

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-431-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. História do federalismo e liberdades raciais, liberdade de expressão e ativismo judicial também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E A PANDEMIA DO COVID-19: ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

RESPONSIBILITY OF PUBLIC AGENTS AND THE COVID-19 PANDEMIC: ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL CONTROL OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

**Rubens Beçak
Rafaella Marineli Lopes**

Resumo

Este artigo analisa o exercício de governabilidade do Presidente da República por meio das Medidas Provisórias instituídas durante a pandemia do Covid-19. O objetivo principal é investigar a reação judicial do Supremo Tribunal Federal à Medida Provisória 966/2020, que flexibilizou a responsabilidade dos agentes públicos durante a pandemia. A metodologia foi a empírica qualitativa de método indutivo e analisou ações em controle concentrado de constitucionalidade promovidas no STF contra referida medida. O resultado elenca a atuação diligente do tribunal contra a atuação normativa no caso da responsabilidade dos agentes administrativos e os reflexos da decisão na Administração Pública.

Palavras-chave: Medida provisória 966/2020, Responsabilidade administrativa, Pandemia, Controle de constitucionalidade, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the exercise of the President of the Republic through the Provisional Measures instituted during the Covid-19. The main objective is to investigate the judicial reaction of the Supreme Court to Provisional Measure 966/2020, which relaxed the responsibility of public officials during the pandemic. The methodology was the qualitative inductive method and analyzed actions in concentrated control of constitutionality promoted in the Supreme Court against said measure. The result lists the diligent action of the court against normative action in the case of the responsibility of administrative agents and the reflections of the decision in the Public Administration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Provisional measure 966/2020, Administrative responsibility, Pandemic, Controle de constitucionalidade, Supremo tribunal federal

1. Introdução

No início do ano de 2020, após o alerta emitida pelo surgimento de casos de pneumonia aguda na cidade de Wuhan, na China, a Organização Mundial da Saúde declarou uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional¹, alertando para um evento extraordinário de risco de saúde pública para outros países pela disseminação de um novo vírus até então nunca antes identificado em seres humanos. O SARS-CoV-2, popularmente chamado coronavírus, exigiu uma resposta coordenada e imediata da nação internacional que conta, após um ano e meio do início da pandemia, com a notificação de mais de 4,6 milhões de mortes².

O termo “pandemia” foi decretado pela Organização Mundial da Saúde em 11 de Março de 2020 em alusão à proliferação geográfica do vírus e não à sua gravidade, até então desconhecida. No Brasil, o primeiro caso de coronavírus foi identificado em 26 de fevereiro de 2020, e no mês seguinte, em março, contabilizou-se 4.683 casos de Covid-19 e 167 mortes em todo o país.

A evolução do vírus foi rápida e letal, e o que parecia uma simples gripe vitimou, ao final de abril de 2020, 5.513 pessoas, ao final de maio 29.314, ao final de junho 59.594, ao final de julho 92.568, e assim, sucessivamente, uma crescente e triste progressão geométrica se instalou, chegando ao marco de 590 mil mortes em setembro de 2021, segundo os dados do Instituto de Métricas e Avaliação de Saúde (IHME), da Universidade de Washington, nos Estados Unidos, que alerta para números ainda maiores por conta da grave subnotificação de óbitos.

O cenário contemplou a tomada de medidas emergenciais por todos os entes federativos, incluindo a atuação normativa e a promulgação da Lei da Pandemia (Lei nº 13.979/2020), que previu medidas como o isolamento social e a obrigatoriedade do uso de máscaras. A dialógica conturbada entre os Poderes aliada à falta de preparo político-orçamentário, ao negacionismo científico e à desídia do Governo Federal na condução

¹ Termo utilizado pelo Regulamento Sanitário Internacional para declarar uma situação emergencial de saúde com risco de saúde internacional.

² Embora as notificações de mortes por Covid-19 no mundo contabilizem 4,6 milhões, o Instituto de Métricas e Avaliação de Saúde (IHME), da Universidade de Washington, nos Estados Unidos, crê em um número muito maior por conta das subnotificações advindas de todos os continentes e países. Disponível em: <https://covid19.healthdata.org/global?view=cumulative-deaths&tab=trend>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

das políticas públicas para o enfrentamento do Covid-19 potencializou ainda mais a crise político-institucional no Brasil, dificultando a tomada de soluções imediatas durante a pandemia.

