja, a lógica da sanção de direito público é uma só, anterior aos ramos epistemológicos nos quais o legislador, posteriormente, regulamenta a matéria com suas especificidades, tais como o penal e o administrativo, motivo pelo qual o autor defende a presença de um sistema de direito sancionador pré-epistêmico, cujo alcance não se limita às normas de direito material, mas contempla, também, as de direito processual, na qualidade de ramos representativos dos diversos sub-ramos epistemológicos do direito público sancionador.⁷

Marçal Justen Filho, em sentido semelhante, também entende haver um regime jurídico uniforme ao qual se subordinam tanto as sanções penais quanto as administrativas, de modo que deve obediência às garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, o que significa, segundo o autor, “a incidência dos princípios da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da personalidade da sanção, dentre outros”.⁸

Se, portanto, no plano constitucional incidem no direito administrativo sancionador os princípios decorrentes do regime jurídico público unitário, no plano infraconstitucional deve-se recorrer ao uso da analogia com outros ramos do direito, o que sinaliza para o direito penal como fonte predominante para a colmatação das lacunas legislativas, dadas as suas semelhanças com o direito administrativo sancionador.

Nelson Hungria, de longa data, já havia sustentado que “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. (...) Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal”.⁹ Guido Zanobini, no entanto, faz importante ressalva no sentido de que não se aplicam ao direito administrativo sancionador as normas de direito penal concernentes à própria política criminal ou restritas ao âmbito jurídico penal, mas somente aquelas que tenham por fundamento princípios de direito universalizáveis.¹⁰

Na doutrina argentina, a compreensão é no mesmo sentido. Juan Carlos Cassagne, após ressaltar que o ilícito administrativo não é, a rigor, uma infração de dano, mas sim uma transgressão ao dever de colaboração com a Administração Pública na realização das finalidades públicas que busca realizar, enfatiza que o ponto comum entre o ilícito administrativo e o ilícito penal é a aplicação dos princípios de direito penal, especialmente no tocante à exigência de prévia cominação legal para que se aplique uma pena.¹¹

José Cerezo Mir, ao comentar o processo evolutivo da Espanha, informa que, contrariamente ao que ocorreu em vários países europeus, tais como Alemanha, França e Itália, nos quais o crescimento da atividade administrativa provocou uma hipertrofia do direito penal, na Espanha houve um substancial incremento da atividade sancionadora da própria Administração Pública, o que provocou uma reação no sentido, não de uma despenalização ou segregação entre o direito penal administrativo e o criminal, mas sim de uma desadministração da atividade sancionadora da Administração Pública ou a sua sujeição aos princípios fundamentais do direito penal, como o da legalidade, da retroatividade da lei mais favorável e da culpabilidade.¹²

Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 106; no mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 468-491, 2014, p. 469.

⁷ DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 37-39.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.595.

⁹ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, seleção histórica. 1945-1995, p. 15.

¹⁰ ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca, 1924, p. 136.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo I. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 190.

¹² MIR, Jose Cerezo, Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, p. 159-175, Fasc/Mes 2, 1975, p. 162. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em: 14 jan. 2024.

Trata-se de entendimento encampado pelos tribunais espanhóis, a exemplo do Tribunal Constitucional que tem recorrido aos princípios do direito penal para colmatar lacunas do direito administrativo sancionador, embora tenha ressalvado que essa importação jurídica deve-se dar com matizes.¹³ No mesmo sentido tem sido a jurisprudência do Tribunal Supremo que, há, no mínimo 50 anos, supre as lacunas do direito administrativo sancionador a partir de normas do direito penal, justamente por reconhecer a existência de um regime jurídico punitivo único de estatura constitucional.¹⁴

Alejandro Nieto, porém, em detida análise que fez da evolução da jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol a partir da decisão de 1972 (STS de 9 de fevereiro de 1972) até a Sentença de 21 de fevereiro de 1984 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Oztürk), teceu substancial crítica à tese adotada nesses julgamentos de que haveria uma unidade supra conceitual entre os ilícitos penal e administrativo, ou seja, de natureza ontológica. Para o autor, a identidade ontológica significa identidade não normativa, mas sim identidade relativamente à própria natureza das coisas, o que entende não existir no caso dos ilícitos penal e administrativo, tendo em vista que são conceitos puramente normativos. Ou seja, determinada conduta somente é considerada ilícita se houver uma norma que assim a considere.¹⁵

Portanto, segundo o autor, não faz sentido se falar em identidade ontológica, pois não há ilícito não normativo, apenas no mundo dos fatos, tendo em vista que o ilícito não existe por si só, porquanto é criado pela norma. Todo ilícito é um fenômeno normativo. Além disso, Nieto entende até mesmo desnecessário o esforço de tentar estabelecer uma identidade ontológica para justificar um tratamento normativo semelhante, ao menos no essencial, pois ao legislador, por razões diversas, é dado o direito de prever norma que dispense idêntico tratamento a seres ontologicamente diferentes, como é o caso do homem e da mulher que, embora tenham naturezas distintas, recebem idêntico tratamento normativo.¹⁶

Nieto também critica a tese de que a identidade ontológica não é entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, mas sim entre a sanção administrativa e a sanção penal, sob o argumento de que ambas são expressão do *jus puniendi*. O autor cita as Sentenças de 14 de junho e 4 de julho de 1989 (Ar. 4625 y 5246, Llórente) e a Sentença de 13 de outubro de 1989 (Ar. 8386; Mendizábal), todas do Tribunal Supremo, para exemplificar que esse entendimento incorre em um raciocínio circular, porque, na sentença de Llórente, o *jus puniendi* unitário do Estado foi justificado sob o argumento de que haveria uma identidade ontológica entre as sanções administrativa e penal, mas, contraditoriamente, na sentença de Mendizábal, se fez o inverso, ou seja, justificou-se a citada identidade ontológica ao argumento de que decorrem do mesmo *jus puniendi* unitário.¹⁷

A crítica de Nieto, na realidade, volta-se contra a abordagem filosófica do assunto, pois o autor admite e defende, expressamente, a aplicação, com matizes, do direito penal ao direito administrativo sancionador, como elemento integrador desse último ramo jurídico, mas o faz por questões pragmáticas, a partir da análise normativa, por identificar no direito penal o ramo jurídico, no plano infraconstitucional, no qual há técnicas mais profundas sobre a aplicação de penas e experiência sobre o tema que não podem deixar de ser aproveitadas nem adotadas, pois a rigor o *jus puniendi* unitário do Estado se abastece, exatamente, dessas técnicas do direito penal e expande a sua aplicação.¹⁸

Embora na prática possa parecer indiferente adotar a tese da identidade ontológica do ilícito administrativo e penal ou das respectivas sanções ou rejeitá-la desde que se apliquem, com matizes, alguns princípios e regras do direito penal ao direito administrativo sancionador, este artigo fundamenta-se na corrente de

¹³ ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013, p. 174-175.

¹⁴ RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n. 109, p. 185-191, Enero-abril, 1986, p. 190, nota de rodapé.

¹⁵ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 149-153.

¹⁶ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 154.

¹⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 155.

¹⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 161-165.

pensamento antes mencionada que reconhece a identidade ontológica das sanções administrativa e penal, por derivarem de um mesmo fundamento jurídico, qual seja, o direito de punir do Estado, de estatura constitucional.

Importante registrar que tanto o Tribunal Constitucional quanto o Tribunal Supremo da Espanha têm enfatizado a relevância de que a importação dos institutos de direito penal para o direito administrativo sancionador se processe “com os devidos matizes oriundos da natureza das sanções administrativas que atendem [...] ao devido cumprimento das finalidades da atividade administrativa”.¹⁹ Entre os princípios de direito penal aplicáveis ao direito administrativo sancionador, o Tribunal Supremo já mencionou, sem pretensão de esgotar o tema, o da presunção de inocência, o da legalidade e o da interdição da arbitrariedade.²⁰

Nieto defende a adoção do seguinte critério para a aplicação de institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador: primeiro, devem ser aplicados os princípios punitivos constitucionalizados, ainda que oriundos do direito penal, pois devem ser vistos como princípios comuns a todo o sistema punitivo do Estado, motivo pelo qual têm precedência sobre qualquer disposição infraconstitucional; segundo, devem ser aplicados ao direito administrativo sancionador os princípios do direito penal não constitucionalizados, desde que não haja comando legal em sentido contrário na área onde se pretende aplicá-los, pois, nessa hipótese, prevalecem os princípios da área específica e não os de direito penal.²¹

Também a favor da existência de um direito público sancionador foi a manifestação do ministro Roberto Barroso, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal”, informado pelos princípios constitucionais legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da segurança jurídica e da irretroatividade, da culpabilidade e da pessoalidade da pena, da individualização da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade.²²

A incidência do direito constitucional público sancionador sobre o direito administrativo sancionador não elimina por completo eventuais interseções com outros ramos do direito, especialmente em matérias aproximadas, como ocorre com a aferição da culpa *stricto sensu*. Por essa razão, o direito civil, embora dispense tratamento menos garantista à responsabilidade subjetiva, com certa tendência à objetivação em muitos casos, em virtude da erosão da culpa, conforme se afirmou anteriormente, é também importante fonte de consulta. Particularmente em relação ao critério do homem médio, tanto a doutrina quanto a jurisprudência civilista oferecem significativas contribuições para o aprofundamento do tema, o que justifica o recurso a esse ramo do direito também.