O país, que há tempos enfrentava o desgaste democrático, teve momentos de ápice na tensão entre os Poderes. Para a coalizão governista, o Supremo Tribunal Federal teria impedido o governo de agir em meio à crise sanitária, culpabilizando a atuação de governadores e prefeitos pelo número de mortes por Covid-19. Em resposta às acusações e à *fake news* divulgada de que “o Supremo retirou os poderes do Presidente para atuar na pandemia”³, o tribunal se manifestou em canais oficiais e reiterou a importância da sua atuação para evitar erros ainda mais graves do Governo Federal durante a crise sanitária⁴.

Nesse sentido, a proposta do artigo é analisar o exercício de governabilidade do Presidente da República por meio das Medidas Provisórias instituídas durante a pandemia do Covid-19 e a resposta judicial do Supremo Tribunal Federal diante das possíveis inconstitucionalidades deste exercício. O trabalho tem como objetivo principal investigar a reação judicial do Supremo Tribunal Federal à atuação normativa do Executivo Federal na Medida Provisória 966/2020, que flexibilizou a responsabilidade dos agentes públicos durante a pandemia do Covid-19 em expressa violação à Constituição Federal de 1988. A problemática pode ser inferida em diversas ações em controle de constitucionalidade⁵ promovidas no Supremo Tribunal Federal após a publicação da medida.

A metodologia utilizada foi a empírica qualitativa de método indutivo, e analisou ações em controle concentrado de constitucionalidade promovidas no Supremo Tribunal Federal contra a Medida Provisória 966/2020, bem como o diálogo com os estudos bibliográfico de autores que tratam dos temas “responsabilidade administrativa”, “agentes públicos” e “Supremo Tribunal Federal”.

³ O canal oficial do STF no Twitter divulgou resposta à notícia falsa. Disponível em: https://twitter.com/STF_oficial?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1420456749644058624%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.em.com.br%2Fapp%2Fnoticia%2Fpolitica%2F2021%2F07%2F28%2Finterna_politica1290776%2Fapos-falas-de-bolsonaro-stf-nega-que-impediu-governo-de-agir-na-pandemia.shtml. Acesso em: 30 de set. de 2021.

⁴ Fala do Ministro Gilmar Mendes sobre a atuação do STF na pandemia. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/gilmar-diz-que-stf-evitou-erros-ainda-piores-do-governo-na-pandemia-teriamos-mais-de-600mil>. Acesso em: 30 de set. de 2021.

⁵ ADIs nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431.

O artigo encontra-se dividido em três tópicos. O primeiro visa analisar o exercício de governabilidade do Executivo Federal por meio das Medidas Provisórias da Crise, assim denominadas por serem aquelas medidas editadas por conta da pandemia do Covid-19. O segundo tópico elencará a descrição e a análise da Medida Provisória 966/2020, buscando entender como a mesma tentou modificar o sentido constitucional da responsabilidade dos agentes públicos. O terceiro e último tópico discorrerá sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ações em controle de constitucionalidade promovidas contra referida medida, e como a resposta judicial refletiu na Administração Pública. Por fim, serão feitas as conclusões.

Os resultados alcançados pela pesquisa apontaram que a atuação cautelar do tribunal, ao restabelecer a interpretação constitucional da responsabilidade administrativa, impediu o risco administrativo de uma sequência de erros que poderiam ter sido ocasionados pela tentativa de flexibilização da responsabilidade dos agentes públicos pela Medida Provisória 966/2020, sendo um possível beneficiário da medida o próprio Executivo Federal, autor da normativa. A pretensão do trabalho é inferir os reflexos da referida medida e da decisão judicial para a Administração Pública.

1. O exercício de governabilidade do Presidente da República por meio das “Medidas Provisórias da Crise”.

Uma das características centrais do atual Executivo Federal é a governabilidade por meio de Medidas Provisórias. O ano de 2020 contou com mais de 80 Medidas Provisórias, impulsionadas, principalmente, pela pandemia do Covid-19⁶.

O ativismo legislativo por meio de Medidas Provisórias não é uma exclusividade do chefe do Executivo Federal atual, existindo desde o pós-redemocratização e sendo uma característica de atuação deste poder em momentos em que o desenho institucional apresenta certo enfraquecimento e uma ampla fragmentação política” (VIANNA; REZENDE; MELO; BURGOS, 1999, p. 47-70). O ativismo legislativo pelo Executivo representa um desequilíbrio entre os Poderes e ocasiona uma dificuldade do controle

⁶ As Medidas Provisórias dependem dos requisitos de urgência e relevância, e a pandemia justificou, muitas vezes, a utilização. Os dados encontram-se disponíveis em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/11/brasil-chega-a-mil-medidas-provisorias-em-2-decadas-com-recorde-em-um-ano.htm>. Acesso em: 02 de out. de 2021.

parlamentar sobre a produção legislativa, exigindo a atuação do Judiciário como um terceiro poder capaz de auxiliar o processo.

O processo é um dos fatores responsáveis por impulsionar o fenômeno da “judicialização da política” ou “politização da justiça” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33), que traz para o Judiciário a responsabilidade de solucionar questões políticas não resolvidas pelos poderes eleitos, bem como a produção de normas e políticas públicas a partir dessas questões, sendo conceituado como um processo de redesenho institucional das fronteiras legislativas por meio da jurisprudência (HIRSCHL, 2013, p. 1-23).

Passa a existir uma obrigação legal de que determinado tema seja apreciado judicialmente, e cria-se uma situação excepcional que amplifica o número de conflitos políticos no Judiciário, ampliando a atuação do sistema judicial. Existe uma superação do antigo modelo de Separação de Poderes em decorrência da retração do sistema representativo e da sua incapacidade no cumprimento das promessas de justiça e igualdade, cujo resultado é a ampliação da intervenção dos tribunais na política (VILHENA, 2008, p. 445).

Para as teorias constitucionalistas, o avanço do Judiciário na seara política é consequência do modelo de superação da separação de poderes pelas constituições rígidas dotadas de controle de constitucionalidade e uma decorrência da retração do sistema representativo e da sua incapacidade no cumprimento das promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático (VILHENA, 2008, p. 445).

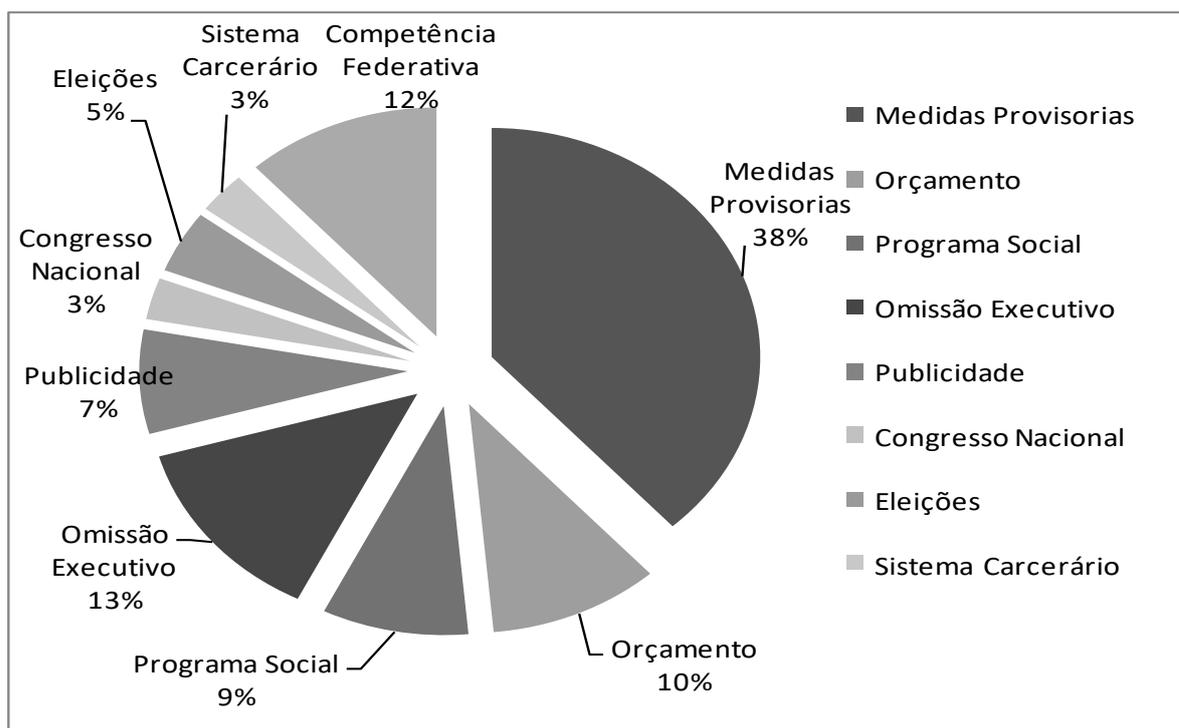
Em um cenário político de completa desarmonia, a pandemia do Covid-19 impulsionou, de um lado, o ativismo legislativo proeminente do Presidente da República, que passou a governar a crise sanitária por meio das denominadas Medidas Provisórias da Crise e, por outro lado, um descompasso do Legislativo em exercer o controle da produção normativa, impulsionando a judicialização de temas políticos sensíveis atrelados à pandemia no Supremo Tribunal Federal.