3 Desafios na aferição das condutas culposas, especialmente no direito administrativo sancionador

O principal traço distintivo da culpa *stricto sensu* para o dolo reside na finalidade da ação, pois no dolo a conduta é direcionada para a produção de um resultado ilícito desejado ou, no mínimo, aceito pelo seu autor, ao passo que na culpa *stricto sensu* o resultado ao final produzido não é o desejado, mas ocorre em virtude de uma falha na execução da conduta, por negligência, imprudência ou imperícia.

¹⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 169.

²⁰ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 167.

²¹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 167.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Mandado de Segurança n.º 32.201*. Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei n.º 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...). Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287495>. Acesso em: 18 jan. 2024.

Sergio Cavaliere Filho, com base na doutrina do civilista português Fernando Pessoa Jorge, sustenta que a conduta diligente é formada por dois momentos distintos. No primeiro, o agente busca identificar, em um processo intelectual, o comportamento que se espera dele, ou seja, o comportamento que deve ser o mais adequado, consideradas as opções que têm e as vantagens e desvantagens de cada um. No segundo momento, isto é, após decidida qual é a conduta mais adequada a ser praticada, o agente efetivamente a pratica. Nos dois momentos só é exigível do agente um esforço médio.²³

E aqui reside o desafio, pois o que se espera do agente é a prática de uma conduta diligente, prudente ou perita. A dificuldade fica mais evidente quando se coloca a questão diante do caso concreto a ser enfrentado pelo agente, pois resta saber o que, na prática, é considerada uma conduta diligente, prudente ou perita. Além disso, segundo quais critérios será formada essa convicção.

Considerada essa realidade, a análise da consistência do critério do homem médio ou de qualquer outro a se considerar requer a compreensão da importância do denominado modal deontico para o convívio social, pois somente a partir do prévio conhecimento acerca de quais condutas são permitidas, proibidas ou obrigatórias as pessoas físicas e jurídicas terão condições de decidir, de modo esclarecido, se preferem se conduzir de acordo com o direito ou não. Em outras palavras, o modal deontico, como o próprio nome indica, diz respeito ao mundo do dever ser, da deontologia, no que concerne ao comportamento dos membros da sociedade, quanto ao que lhes é permitido, proibido ou obrigatório.²⁴

No âmbito do direito penal essa prévia descrição da conduta denomina-se “tipo”, que pode ser doloso ou culposo.²⁵ O tipo é uma decorrência do princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Desse modo, evita-se a surpresa, promove-se previsibilidade e respeita-se o direito do cidadão de escolher livremente a conduta que pretende praticar, sabedor de suas consequências jurídicas, como, por exemplo, a obrigação de reparar um dano, a correção ou o desfazimento do ato ou contrato ilícito, ou, ainda, a imposição de uma sanção. Praticada a conduta descrita pelo tipo, abre-se caminho para a imposição da respectiva consequência jurídica.

Tipicidade, a seu turno, é a adequação da conduta praticada no mundo dos fatos àquela descrita abstratamente pela norma, ou seja, a tipicidade consiste no resultado de uma operação de subsunção do fato à norma que revela a sua perfeita adequação. Eis a razão pela qual a tipicidade é também denominada de adequação típica. Consequentemente, diz-se que a conduta é típica quando preencheu todos os elementos do tipo.²⁶

O tipo pode ter elementos descritivos, normativos e subjetivos. Os elementos descritivos são de natureza objetiva, pois, como o próprio nome indica, descrevem objetos, coisas, seres vivos em geral, inclusive humanos, portanto, cuja compreensão é simples, não requer juízos psíquicos nem de valor. Exemplo emblemático é o crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal, que prevê o seguinte tipo: “matar alguém”.

É baixo o esforço de interpretação para o bom entendimento do significado do tipo previsto no art. 121 do Código Penal, pois o verbo “matar” indica uma ação que necessariamente produz o resultado morte, sem o qual não há o crime de homicídio. E a palavra “alguém”, que pertence à classe gramatical dos pronomes

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

²⁴ Sobre o modal deontico das normas jurídicas: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 75. Em sentido semelhante, entre outros: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO. 5. ed. 2012, p. 125-129.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 365.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 382-383; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 169.

indefinidos, exerce na frase, à luz da sintaxe, a função de objeto direto e, em termos semânticos, refere-se, iniludivelmente, a um ser humano.

Os elementos normativos do tipo, a seu turno, são aqueles que, para a sua aplicação, requerem um juízo valorativo do julgador para a sua concretização, a exemplo das seguintes expressões constantes de vários artigos do Código Penal: “sem justa causa” (art. 153), “motivo fútil” (art. 122, § 3º, I), “dignidade ou o decoro” (art. 140), “indevidamente” (art. 151), “injustamente” (art. 337-N), “relevante” (art. 337-O), “suficientes e necessários” (art. 337-O, § 1º) e outros.

Os elementos subjetivos do tipo, por fim, dizem respeito aos elementos anímicos que revelam a vontade do autor da conduta, motivo pelo qual se referem ao campo psíquico, pois dizem respeito à representação mental feita pelo agente em relação à realidade que pretendeu concretizar. A doutrina tem indicado o dolo como elemento subjetivo por excelência, mas há quem inclua nessa classificação também a culpa *stricto sensu*, nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia.²⁷

Tipos que contêm elementos descritivos, normativos e subjetivos suficientemente esclarecedores são denominados pela doutrina de tipos fechados. Por outro lado, os tipos abertos são aqueles sem descrição completa da conduta, motivo pelo qual exigem do aplicador da norma esforço interpretativo para a definição da conduta indesejada.²⁸

É o caso, por exemplo, dos tipos culposos, pois, salvo algumas exceções, em regra, a norma não define quais condutas são negligentes, imprudentes ou imperitas. Caberá ao julgador, diante do caso concreto, proceder a essa avaliação, a fim de, primeiro, formar a sua convicção sobre qual conduta seria diligente, prudente ou perita, para, a partir desse modal deontico, concluir se a conduta praticada foi negligente, imprudente ou imperita.

Consoante reconhecido pela doutrina nacional e estrangeira, no direito administrativo sancionador, como ramo do direito constitucional público sancionador, aplica-se o princípio da tipicidade e, portanto, trabalha-se com o conceito de tipo, embora, na maioria dos casos, sejam tipos abertos que requerem valoração subjetiva do aplicador da norma.²⁹

Exemplo do que se expõe é o art. 155 da Lei 14.133/2021, que, ao descrever as infrações pelas quais o licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente, previu, no inciso X, a seguinte hipótese: “x – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza”. Saber, portanto, o que é comportamento “inidôneo” não é tarefa simples e contempla elevada dose de subjetividade, por se tratar de conceito jurídico de conteúdo indeterminado cuja concreção somente é possível diante de cada caso concreto.³⁰

Para se chegar à conclusão de que ocorreu a adequação típica, isto é, de que a conduta praticada no mundo dos fatos se amolda perfeitamente àquela prevista abstratamente pela norma, o que conduziria, no caso, à conclusão de que houve a prática de um ato ilegítimo ou antieconômico, é preciso, antes, identificar, em relação à situação de fato, o que seria legítimo ou econômico.

No entanto, diferentemente do que ocorre quando se lê o art. 121 do Código Penal, relativamente ao crime de homicídio, sobre o qual é fácil saber qual conduta não praticar a fim de evitar matar alguém, não

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 180-182; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 370-372.

²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 311-312.