As medidas provisórias trataram de temas diversos relacionados à pandemia, como a questão da competência federativa da União em sobreposição aos demais entes federados para a tomada de medidas de contenção da pandemia, a adoção de medidas flexíveis permitindo aos empregadores a tomada de medidas excepcionais com relação às normas trabalhistas durante a pandemia, a restrição da atuação dos auditores fiscais, a flexibilização de regras de privacidade e sigilo de dados privados para produção de estatísticas relacionadas à pandemia, a designação de dirigentes para as instituições de ensino federais durante a pandemia e, por fim, o tema principal deste trabalho,

relacionado à flexibilização da responsabilidade dos agentes públicos pelos atos relacionados e praticados durante a pandemia.

O excesso de ativismo legislativo do Executivo Federal aliado aos fatores do cenário político fragmentado, do desequilíbrio do controle da produção de leis pelo Legislativo, das inconstitucionalidades latentes na atuação governamental, da ausência de diálogo entre os Poderes, das ameaças de fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal e todo o caos instalado pela crise sanitária, gerou um cenário de instabilidade extrema para a Administração Pública e impulsionou a judicialização da política na pandemia.

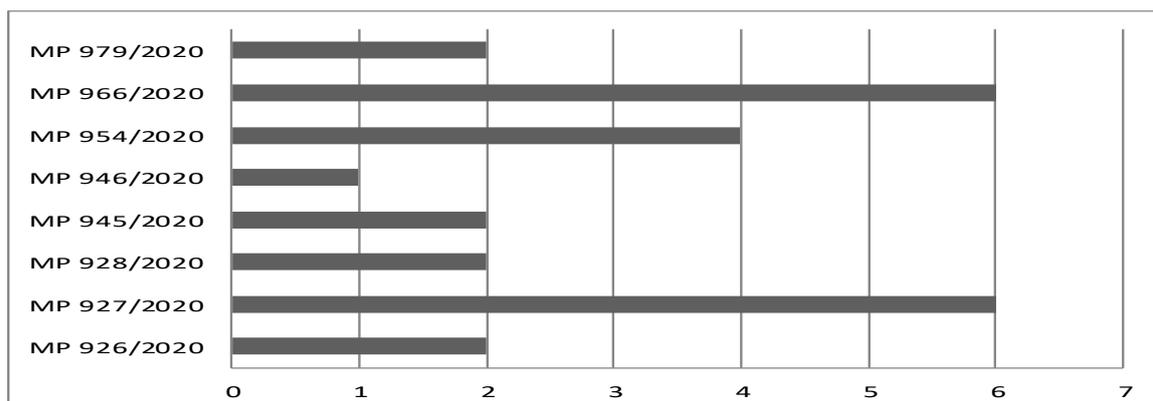
As Medidas Provisórias da Crise foram amplamente contestadas pelo Legislativo em sede de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, principalmente pelos atores políticos com representação nas Casas do Congresso Nacional que fazem oposição à base governista. Abaixo, é possível verificar no Gráfico (1) a quantificação da judicialização dos Partidos Políticos em face dessas Medidas Provisórias da Crise.



Fonte: Produzido pela pesquisadora com base nos dados coletados no site do “Painel de Ações Covid-19”, do Supremo Tribunal Federal.

Os partidos de ideologia de esquerda, principalmente os de esquerda-progressista, lançaram mão do instrumento do controle de constitucionalidade para contestar as

Medidas Provisórias da Crise, tendo as legendas da Rede Sustentabilidade, do PSB e do PDT. O Gráfico (2) representa o quanto cada Medida Provisória foi contestada.



Fonte: Produzido pela pesquisadora com base nos dados coletados no site do “Painel de Ações Covid-19”, do Supremo Tribunal Federal.

Dentre as Medidas Provisórias da Crise, percebe-se que uma das mais contestadas em sede de controle de constitucionalidade por autoridades políticas foi a MP 966/2020, que flexibilizou (ou tentou flexibilizar) a responsabilidade administrativa dos agentes públicos por atos relacionados e praticados durante a pandemia, medida esta que será adiante analisada.

2. Medida Provisória 966/2020: flexibilização da responsabilidade dos agentes públicos durante a pandemia.

Antes de averiguar as modificações trazidas na responsabilidade do agente público pela MP 966/2020, cumpre ressaltar os tipos de responsabilidade elencados no ordenamento jurídico brasileiro. A responsabilidade do agente público pode ser de natureza civil ou administrativa.