²⁹ No direito espanhol: RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n. 109, p. 185-191, Enero-abril, 1986, p. 190, nota de rodapé. No direito italiano: ZANOBINI, Guido. Op. cit., p. 136. No direito brasileiro: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 141-148.

³⁰ No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1599-1600.

é fácil para o agente público, em muitas oportunidades, saber qual conduta deve praticar para que seja considerada legal, legítima ou econômica. E nessa questão reside o desafio tanto para o agente público quanto para o órgão de controle.

A clareza do tipo, portanto, é essencial para a concretização do princípio da segurança jurídica e para fornecer previsibilidade às pessoas. Consoante observa Claus Roxin, ao fazer coro com Welzel, o tipo tem a função de garantia, na medida em que descreve de forma objetiva a conduta proibida, pois somente assim se dá cumprimento ao princípio de que não há pena sem prévia cominação legal.³¹

Por outro lado, a clareza do tipo é também importante para autorizar e, ao mesmo tempo, limitar a atuação do julgador. É o que Rogério Greco denominou de função fundamentadora, pois é por intermédio do tipo que o órgão julgador está autorizado a imputar responsabilidade a alguém em virtude da prática de conduta ilícita, mas é também pelo tipo que o julgador está limitado na sua atuação que somente estará fundamentada no tipo se não ultrapassar os seus limites.³²

Contudo, a clareza do tipo no direito administrativo é tarefa, verdadeiro desejo, quase sonho de consumo, que se desenvolve por caminhos mais longos e tortuosos. A razão está na profunda distinção entre os crimes definidos pelo legislador, não todos, mas a sua maioria, e os ilícitos administrativos.

A definição legislativa das condutas consideradas crime, em regra, decorre de uma arbitrariedade do legislador que decide pela sua tipificação em virtude da sua atividade legislativa que busca traduzir os valores mais sensíveis e caros da sociedade, em determinado tempo e espaço, a partir da positivação de normas incriminadoras. Nesse sentido, os tipos penais, no geral, são autônomos, suficientes para transmitir às pessoas a ideia clara das condutas proibidas e das obrigatórias. Portanto, o direito penal é vocacionado a instrumentalizar, na legislação, a repulsa da sociedade a determinados comportamentos que considera altamente reprováveis.

Não é essa, porém, a realidade do direito administrativo, pois suas normas são elaboradas com a finalidade de ordenar a atividade da Administração Pública, a partir do estabelecimento de princípios e regras sobre o que é permitido, proibido e obrigatório, de modo que os direitos das pessoas físicas e jurídicas sejam não apenas respeitados, mas também efetivados, concretizados, naquilo que dependam de prestações positivas do Poder Público, seja direta ou indiretamente, a partir de sua atuação regulatória.

Quer se dizer, portanto, que a identificação do comportamento permitido, proibido ou obrigatório do agente público raramente está no tipo ilícito administrativo, mas sim em uma norma regente do funcionamento da Administração Pública. Consequentemente, para se saber se o agente público incorreu no tipo previsto nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas como, por exemplo, ter praticado ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico é necessário consultar as normas ordenadoras da atividade administrativa, porquanto nelas constam as permissões, as proibições e as obrigações dos agentes públicos.

E isso explica parte da razão pela qual tipos ilícitos administrativos contemplam conceitos jurídicos indeterminados, tais como as expressões “ilegítimo” e “antieconômico”, pois, na linha da observação que Juan Carlos Cassagne fez sobre o tipo disciplinar, mas cujo raciocínio nesse caso particular se aplica ao direito administrativo sancionador em geral, é impossível especificar, antecipada e detalhadamente, as atribuições dos agentes públicos.³³

Esse procedimento de tipificação do direito administrativo no qual a leitura do tipo ilícito administrativo não é suficiente, pois requer a consulta a outra norma em que conste a proibição ou a obrigação do agente

³¹ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução para o castelhano: Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 170.

³² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 191-192.

³³ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo II. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 448.

público, é denominado pela doutrina de tipificação indireta.³⁴ Como afirma Alejandro Nieto, os tipos sancionadores administrativos não são autônomos, porquanto se referem a outras normas nas quais consta a conduta obrigatória ou proibida. E não há problema em relação a isso, pois, diferentemente do direito penal que lida com um repertório limitado de crimes, no direito administrativo “a lista de infrações é indomável, de modo que, caso se tentasse ser exaustivo, resultaria em bibliotecas inteiras”.³⁵

Na perspectiva do agente público, tipos abertos e tipificação indireta podem, portanto, enfraquecer o princípio da segurança jurídica, mas, por outro lado, as normas ordenadoras da Administração Pública exercem função basilar para a previsibilidade do direito, ao disciplinarem a atividade administrativa, em geral, e dos agentes públicos, em particular, o que é positivo, pois quanto mais elementos descritivos do tipo, de natureza objetiva, houver nas normas ordenadoras tanto menor tende a ser a insegurança jurídica e tanto maior a previsibilidade. Exemplos emblemáticos são a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021).

Paradoxalmente, a legislação ordenadora da atividade administrativa se, por um lado, tem disciplinado algumas atividades a partir de normas com elevado conteúdo instrumental, por outro, tem também feito uso intenso de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado e, mais recentemente, de comandos que exigem do agente público a realização de juízos consequencialistas mais frequentes e específicos, a exemplo do art. 20 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (LINDB).³⁶

Por essa razão, o cumprimento da norma nesse caso é mais complexo, pois envolve diversos conceitos jurídicos indeterminados e juízos consequencialistas desafiadores. Nessa hipótese, é mais difícil a identificação da conduta lícita esperada do agente público que não o enquadre no tipo ilícito de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, assim como o é também para o órgão de controle questionar a escolha do gestor e fundamentar eventual sanção que lhe venha a ser aplicada.

4 O critério do homem médio para aferição da culpa: conceito, críticas e proposta de releitura

Desse modo, o tipo aberto e a tipicidade indireta são características desafiadoras para a avaliação consistente da conduta culposa *stricto sensu*, pois, para saber se a conduta praticada foi negligente, imprudente ou imperita, é preciso, primeiramente, identificar qual seria a conduta diligente, prudente ou perita esperada do agente.

Em termos gerais, a conduta esperada de todo membro da sociedade é aquela que não ofenda bens jurídicos. Como explica Welzel, o direito exige de todos que queiram viver sem restrições nas suas relações sociais que ajam de acordo com o dever de observância da diligência necessária ao convívio social.³⁷ É o denominado dever de cuidado objetivo. Segundo o aludido autor, a diligência objetiva significa, portanto, a

³⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, 2006, p. 312. No Brasil: MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 144; VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 217-218.

³⁵ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 312.

³⁶ LINDB, art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

³⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 136-137.

“observância da medida socialmente adequada do perigo para os bens jurídicos”, mas determinar qual é essa medida “é uma das tarefas mais difíceis do juiz”.³⁸

A doutrina penalista, em geral, refere-se ao dever de cuidado objetivo como algo relativamente fácil de se identificar, entre outros motivos, porque o tipo culposo, em regra, é derivado de um tipo doloso no qual a norma proibitiva é de clara compreensão.³⁹ Exemplo do que ora se trata é o crime de homicídio, que admite tanto a modalidade dolosa quanto a culposa. Nesse caso, a norma proibitiva é “é proibido matar”, da qual decorre a norma mandamental “não matar”. Portanto, nesse caso, o dever de cuidado objetivo envolve a adoção de cautelas de fácil percepção, a fim de que as pessoas que não queiram matar alguém não incorram no crime de homicídio culposo em virtude de uma conduta negligente, imprudente ou imperita que revele o descumprimento do dever de cuidado objetivo.

Não é difícil compreender a razão pela qual muitos doutrinadores recorrem ao exemplo do tráfego de veículos para explicar essa questão. Dizem que há um dever de cuidado objetivo imposto a todos que dirigem veículos automotores, de modo que quem está na via secundária sabe que deve dar preferência a quem está na via principal que, por sua vez, pode trafegar com tranquilidade pela via principal, sem parar em cada esquina, porque confia que quem está na via secundária cumprirá o seu dever de cuidado objetivo que, nesse exemplo, decorre das próprias normas de trânsito. Daí, também, a razão pela qual a doutrina se refere ao princípio da confiança como instituto derivado do dever de cuidado objetivo. Como se vê, portanto, o dever de cuidado objetivo nesse exemplo é de fácil compreensão para todos os motoristas.⁴⁰

Há, ao menos, duas distinções relevantes entre o tipo culposo no direito penal e no direito administrativo que precisam ser consideradas na avaliação da conduta: primeira, a conduta culposa no direito administrativo não é, em regra, derivada de um tipo doloso do qual seja facilmente apreensível a norma proibida e a norma obrigatória, mas sim um delito autônomo; segunda, o dever de cuidado objetivo no direito administrativo, não raras vezes, é dado por comandos extremamente abertos e genéricos, principalmente porque numerosas normas do direito administrativo são de ordenação da atividade administrativa.