A responsabilidade administrativa do agente público é pela prática de ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária, é subjetiva e seus requisitos são: ação ou omissão, ilicitude, culpa ou dolo do agente e dano (DI PIETRO, 2012, p. 667). Nesse caso, a infração é apurada pela Administração Pública e a severidade punitiva dependerá, segundo Oliveira (2020), do tipo de ato ilícito praticado: se ato administrativo de interpretação ou se ato administrativo de execução. Segundo o autor, no caso de ato administrativo de interpretação, o agente público será inserido no “regime especial de responsabilização”, menos rigoroso, e no caso da responsabilização do agente público

pelos atos administrativos de execução, a regra aplicada será a do “regime comum de responsabilização”, mais severo.

A responsabilidade civil divide-se em duas: a pelo dano ao Estado e a pelo dano ao terceiro. A responsabilidade civil do agente público pelo dano causado ao Estado é de ordem patrimonial, decorre do ordenamento civil (artigo 186) e é apurada pela Administração Pública. Nesse caso, o agente que agiu ou omitiu-se com culpa ou dolo e gerou o dano, comprovada a relação de causalidade entre conduta e dano, responde ao Estado por meio do desconto de vencimentos, ou por meio do sequestro ou perdimento de bens no caso de prejuízo à Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito (DI PIETRO, 2012, p. 666-667).

Já a responsabilidade civil por dano ao terceiro decorre do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, é objetiva, sem aferir culpa ou dolo, ressalvado o direito de regresso do Estado contra o agente público causador, que para ser punido pelo regresso deve ter aferida os elementos da subjetividade (DI PIETRO, 2012, p. 666-667).

A Medida Provisória 966/2020 flexibilizou a responsabilidade dos agentes públicos durante a pandemia do Covid-19. Segundo o ato normativo editado pelo Executivo Federal, os agentes públicos somente poderiam ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa no caso de ação ou omissão com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados à pandemia. Tais atos diziam respeito aos atos emergenciais de saúde pública decorrentes do Covid-19 e aos atos de combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia.

Nesse sentido, a responsabilidade administrativa do agente público pelos atos da pandemia foi alterada pela Medida Provisória 966/2020 para estender o regime especial de responsabilização para todos os atos administrativos, tanto os de interpretação quanto os de execução, segundo Oliveira (2020). A flexibilização ocorreu no sentido de que a medida só permitiria a responsabilização do agente público pela prática dos atos relacionados à pandemia com ilicitude, dolo ou erro grosseiro e aferido o parâmetro da contextualização. Retirou, portanto, a ideia da responsabilidade comum do agente público antes elencada aos atos administrativos de execução.

A MP 966/2020 tratou também da responsabilidade do agente público pela opinião técnica utilizada para fundamentar a sua decisão. Segundo a medida, a responsabilidade pela utilização de opinião técnica na decisão não poderia ocorrer de forma automática para o decisor, só podendo ser a ele imputada caso utilizada com dolo

ou erro grosseiro para fundamentar decisão administrativa, ou no caso de haver conluio entre os agentes. Para a medida, o mero nexu de causalidade entre a conduta e o resultado não implicaria na responsabilização do agente público⁷.

Nesse sentido, Oliveira (2020) considera a inalterabilidade da responsabilidade administrativa do agente público diante da opinião técnica. O autor ressalta que a interpretação feita pela Medida Provisória já era prevista pelo Artigo 28, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro e pelo art. 12, §6º, do Decreto-Lei 9.830/2019,

Art. 12, § 6º, Decreto-Lei 9.830/2019. A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

Artigo 28, LINDB. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Com relação à responsabilidade do agente público por opinião técnica, deve-se levar em consideração a formação técnica do agente público decisor. No caso do agente público possuir a mesma competência técnica do autor do ato é aplicado o “regime especial de responsabilização”, e no caso de não possuir a mesma competência técnica do terceiro autor da opinião técnica, o agente público estará blindado de qualquer responsabilização, dentro da razoabilidade, desde que não se trate de erro grosseiro perceptível (OLIVEIRA, 2020).

No mesmo sentido, Modesto (2020) acredita que a MP 966/2020 introduziu normas interpretativas para o que já estava disposto no artigo 28 da LINDB, e só veio reafirmar a disposição expressa em lei vigente por conta da premente necessidade de atenuar a insegurança jurídica no momento da pandemia.