A Administração Pública, conforme se demonstrou anteriormente, é regida intensamente por princípios que são mandados de otimização, isto é, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁴¹ Significa dizer que a norma impõe ao administrador público diversos mandados de otimização, mas não lhe fornece detalhes sobre como efetivar esses mandados, que são os princípios, de modo que, para o bem e para o mal, lhe concede substancial margem de atuação.

A Lei n.º 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) está repleta de exemplos sobre o assunto. Um deles é o art. 47, inciso II, ao dispor que “as licitações de serviços atenderão aos princípios: [...] II – do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso”. Trata-se de decisão muitas vezes difícil de ser tomada, porquanto saber de antemão se será ou não economicamente vantajoso o parcelamento é tarefa que envolve certa dose de incerteza, pois, em certos contratos, há variáveis difíceis de serem antecipadamente identificadas ou estimados os seus impactos.

A questão é relevante porque a doutrina aponta a previsibilidade do resultado como um dos elementos do delito culposo, de modo que, se o resultado era imprevisível, não há de se falar em conduta culposa. O desafio é saber como avaliar, após o fato consumado, se havia ou não a previsibilidade do resultado quando da prática da conduta. É o caso, por exemplo, da gestão de riscos nas contratações públicas, imensamente

³⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 141-142. Do original: “Diligencia objetiva significa la observancia de la medida socialmente adecuada del peligro de bienes jurídicos. Determinar esta medida es una de las tareas más difíciles del juez”.

³⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 322.

⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 322; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 396.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 90-91.

prestigiada na Lei n.º 14.133/2021, tanto que a palavra risco consta nada menos do que 48 vezes contra apenas 3 vezes na Lei n.º 8.666/1993.

Ora, medidas tendentes a reduzir os riscos têm custos e são precificadas pelo mercado, a exemplo do seguro de veículos. Os seus proprietários, em regra, optam por realizar uma despesa antecipada e certa, a fim de evitar uma despesa futura, mas incerta. E assim o fazem por concluírem que a relação custo/benefício compensa diante da probabilidade de um sinistro.

No caso de contratações públicas, no entanto, a decisão sobre a gestão de riscos pode ser bem mais complexa. É o caso do seguro cambial, que é uma operação tendente à proteção do valor do contrato diante de futuras variações cambiais. Em licitações públicas para a contratação de objetos cujos insumos podem estar sujeitos à variação cambial, a decisão a ser tomada é sempre desafiadora, pois, caso se insira no edital de licitação a exigência de seguro cambial, os licitantes naturalmente precificarão esse seguro nas suas propostas, o que implicará o aumento do valor da contratação.

A contratação de seguro cambial não se justifica em cenários cambiais estáveis. Além disso, há variações cambiais que, pela sua baixa repercussão contratual, também não justificam a contratação do seguro cambial, tendo em vista que onera substancialmente o valor do contrato. Nessas hipóteses, é melhor correr o risco. É essa a razão, inclusive, do nome: “gestão de riscos” e não “redução de riscos”, pois esta tem custos que precisam ser avaliados diante dos benefícios esperados.

Portanto, este é o desafio da avaliação da conduta culposa no âmbito da Administração Pública, qual seja, o de identificar qual era, ao tempo da ação, o dever de cuidado objetivo exigido do agente ou, em outras palavras, qual era o nível de exigência decorrente do modal deontico relativamente ao grau de diligência, prudência ou perícia que era razoável exigir do autor da conduta. A resposta a essa indagação é condição essencial para a aferição da culpa *stricto sensu*, pois somente a partir da identificação de qual era a conduta esperada é possível formular juízo sobre a conduta praticada.

Nesse sentido, a doutrina majoritária tem adotado o critério do homem médio como parâmetro de aferição da culpa *stricto sensu*. Referido critério segue os passos descritos por Silvio Rodrigues, segundo o qual para:

verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado in abstracto pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta.⁴²

Nos países que adotam o sistema *civil law*, o critério do homem médio tem origem no conceito de bom pai de família do direito romano (*bonus pater familias*) ao passo que, nos ordenamentos jurídicos adeptos do sistema do *common law*, referido critério surgiu com base no conceito de *reasonable man*, posteriormente ajustado para *reasonable person* (pessoa razoável), “entendido como o homem médio, o homem-padrão, o indivíduo prudente”, sendo, até os dias atuais, o critério predominante em ambos os sistemas jurídicos.⁴³

Na mesma linha preleciona Sérgio Cavalieri Filho no sentido de que a noção de culpa é normativa, isto é, exige um juízo de valor em cada caso, e, nas hipóteses em que não há normas legais ou regulamentares específicas, “o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico — comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente”.⁴⁴

⁴² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 146. *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34.

Aludido parâmetro de comparação serve para aferir a conduta culposa nos termos do que ordinariamente acontece, pois não é de se exigir do agente que adote um nível de cuidado que não seria o ordinariamente adotado pelo homem comum, homem médio ou normal, adotado também como parâmetro pelo legislador na elaboração das leis que fixam os direitos e os deveres das pessoas em sociedade.⁴⁵

Ou seja, na seara da responsabilidade civil, como bem resume Carlos Roberto Gonçalves, “é consenso geral de que não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos ‘previsibilidade’ e comportamento do *homo medius*.”⁴⁶ Nas palavras de Cavaliari Filho, “o padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz”.⁴⁷

No campo da responsabilidade penal, de igual modo, o critério do homem médio é amplamente utilizado pela doutrina, de longa data. Conforme observado por Francisco de Assis Toledo, a culpa *stricto sensu*, embora tenha sido uma criação do direito privado, foi, aos poucos, sendo transplantada para o direito penal.⁴⁸

Na dicção de Mirabete, se, por um lado, há deveres e cuidados que são expressamente previstos pela legislação, tais como a velocidade máxima na condução de veículos e o uso de equipamentos para certas atividades industriais, por outro, é impossível à legislação prever todas as possíveis violações de cuidados nas atividades humanas. Nessas hipóteses, “deve-se confrontar a conduta do agente que causou o resultado lesivo com aquela que teria um homem razoável e prudente em lugar do autor”.⁴⁹

Observa Damásio de Jesus que os crimes dolosos não demandam o uso do método comparativo com o homem médio, porquanto para a sua ocorrência basta que haja adequação típica, isto é, basta que o autor do crime tenha praticado, no mundo dos fatos, exatamente a mesma conduta prevista abstratamente pela norma.⁵⁰

O mesmo, porém, não se pode afirmar do crime culposos, porquanto, conforme lembrado por Rogério Greco, amparado em lição de Hans Welzel, “nos delitos culposos a ação do tipo não está determinada legalmente. Seus tipos são, por isso, ‘abertos’ ou ‘com necessidade de complementação’, já que o juiz tem que completá-los para o caso concreto”.⁵¹

Desse modo, se, no crime doloso, deve-se comparar a conduta do agente com aquela prevista abstratamente pelo tipo penal, no crime culposos, o mecanismo é outro, pois a norma penal não descreve a conduta culposa, razão pela qual, segundo ensina Heleno Fragoso, “a tipicidade nos crimes culposos determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários”.⁵²

Especificamente no âmbito do direito administrativo sancionador, de igual modo, adota-se o critério do homem médio, pois, conforme observado por Alejandro Nieto, a identificação de qual é o dever de cuidado objetivo em cada caso pode conduzir o julgador a valorações arbitrárias, motivo pelo qual lhe resta se socorrer do critério do homem médio.⁵³

No entanto, o método comparativo com o homem médio não desfruta de consenso no meio jurídico, a exemplo de Zaffaroni e Pierangeli que o rejeitam veementemente. Referidos autores entendem que o critério a ser adotado na avaliação da conduta culposa é o do dever de cuidado objetivo, apenas, que deve ser

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 4: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

⁴⁷ CAVALIARI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 290-291.

⁴⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 139.

⁵⁰ JESUS, Damásio. E. de. *Direito Penal*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 253-254.

⁵¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 217.

⁵² FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 220.

⁵³ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, 2006, p. 392.

avaliado “de acordo com a situação jurídica de cada homem”, sem o uso de fórmulas gerais, tais como a do “homem normal” que, segundo os autores, “de nada servem”.⁵⁴

Mencionados autores recorrem ao exemplo de um médico que durante a cirurgia recebe da enfermeira o instrumental sem esterilização e o usa. A controvérsia diz respeito à culpa do médico. Para os autores, “o médico terá violado o dever de cuidado se a falta de esterilização do instrumental era de tal natureza que devia tê-la percebido ao utilizá-lo”.⁵⁵

Contudo, os autores deixaram de esclarecer, nesse exemplo, o critério que o juiz adotará para avaliar se o médico devia ou não ter percebido a ausência de esterilização do instrumental. Considerando que o juiz não é médico e, muito provavelmente, nunca foi, como saberá qual o procedimento usual que os cirurgiões adotam nessas atividades e se variam de acordo com o tipo de cirurgia, a sua urgência, as instalações onde é realizada, o tipo de esterilização que é feita, o tipo de instrumental que é usado, o tamanho e o perfil da equipe de apoio do médico e outras tantas questões que somente a prática médica dos cirurgiões pode revelar.

Na mesma linha crítica, Juarez Tavares, talvez o penalista brasileiro que mais discorreu sobre o método comparativo, o homem médio ou normal, e que mais o criticou, sustenta que “não se deve, em caso algum, ter por base a figura do homem prudente, consciencioso e diligente, com cuja conduta imaginária se deveria comparar a conduta realizada pelo agente”, pois, segundo o autor, a figura do homem prudente é uma sofisticação do conceito de homem médio da teoria causal e é inferido de um juízo subjetivo do próprio julgador “e não de um padrão objetivo e coerente”, já que o julgador imagina o conceito de homem prudente a partir de seus próprios conhecimentos e “traumas pessoais”, ou seja, o homem prudente seria, na visão do autor, “aquele que fosse fixado pelo julgador e nada mais”.⁵⁶

Juarez Tavares reconhece, porém, que é necessária uma orientação ao julgador para que possa bem avaliar qual seria a conduta cuidadosa, ou seja, qual seria o dever de cuidado objetivo a ser exigido do agente no caso concreto. Nesse sentido, o autor concorda com a proposta que João Mestieri formulou para a culpabilidade, mas que Tavares entende ser possível aproveitá-la também para o tipo de injusto culposos, no sentido de se adotar a “experiência geral da vida” como “parâmetro empírico negativo” do cuidado instituído pela norma, de modo que “não haverá conduta descuidada desde que tenha sido realizada de conformidade com a experiência geral da vida”.⁵⁷

Embora admita que o critério do homem prudente também poderia ser complementado “com a exigência de que lhe fossem estendidas as mesmas condições em que se encontrava o sujeito concreto”, Tavares o refuta por entender necessário “eliminar-se do direito penal todo e qualquer elemento meramente fictício ou subjetivo”, tal como é o conceito de homem prudente. Segundo o autor, “a experiência geral relativa à execução de uma atividade é, ao revés, um elemento concreto, aferível, inclusive, empiricamente, o que pode servir de elemento objetivo de referência para a norma mandamental”.⁵⁸

No entanto, a proposta do autor conduz, exatamente, à mesma conclusão do homem prudente que tanto refutou, pois a denominada “experiência geral da vida” refere-se, a rigor, à prática adotada e aceita por diversas pessoas de um determinado meio social. Disso resulta que a proposta do autor opera segundo o mesmo método do homem prudente, ou seja, pela comparação entre a conduta do agente com aquela praticada e aceita em determinado meio social ou profissional. Ora, como se verá adiante, esse é exatamente o método como atualmente se trabalha com o conceito de homem médio, nos termos da moderna doutrina e da jurisprudência.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 439-440.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 439-440.

⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 323-324.

⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 328.

⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 330-331.

Ainda na seara penal, Cezar Roberto Bitencourt, apesar de não tecer qualquer crítica ao critério do homem médio, prudente, enfatiza que a comparação entre a conduta do agente e a que seria devida deve ser procedida à luz das condições concretas. Segundo entende o citado autor, “é necessário indagar, sob a perspectiva *ex ante*, se no momento da ação ou da omissão era possível para qualquer pessoa no lugar do autor identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido”. Por fim, alerta o autor que a avaliação sobre se era possível ao agente, no caso concreto, ter adotado as cautelas devidas é tarefa a ser feita quando da análise da culpabilidade, a fim de verificar se lhe era exigível conduta diversa.⁵⁹

Em relação à responsabilidade civil, Anderson Schreiber registra que o método de aferição *in abstracto* do comportamento que seria o esperado, nos moldes romanísticos do *bonus pater familias*, tem sofrido críticas tanto no Brasil quanto em outros países, pelo fato de ser um “padrão único de diligência e razoabilidade” que é “incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas”, marcada pela “especialização dos setores econômicos” e o avanço tecnológico.⁶⁰

Por essa razão, o autor informa que, sem abandonar o método abstrato, os tribunais judiciais têm aplicado o que se denominou de “fragmentação dos modelos de conduta”, ou seja, os tribunais “têm, em toda parte, procurado dar ênfase às circunstâncias concretas e à especialidade das situações submetidas à sua avaliação, desenhando modelos múltiplos e menos generalizados de comportamento”, o que tem sido feito a partir de consulta a diretrizes emitidas por associações profissionais, a códigos de conduta especializados, ainda que sem valor normativo, e a oitiva de assistentes judiciais especializados.⁶¹

Desse modo, o modelo único de homem médio tem sido substituído pelos tribunais judiciais por modelos específicos de homem médio de cada área de atuação. Schreiber cita o exemplo do transporte de material genético e da companhia acusada de divulgar balanços adulterados, pois nesses casos haveria dois modelos de conduta: o primeiro seria identificado a partir da consideração acerca dos “procedimentos técnicos habituais, as condições em que se deu o transporte, as recomendações da Agência Nacional de Saúde e de entidades especializadas”; e o segundo, a partir das “normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa e assim por diante”.⁶²

Entende-se que o critério do homem médio, prudente, normal é importante subsídio para a formação de convicção do julgador que, em muitos casos, é um leigo no assunto, como no exemplo invocado por Zaffaroni e Pierangeli do cirurgião que usa instrumental não esterilizado que lhe foi entregue pela enfermeira. Nesse caso, o homem médio deveria ser o “cirurgião médio, prudente” como representativo do comportamento usual dos outros médicos cirurgiões em circunstâncias semelhantes.

Não por outra razão, em situações como essa é extremamente comum a convocação como testemunha de outros médicos cirurgiões e de algum membro do conselho de fiscalização da profissão, no caso o respectivo Conselho Regional de Medicina, na condição de representante da classe médica, exatamente com a finalidade de se identificar a prática profissional reiterada nessas circunstâncias. Portanto, o método comparativo é importante instrumento para subsidiar o julgador na avaliação de qual é o dever de cuidado objetivo e qual a intensidade desse dever.

Com efeito, a própria legislação recorre ao método comparativo com um padrão de comportamento, para fins de estabelecimento de regra de conduta, a exemplo do art. 138 do Código Civil, segundo o qual “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Ou ainda

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 393.

⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 41.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42.

⁶² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42.

o art. 153 da Lei n.º 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), cujo teor é o seguinte: “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.⁶³

A jurisprudência do Poder Judiciário, a seu turno, usa intensamente o método comparativo com o homem médio nos mais variados tipos de ação e ramos do direito. Em pesquisa realizada até o dia 1º de março de 2024, com a expressão de busca “homem médio”, no caso do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), “homem adj1 médio” no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Tribunal Regional da 1ª Região (TRF1) e “(homem adj médio).VOTO” no Tribunal de Contas da União (TCU), apurou-se o seguinte resultado.