Com relação à responsabilidade civil do agente público, a Medida Provisória 966/2020 alterou substancialmente o sentido constitucional do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, ao permitir ao agente público a isenção de responsabilidade civil de indenizar o Estado pelos atos praticados durante a pandemia. Segundo a Constituição, o Estado tem o direito de regresso contra o agente público que causar dano a terceiro com dolo ou culpa. A medida modificou o sentido constitucional ao fazer a

⁷ Artigo 1º, da MP 966/2020

previsão do direito de regresso contra o agente público apenas no caso de dolo ou erro grosseiro, alterando os requisitos constitucionais que, em tese, só poderiam ser alterados por emenda à constituição⁸.

Para Santos (2020), a medida previu expressamente a limitação da responsabilidade do agente público quando permitiu a este ser eximido da responsabilidade civil de indenizar o Estado. Para Oliveira (2020), o direito de regresso do Estado contra o agente público previsto pela Constituição Federal de 1988 foi dificultado pela MP 966/2020, uma vez que estabeleceu outros parâmetros a serem considerados além dos exigidos constitucionalmente.

Para a Medida Provisória 966/2020, o Estado só poderá responsabilizar o agente público e exercer o direito de regresso contra ele no caso de cumprir cumulativamente os seguintes requisitos: dolo ou erro grosseiro, ilicitude da conduta e o parâmetro da contextualização (informações e contexto do ato praticado).

Segundo Oliveira (2020), essa flexibilização da responsabilidade civil do agente público trazida pela MP 966/2020 não é inconstitucional, pois não alterou o sentido constitucional da responsabilidade, além de ser a medida compreensível diante do estado de calamidade pública. A modificação, nas palavras do autor, retirou “dos ombros do agente público o excesso de temor de ser responsabilizado, deixando-o mais livre para o exercício da função” e “em tempos excepcionais de guerra ou pandemia, as flexibilizações devem ser toleradas para não ocorrer o esvaziamento dos serviços públicos”.

Embora inúmeras críticas com relação à ideia de que a MP 966/2020 veio flexibilizar a responsabilidade do agente público, Santos (2020) defende a não aparência de uma medida destinada a “livrar a cara do servidor público”. Para Santos (2020), a medida adveio apenas para coibir a responsabilização dos agentes públicos de boa-fé, e que nenhum dispositivo da medida teve a pretensão de evitar a responsabilização do agente que age de má-fé, desídia e fora dos limites da legalidade atue em prejuízo da Administração Pública. Por isso, não parece correto atribuir à medida a ideia de “salvo-conduto”.

A Medida Provisória trouxe ainda o conceito de “erro grosseiro” como o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado pela ação ou

⁸ A Emenda Constitucional é a forma prevista no art. 60 da Constituição Federal de 1988 para alteração de dispositivos do texto constitucional.

omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Para aferir o erro grosseiro, deveriam ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do agente público, a complexidade da matéria e das atribuições exercidas, a circunstância das informações e a prática na situação emergencial, bem como o contexto de incerteza das medidas de enfrentamento da pandemia e das suas consequências econômicas.

Para Modesto (2020), a definição conceitual de erro grosseiro pela medida não é inconstitucional, pois apenas trouxe uma gradação da culpa necessária para assegurar a segurança jurídica do agente público durante a pandemia. O autor ressalta ainda que as disposições da medida não afastam a responsabilidade penal, política ou por improbidade de qualquer agente público.

Para Santos (2020), com relação à definição do erro grosseiro pela medida, o autor ressalta a importância da hermenêutica jurídica em torno do conceito indeterminado, que deve ser construído de acordo com a situação fática e concreta diante do subjetivismo da definição.

Embora parcela da doutrina afirme a constitucionalidade da MP 966/2020, amparada em dispositivos legais e sem a intenção de salvaguardar o agente público da responsabilidade por atos praticados e relacionados à pandemia, o Supremo Tribunal Federal recebeu inúmeras ações questionando a constitucionalidade da medida⁹.

As ações alegaram, em suma, a inconstitucionalidade formal da medida, uma vez que ausentes os requisitos da relevância e da urgência necessários à edição de toda medida provisória. A inconstitucionalidade material da medida foi alegada no que se refere à limitação trazida pela instituição do requisito do “erro grosseiro” para a imputação da responsabilidade, uma vez que o requisito não está previsto pela Constituição Federal, para a qual basta a culpa ou o dolo do agente.

As ações alegaram a minimização da responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade, em desacordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁰. Segundo os requerentes, a medida traria sérios riscos de corrupção aos atos relacionados à pandemia, e o consequente risco ao erário público. Os requerentes justificam os riscos fazendo alusão ao episódio de

⁹ Trata-se de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), com pedido de medida cautelar, propostas, respectivamente, por Partido Rede Sustentabilidade, Partido Cidadania, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa – ABI, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Verde – PV.