No Supremo Tribunal Federal, há 6 acórdãos em que a expressão “homem médio” foi usada. Em 4 deles referida expressão constou da própria ementa, um foi prolatado no ano de 2017 em sede de repercussão geral e o mais recente é de 2020, além de 483 decisões monocráticas.⁶⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra 77 acórdãos nos quais consta a exata expressão “homem médio” e 3.917 decisões monocráticas.⁶⁵

No Tribunal Regional da 1ª Região, constam 250 acórdãos e 173 decisões monocráticas nos quais a expressão “homem médio” foi mencionada.⁶⁶ No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, registram-se 58.096 acórdãos e 420 decisões monocráticas nos quais houve referência à expressão “homem médio”.⁶⁷ No Tribunal de Contas da União, em 333 precedentes o relator fez menção em seu voto à exata expressão “homem médio”.⁶⁸

Portanto, o método comparativo do homem médio tem sido usado pelos Tribunais Judiciários com imensa frequência e atualidade como parâmetro de aferição das condutas nos mais diversos ramos do direito, o que evidencia, inequivocamente, que, não obstante algum dissenso doutrinário, consoante apontado anteriormente, trata-se de critério amplamente adotado pelo Poder Judiciário nos seus múltiplos julgamentos.

A radical rejeição do método comparativo, sem o oferecimento de qualquer outro critério que forneça um parâmetro racional para a decisão a ser tomada, tem potencial explosivo para produzir o efeito contrário ao que se pretende. A rejeição desse método nos inúmeros casos em que não há norma regulamentar sobre determinada atividade ou ato específico coloca o julgador na situação de ter de julgar segundo as suas percepções pessoais apenas, o que pode resultar em decisão distanciada da realidade e arbitrária.

No extremo, ignorar o método comparativo é ignorar os costumes de determinada comunidade, seja social ou profissional, e permitir que o juízo sobre o que seja uma conduta diligente, prudente ou perita venha a ser realizado de modo solipsista pelo julgador que decidirá segundo unicamente o seu critério de justiça, o que revela prática própria do período no qual prevaleceu o jusnaturalismo que, exatamente por essa razão, foi posteriormente superado pelo positivismo jurídico como reação à insegurança jurídica produzida por esse tipo de decisão.

⁶³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm . Acesso em: 25 jan. 2024.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%22homem%20m%C3%A9dio%22&sort=date&sortBy=desc . Acesso em: 01 mar. 2024.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> . Acesso em: 01 mar. 2024.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml> . Acesso em: 01 mar. 2024.

⁶⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=11FC2F23228F882BFD5CBB5E385B814F.cjsg2> . Acesso em: 01 mar. 2024.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/%2528homem%2520adj%2520m%25C3%25A9dio%2529.VOTO%2520> . Acesso em: 01 mar. 2024.

As críticas ao critério do homem médio se resumem, basicamente, ao seu suposto distanciamento da realidade, o que conduziria o julgador a decidir sem considerar as circunstâncias do caso concreto, pois estaria comparando um sujeito abstrato e imaginário com um agente que praticou uma conduta inserido, muitas vezes, em circunstâncias bastante adversas.

A preocupação procede e está conforme os ditames de um Estado Democrático de Direito comprometido com o ideal de justiça. Mas a solução para atender a essa preocupação não é encontrada na aplicação isolada da fórmula do dever de cuidado objetivo, pois, como se demonstrou, o desafio, muitas vezes, é exatamente o de se identificar qual era o nível exigido desse dever de diligência.

Exatamente por esse mesmo motivo também é insuficiente para a aferição da culpa *stricto sensu* adotar como critério o erro inescusável, pois, nesse caso, de igual modo, se impõe o desafio de se identificar, primeiramente, qual seria a conduta acertada e o erro escusável, o que, mais uma vez, remete ao critério comparativo sob pena de arbitrariedade do julgador.

Por essa razão, o método comparativo é inevitável, pois somente a partir da comparação do autor da conduta com os seus semelhantes de profissão será possível identificar o nível de diligência que era razoável exigir do agente. Para tanto, o critério do homem médio atende a essa preocupação desde que comprometido com as circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, defende-se o uso do critério do homem médio em duas fases: na primeira, como ponto de partida, adota-se o critério do homem médio abstrato, a fim de se identificar, em circunstâncias ordinárias, o modal deôntico aplicável; na segunda, busca-se avaliar o fato a partir do critério do homem médio concreto, ou seja, inserido nas circunstâncias do caso concreto e na sua modalidade fragmentada. Na prática significa comparar pregoeiro com pregoeiro médio, prefeito de município pequeno com prefeito médio de município pequeno, e, assim, sucessivamente.

Ou seja, defende-se, não o abandono do critério do homem médio, tampouco uma escolha mutuamente excludente entre o critério abstrato e o concreto de homem médio, mas sim a sua aplicação complementar, do geral para o particular.

5 A aferição do erro grosseiro: o que muda?

O art. 28 da LINDB dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Há duas questões relevantes sobre esse artigo: primeira, saber o que é erro grosseiro; segunda, saber qual o critério de apuração do erro grosseiro.

Quanto à primeira questão, o Decreto Federal n.º 8.930/2019, ao regulamentar o supratranscrito artigo, estabeleceu no § 1º do seu art. 12 que “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem tido o mesmo entendimento, no sentido de que “o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”,⁶⁹ assim como a doutrina.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão n.º 2.391/2018*. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DE DESPESAS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE EXECUTIVO. (...). Relator: Min. Benjamin Zymler, 17 de outubro de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 fev. 2024.

⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão n.º 2.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coords). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 488.

No que concerne à segunda questão, no sentido de se saber qual o critério de apuração do erro grosseiro, há um dissenso na jurisprudência do TCU, pois há precedentes tanto do Plenário⁷¹ quanto de Câmara⁷² nos quais o Tribunal continua a aplicar o critério do homem médio, mas há outros precedentes que passaram a associar o erro grosseiro ao homem abaixo do normal, consoante o trecho do voto do relator do precedente que inaugurou esse entendimento:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente 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.

Gradação do erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária – acima do normal	Não anulável

Apresentada a divergência jurisprudencial, a tese de que “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” requer análise sob duas perspectivas, uma operacional e outra jurídica.

Na perspectiva operacional, se o erro grosseiro é aquele que “poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal”, isso significa, *a contrario sensu*, que incorre em erro grosseiro quem não tem diligência abaixo do normal, mas sim abaixo do abaixo do normal, pois somente quem tem diligência abaixo do abaixo do normal não perceberia o erro grosseiro, ou seja, o cometeria. Depreende-se dessa conclusão puramente lógica, sem qualquer juízo de valor, que não é tarefa fácil identificar quem está abaixo do abaixo do normal. Trata-se, a rigor, de conceito de difícil operacionalização, quase impossível.

Na perspectiva jurídica, ao se afirmar que erro grosseiro é culpa grave, e sobre esse entendimento não há controvérsia na jurisprudência do TCU, tampouco na doutrina, isso significa que o erro grosseiro deve receber tratamento jurídico semelhante ao da culpa grave. Ora, se o erro grosseiro pode ser considerado uma novidade no direito público sancionador brasileiro, a partir da alteração da LINDB pela Lei n.º 13.655/2018, a culpa grave não o é, sendo, em verdade, uma velha conhecida da doutrina e da jurisprudência que a asso-

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão n.º 2.324/2019*. Ementa: VALEC ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A. PRESTAÇÃO DE CONTAS ORDINÁRIA. EXERCÍCIO 2009. (...). Relator: Min. Bruno Dantas, 2 de outubro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/prud/%25C3%25AAncia%2520a%2520mediana/%2520%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2>. Acesso em: 11 fev. 2024.

⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). *Acórdão n.º 2.012/2022*. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. (...) A RESPONSABILIDADE POR CULPA “IN VIGILANDO” EXIGE A CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO POR ERRO GROSSEIRO OU DOLO. (...). Relator: Min. Antonio Anastasia, 3 de maio de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2012%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COL%2520EGIADO%253A%2522Segunda%2520C%252C%2520A2022%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 11 fev. 2024.

ciam à conduta de quem não observa o dever de cuidado objetivo próprio do homem médio, comum, em virtude da prática de um erro grosseiro.⁷³

Dito isso, o equívoco na assertiva de que “o erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal” parece decorrer da premissa adotada no parágrafo anterior do aludido voto, no sentido de que “segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*’” [os destaques são do original].