¹⁰ Acórdãos 5547/2019 e 2391/2018

superfaturamento ocorrido no Estado do Rio de Janeiro na aquisição de respiradores, máscaras e testes de Covid-19, e destacam a gravidade da medida provisória no que se refere ao desvio de verbas imprescindíveis ao combate da pandemia e os prejuízos trazidos à proteção da saúde pública durante a pandemia.

2. Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade da MP 966/2020

A Medida Provisória 966/2020 foi editada num contexto emergencial da saúde pública e teve como objetivos principais dar segurança aos agentes públicos para o enfrentamento da pandemia e para o combate dos efeitos econômicos e sociais decorrentes daquela.

Ao ser provocado por meio de sete ações em controle de constitucionalidade contra a Medida Provisória 966/2020 do Executivo Federal, o Supremo Tribunal Federal teve de decidir sobre dois principais pontos da medida: o da constitucionalidade da limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos e o da interpretação do requisito do “erro grosseiro”. A descrição a seguir sobre a decisão do tribunal segue as considerações do voto da relatoria, exercida pelo Ministro Roberto Barroso, pois o voto foi considerado na integralidade pelo tribunal.

As ações obtiveram decisão de deferimento parcial da cautelar pelo tribunal, que entendeu pela imprescindibilidade e urgência do assunto que interferia diretamente em questão de vida e saúde da população, tanto pela adoção de protocolos técnicos e científicos, quanto pelo risco da medida no que se referia aos recursos voltados para a saúde pública durante a pandemia.

Nesse sentido, a alegação de inconstitucionalidade formal pelas referidas ações foi afastada pelo tribunal, que justificou, em um dos votos de um de seus Ministros, não caber ao Supremo, senão excepcionalmente em caso de flagrante inconstitucionalidade, decidir sobre os requisitos de relevância e urgência em medida provisória, papel esse cabível às Casas do Congresso Nacional que votam pela conversão legal ou não da medida nos 60 ou 120 dias subsequentes da sua publicação¹¹.

Para o relator, a medida trouxe dois extremos que precisavam ser refletidos pelo tribunal. O primeiro extremo estaria relacionado ao agente público de má-fé, que se

¹¹ Posição elencada no voto do Ministro Alexandre de Moraes quando da decisão da constitucionalidade da medida no que se refere aos requisitos da relevância e da urgência.

utilizaria da medida com o fim de malversação dos recursos públicos voltados para a contenção da pandemia. O segundo extremo estaria relacionado ao agente público de boa-fé, que poderia deixar de agir pelo medo das incertezas trazidas pela pandemia. Ambos extremos teriam como maior prejudicada a Administração Pública.

No que se refere às alegações de inconstitucionalidade material da medida, de que a mesma afrontaria a Constituição ao inserir o requisito do “erro grosseiro” e dificultar a responsabilidade subjetiva do agente público, minimizando a mesma com relação aos danos financeiros decorrentes de atos de improbidade, a relatoria afastou o alcance da medida a qualquer possível ato de improbidade administrativa, tais como propinas e superfaturamento, nos seguintes termos:

“Logo de início, excluí da incidência da medida provisória os atos capituláveis na Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, essa medida provisória não beneficia nenhum agente público que tenha praticado ato de improbidade administrativa ou que responda pela prática de ato de improbidade administrativa. Para isso, existe legislação e jurisprudência específicas. Além dessa exclusão, que já decorre da lógica do sistema, impõem-se ainda algumas outras a serem implementadas pela técnica da interpretação conforme a Constituição de dois dispositivos da Medida Provisória 966/ 2020” (STF, 2020)

O alcance da medida também foi afastado para a responsabilização do agente público pelo gasto de dinheiro público, pois, segundo o voto do Ministro Alexandre de Moraes, a Medida Provisória não se referia e não se aplicaria à fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas, constitucionalmente prevista¹². Para Moraes, a Constituição Federal deteve o mesmo cuidado de prever a responsabilidade dos agentes públicos pela prática de ilícitos civis e administrativos qualificados por atos de improbidade e pela prática de corrupção, ao que o comando constitucional obrigatório¹³ também afastaria a incidência da Medida Provisória 966/2020, uma vez que esta seria uma norma genérica e não especificamente voltada para atos de corrupção praticados durante a pandemia. Com relação à responsabilidade civil do agente público com o Estado, diante do direito de regresso no caso de dano causado pelo agente a terceiro, o voto do Ministro também entendeu pelo não alcance da Medida Provisória 966/2020. O voto do Ministro também

¹² Artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988.