Consoante enfatizado pela doutrina civilista, o erro a que se refere o art. 138 do Código Civil é sobre “circunstâncias e aspectos relevantes do negócio” jurídico, motivo pelo qual não há que se falar em “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”.⁷⁴ Quando se trata de erro relativo a negócios jurídicos, somente há duas possibilidades: ou o erro é substancial ou é acidental. É o próprio Código Civil, nos arts. 138 e, principalmente, 139, que elucida a distinção a partir da definição do que seja erro substancial, com o seguinte teor:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Desse modo, a distinção entre erro substancial e acidental é que aquele “é de tal importância que, sem ele, o ato não se realizaria”, ou seja, “se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria vontade de concluir o negócio jurídico”, ao passo que o erro acidental se refere a circunstâncias de menor importância, por dizerem respeito a qualidades secundárias do objeto ou da pessoa, motivo pelo qual ainda que tais qualidades fossem do conhecimento do agente à época da celebração do negócio jurídico, ele não deixaria de o realizar.⁷⁵

Decorre da descrição legal do que seja erro substancial a assertiva de Flávio Tartuce no sentido de que o erro a que se refere o art. 138 é “fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico”.⁷⁶

Como se vê, não há qualquer relação entre graus de culpa e o conceito de erro substancial. Por esse motivo, entende-se que há um equívoco na afirmação de que “segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*’” porque não cabe qualquer associação entre o erro substancial e qualquer “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”.

⁷³ Embora o conceito de erro grosseiro possa ser tido como novidade no direito público sancionador brasileiro, não é uma novidade no direito brasileiro, pois é um conceito, de longa data, usado pela jurisprudência em matéria processual, na aferição do cabimento da aplicação da fungibilidade, a fim de que se conheça do recurso erroneamente interposto como se fosse o certo, de modo que somente cabe a fungibilidade se o erro não foi grosseiro na interposição do recurso. O STJ registra na sua jurisprudência nada menos do que 3.214 acórdãos e 57.155 decisões monocráticas em que fez menção à expressão “erro grosseiro”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2024.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 410.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 409.

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 223.

Por outro lado, a segunda parte do art. 138 do Código Civil se refere ao erro substancial “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Em virtude dessa redação, parte da doutrina civilista entende que a anulação do negócio jurídico somente é admitida se houver o atendimento a duas condições: primeira, que o erro seja substancial; segunda, que decorra de erro escusável. Outra parte, porém, entende que a escusabilidade não é condição necessária para a anulação do negócio jurídico, mas sim a cognoscibilidade do erro, de modo que, para essa corrente, o erro, além de substancial, deve ser também reconhecível.

Ou seja, uma parte da doutrina centra a atenção na conduta do autor do erro e entende ser importante avaliar se incorreu em erro escusável ou inescusável ao ter tido uma percepção falsa acerca de elemento substancial do negócio jurídico.⁷⁷ Outra parte da doutrina, porém, volta a sua atenção para o outro contratante, o que, em tese, se beneficiou do erro do autor da conduta, e entende que é preciso avaliar se esse outro contratante tinha conhecimento de que o autor da conduta estava incorrendo em erro substancial. Se a resposta for sim, então, para esses doutrinadores, o negócio é anulável, tendo em vista que a conduta do outro contratante ofendeu o princípio da confiança e a boa-fé objetiva.⁷⁸

Considerando que, conforme se demonstrará a seguir, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pela exigência de erro, além de substancial, também escusável, não se aborda neste artigo a controvérsia doutrinária sobre a escusabilidade do contratante que incorreu no erro substancial ou a cognoscibilidade do contratante que dele se beneficiou. Além disso, outra razão importante para não se avançar nessa controvérsia refere-se ao fato de que tanto uma corrente doutrinária quanto a outra admitem que a avaliação da escusabilidade, assim como da cognoscibilidade, deve ser realizada a partir do parâmetro do homem médio, de diligência normal.

Portanto, a escusabilidade do erro não tem qualquer relação com as qualidades do negócio jurídico, nem com o fato de ser o erro substancial ou não. São duas análises distintas. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Diniz, para quem a anulação do negócio jurídico requer não apenas que o erro seja substancial, mas também escusável e real, sempre com base na percepção de uma pessoa de diligência normal, ou seja, o homem médio. Nas palavras da autora:

O erro para viciar a vontade e tornar anulável o negócio deve ser substancial (CC, art. 138), escusável e real, no sentido de que há de ter por fundamento uma razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo. Anula-se o negócio, quando a vontade advier de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do ato negocial. Adota-se o padrão abstrato *vir mediis* para sua aferição.⁷⁹

O entendimento do STJ também tem sido no sentido de que a anulação do negócio jurídico requer que o erro seja não apenas essencial, substancial, mas também escusável à luz do parâmetro do homem médio. Além disso, o STJ entendeu que o erro grosseiro, portanto, inescusável, não enseja a anulação do negócio jurídico:

2. O erro que enseja a anulação de negócio jurídico, além de essencial, deve ser **inescusável**, decorrente da falsa representação da realidade própria do **homem mediano**, perdoável, no mais das vezes, pelo desconhecimento natural das circunstâncias e particularidades do negócio jurídico. Vale dizer, para ser escusável o erro deve ser de tal monta que qualquer pessoa de inteligência mediana o cometeria.

3. No caso, não é crível que o autor, instituição financeira de sólida posição no mercado, tenha descurado-se das cautelas ordinárias à celebração de negócio jurídico absolutamente corriqueiro, como a dação de imóvel rural em pagamento, substituindo dívidas contraídas e recebendo imóvel cuja área encontrava-

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 415; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: Teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

⁷⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 223-224; TEPELINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 272-273.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: Teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

se deslocada topograficamente daquela constante em sua matrícula. Em realidade, se houve vício de vontade, este constituiu **erro grosseiro**, incapaz de anular o negócio jurídico, porquanto revela culpa imperdoável do próprio autor, dadas as peculiaridades da atividade desenvolvida.⁸⁰ [os grifos não são do original]

Ao comentar o art. 138 do Código Civil, Silvio de Salvo Venosa, ancorado nas lições de Domingues de Andrade, alinha-se à ideia de que “o erro indesculpável é o erro escandaloso, que procede de culpa grave do declarante; é aquele em que não teria caído uma pessoa dotada de normal inteligência, experiência e circunspeção”.⁸¹

Portanto, entende-se que o art. 138 do Código Civil não é a fonte mais indicada para se identificar o critério de aplicação do erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB. Mas, ainda que fosse, a sua interpretação, por qualquer das duas correntes doutrinárias, evidencia que: primeiro, o erro substancial a que se refere o art. 138 diz respeito às qualidades do próprio negócio jurídico, motivo pelo qual não há que se falar em “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”; segundo, o erro inescusável, segundo a ampla doutrina e a jurisprudência, é aquele que o homem médio, de diligência normal, poderia perceber e, portanto, não o cometeria, o que significa entendimento contrário à afirmação de que “o erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal”.

Por outro lado, entende-se estar no campo da responsabilidade, seja civil ou penal, a fonte adequada para se buscar um critério de aferição do erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB, por dois motivos: primeiro, referido artigo diz respeito à responsabilização de agentes públicos; segundo, é consenso na doutrina e na jurisprudência que o erro grosseiro do art. 28 da LINDB é sinônimo de culpa grave.

No âmbito da responsabilidade civil, os graus de culpa têm importância limitada, em face da obrigação de reparar o dano. No entanto, o art. 944, parágrafo único, do Código Civil prevê que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, o que exige, neste caso, a avaliação da culpa grave.

Segundo definição de Sergio Cavalieri Filho, ao discorrer sobre a responsabilidade civil, “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens”. Em outras palavras, a culpa grave é aquela na qual não incorre o homem médio, de diligência normal.⁸²

Esse é também o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal transcrito no próprio voto que fundamentou o Acórdão n.º 2.391/2018-TCU-Plenário, no sentido de que “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam”.⁸³

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169)

Desse modo, ao fazerem referência à “diligência que todos observam” como parâmetro de avaliação da culpa grave, os citados autores evidenciam o entendimento de que adotam o critério do homem médio, de diligência normal, e não o homem de diligência abaixo do normal.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 744311*. Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. DAÇÃO EM PAGAMENTO. IMÓVEL. LOCALIZAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE SÓLIDA POSIÇÃO NO MERCADO. ERRO INESCUSÁVEL. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de agosto de 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500646675&dt_publicacao=09/09/2010. Acesso em: 20 jan. 2024.

⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 414.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169.

Na responsabilidade penal, o critério adotado, conforme se demonstrou anteriormente, é também o parâmetro do homem médio, de diligência normal, como expressão do cuidado objetivo, especialmente quando não há norma regulamentar sobre como proceder. Nesse sentido é a lição de Damásio de Jesus, cujo entendimento é de que “há erro invencível (escusável ou inculpável) quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito, incidiria em erro”.⁸⁴

A razão, também como já se demonstrou anteriormente, é porque o homem médio retrata o padrão de conduta esperada, razoável, aceitável pela sociedade, retrata o dever de cuidado objetivo. E é exatamente por esse motivo que, tanto para fins de avaliação da culpa leve quanto da grave, o parâmetro é o mesmo, qual seja, o dever de cuidado objetivo, com base naquilo que é razoável exigir do agente, considerado o comportamento normal, comum, das outras pessoas em circunstâncias semelhantes, ou seja, o homem médio.

Como bem reconhece Juarez Tavares, não é fácil, nos casos concretos, identificar a diferença entre culpa grave e média, tendo em vista que os “parâmetros vão se tornando cada vez mais indefinidos”. Para identificar essa diferença o autor cogita de dois modos: primeiro, partindo da ideia de risco permitido ou proibido, “estimando uma gradação na ação perigosa”; segundo, “determinando uma gradação na intensidade da violação da norma de cuidado”. Com base nesse entendimento, o autor oferece o seguinte conceito para culpa grave:

Uma culpa será grave, na medida que a ação perigosa se tenha realizado com tal intensidade que não apresente dúvida quanto a contrariar ao cuidado objetivamente exigível para evitar o resultado. A referência à norma de cuidado é aqui essencial, porque antes de se proceder à gradação da ação perigosa, será preciso verificar qual será o significado que essa norma atribui àquela forma de realização da ação.⁸⁵

Desse modo, não é juridicamente consistente alterar o *standard* de comportamento de acordo com a culpa que se quer aferir, se leve ou grave. A conduta esperada, exigida, é extraída do dever de cuidado objetivo que, por sua vez, é dado pela norma, pelos regulamentos, pelos costumes e práticas correntes, não sendo admitida pela sociedade a normalização de condutas abaixo do normal.

Pelo contrário. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar ação civil pública por improbidade administrativa oferecida em desfavor de ex-Prefeito, ex-Secretários e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação de determinado município, sob a alegação de que os réus concorreram para a malversação de recursos oriundos do Fundeb, bem como para fraudar procedimentos licitatórios mediante direcionamento dos certames e contratação de empresas fantasmas, enfatizou que o grau de diligência exigido dos agentes públicos é superior ao do homem médio, em julgado cuja ementa, na parte que aborda essa questão, ficou assim redigida:

XV – A conduta exigida dos agentes públicos não se limita às suas convicções pessoais sobre a licitude, abrangendo, também, a observância de um padrão mínimo esperado no âmbito da administração pública, tendo em vista o objetivo primordial de atender o interesse público. É dizer, dos agentes públicos exige-se grau de diligência superior ao do homem médio. Isso porque eles não podem dispor da coisa pública como bem lhes aprouver. Ao contrário, devem empregar na proteção da res publica zelo maior do que aquele com que tratam dos seus interesses privados. Por essa razão, comportamentos que revelem uma atuação despreocupada e descompromissada dos agentes públicos não podem ser tolerados.⁸⁶

⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 268. No mesmo sentido, mas no âmbito do direito civil: BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.940, p. 334. *Apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 424.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1631846*. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. FRAUDE. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULA N. 7 DO STJ. [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 9 de agosto de 2021. Disponível em: <https://processo.stj>.

O precedente do STJ acima mencionado retrata entendimento adotado também por Fábio Medina Osório, quando alerta que quanto maiores forem as qualidades profissionais do agente e quanto maior for o seu nível de responsabilidades tanto maior será o grau de exigência para que se reconheça como inevitável ou invencível o erro que eventualmente vier a cometer.⁸⁷

Na realidade, a avaliação dos graus de culpa diz respeito ao quanto que a conduta praticada pelo agente se distanciou da conduta esperada, ou seja, o quanto descumpriu o dever de cuidado objetivo que, pelas razões acima apontadas, não pode ser tido como um comportamento abaixo da diligência normal. Portanto, se a conduta praticada pelo agente se distanciou pouco do cuidado objetivo, é culpa leve, se muito, é culpa grave.

O que se sustenta não é novidade e tem no Código de Trânsito Brasileiro um de seus melhores exemplos, pois a conduta padrão esperada dos motoristas é dada pelas normas de trânsito, mas as infrações são graduadas de acordo com o distanciamento que cada conduta revela em relação à conduta esperada. Desse modo, se o motorista pratica conduta muito distante daquela que seria esperada, será considerada infração grave ou gravíssima, mas, do contrário, pode ser média ou leve.

Nesse sentido, este artigo alinha-se aos precedentes do TCU segundo os quais o erro grosseiro da LINDB é avaliado conforme os padrões do homem médio reveladores do dever de cuidado objetivo. Ou seja, haverá erro grosseiro quando a conduta for substancialmente distante do padrão de conduta esperado de um agente público em situações semelhantes, à luz das normas pertinentes e das práticas costumeiras sobre o assunto.

6 Considerações finais

Conclui-se que a aferição da culpa *stricto sensu* no direito administrativo sancionador sofre os influxos do direito constitucional público sancionador, o que significa, por exemplo, a obrigatória observância de princípios tais como o da tipicidade e da culpabilidade, entre tantos outros. Por essa razão, ressalvadas as exceções expressamente previstas na legislação, a regra é a aferição da culpa segundo os critérios da responsabilidade subjetiva, o que requer a demonstração do dolo ou da culpa *stricto sensu*, nas suas modalidades de negligência, imprudência e imperícia.

No entanto, a aferição da culpa *stricto sensu* é desafiada pelo fato de serem predominantes no direito administrativo sancionador o tipo aberto e a tipicidade indireta, com o uso intenso de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado. Por esse motivo, a adoção isolada do parâmetro do dever de cuidado objetivo é insuficiente para a avaliação da conduta, pois as normas administrativas, em regra, não definem por completo esse dever nem o nível de diligência a ser exigido do agente, cabendo ao julgador buscar a sua identificação em cada caso concreto. Ou seja, aludidas normas não oferecem a descrição completa do denominado modal deontico, relativo às condutas permitidas, obrigatórias e proibidas.

Pelas mesmas razões, também é insuficiente o critério do erro inescusável, pois, para a sua identificação, é preciso, primeiramente, saber qual era a conduta acertada e qual seria o erro escusável, o que mais uma vez conduz ao modal deontico e ao dever de cuidado objetivo que precisa ser descoberto em cada caso.

Diante dessa realidade, o critério comparativo a partir do parâmetro do homem médio é a opção adotada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência dominante, tanto nos ordenamentos jurídicos adeptos do sistema do *civil law* quanto nos do *common law*, o que não afasta a justa preocupação com a aferição da culpa segundo as circunstâncias do caso concreto.

jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=132662964®istro_numero=201903607399&peticao_numero=202100337176&publicacao_data=20210813 . Acesso em. 20 jan. 2024.

⁸⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 460.

Para tanto, propõe-se uma releitura do critério do homem médio, a fim de que o critério abstrato não seja tratado como mutuamente excludente do critério concreto, mas sim complementar, de modo que a análise da conduta deve ser feita em duas fases: na primeira, a partir do critério abstrato do homem médio e, na segunda, sucessivamente, conforme as circunstâncias do caso concreto, no qual deve ser inserido o homem médio, na modalidade fragmentada, ou seja, segundo a especialização de cada profissão.

Por fim, a aferição do erro grosseiro, considerado como sinônimo de culpa grave, deve ser realizada também segundo o critério do homem médio, mas se devendo avaliar se a conduta praticada se distanciou pouco ou muito do dever de cuidado objetivo, a fim de que, se foi pouco, é culpa simples, se muito, fica configurado o erro grosseiro.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. Imposto de renda – multa punitiva. *Revista de Direito Administrativo*. 126/550.
- BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.940, p. 334. *Apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 468-491, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO. 5. ed. 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo I. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 690-709, abr. 2021, p. 697. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7346>. Acesso em: 10 jan. 2024.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: Teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas.
- FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 4: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, seleção histórica. 1945-1995.
- JESUS, Damásio. E. de. *Direito Penal, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MIR, Jose Cerezo, Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, p. 159-175, Fasc/Mes 2, 1975. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em: 14 jan. 2024.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coords). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n. 109, p. 185-191, Enero-abril, 1986.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 146. *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011
- ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução para o castelhano: Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca, 1924.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.