¹³ Em referência à previsão do § 4º, do artigo 37, que prevê a responsabilidade do agente público por atos de corrupção.

afastou a ideia de que referida medida estaria voltada para a isenção de responsabilidade penal do agente público¹⁴.

Voto vencido, porém, interessante ao fazer uma crítica sobre a atuação do Supremo no julgamento da medida, foi o do Ministro Marco Aurélio. Para o Ministro, houve uma judicialização excessiva por parte dos requerentes ao questionarem no tribunal medida provisória, o que colocou o poder judiciário em posições melindrosas de “consultor” do Congresso Nacional ou de “protagonista”, ao substituir-se ao Presidente da República na edição de Medida Provisória. Para o Ministro “a regra é não ter a judicialização de medida provisória, salvo casos de exceção em que haja risco irreparável do cenário”. Em alusão ao rito da tramitação das Medidas Provisórias, constitucionalmente previsto, o ministro não acolheu a judicialização da medida, e fundamentou ser de responsabilidade do Congresso Nacional, naquele momento, a apuração do ato normativo do Executivo Federal.

Embora o Ministro Marco Aurélio não acolhesse das ações, justificou a necessidade de suspensão da MP 966/2020, uma vez que a mesma teria alterado a Constituição Federal no que se refere à responsabilidade do agente público e do direito de regresso do Estado contra este, quando causado o dano a terceiro. Para o ministro, houve sim flexibilização indevida do texto constitucional, motivo que votou pelo deferimento da cautelar das ações em controle de constitucionalidade para a imediata suspensão da medida.

A decisão final do tribunal acompanhou integralmente o voto da relatoria das ações em controle de constitucionalidade que contestavam a MP 966/2020 e deferiu parcialmente a cautelar para que a medida tivesse seus dispositivos interpretados em conformidade com a Constituição.

No que se refere ao artigo 2º da medida, o tribunal definiu fosse a necessidade de interpretação conforme à Constituição do conceito de “erro grosseiro”, que deveria

¹⁴ Como bem ressaltado pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto “Obviamente, isso já foi muito bem detalhado pelo eminente Ministro-Relator, afastada aqui a questão da responsabilidade penal, que não consta da Medida Provisória nº 966, de 2020 - nem poderia constar, como bem recordou o professor Levi, Advogado-Geral da União, pois há expressa vedação constitucional para edição de medidas provisórias em matéria penal -, para solucionar a análise da medida provisória, identifiquei quatro vetores constitucionais obrigatórios em relação à responsabilização dos agentes públicos. Com maior ou menor discricionariedade, o legislador, o próprio Presidente, na adoção de medidas provisórias, deve segui-los, mas são quatro vetores, a meu ver, constitucionais obrigatórios nessa matéria de responsabilização de agentes públicos.” Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 03 de out. de 2021.

seguir o balizamento imposto pelo tribunal em dois pontos: primeiro, a observância de standards, normas e critérios científicos e técnicos, com especial observância das orientações da OMS (Organização Mundial da Saúde) e, segundo, a observância dos princípios da prevenção e da precaução no que se refere à vida e à saúde pública.

No que se refere ao artigo 1º da medida, o tribunal exigiu a interpretação conforme à Constituição no que diz respeito à “opinião técnica” de terceiro utilizada pelo agente público decisor para fundamentar a decisão administrativa. Nesse sentido, o agente público decisor deve ater-se para que a opinião técnica utilizada trate, expressamente, das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecido por organizações e entidades médicas e sanitárias com reconhecimento nacional e/ou internacional, além da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Foi fixada tese pelo tribunal explicando o conceito do que seria o “erro grosseiro” e qual a função da autoridade pública emissora da decisão no que se refere à “opinião técnica”, nos termos a seguir.

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

Embora declarada constitucional, a atuação cautelar do tribunal foi sensível ao reestabelecer a interpretação constitucional da responsabilidade administrativa nos balizamentos conceituais fixados em sua tese, impedindo o risco administrativo de uma sequência de erros que poderiam ter sido ocasionados pela interpretação indeterminada do “erro grosseiro” e da flexibilização de sentido da “opinião técnica”.

A decisão ponderou os dois extremos, citados por Barroso, para entender o lado do agente público de boa-fé, dando-lhe uma margem mais segura de atuação durante a pandemia e, de outro lado, buscou assegurar a segurança jurídica aos administrados e à

Administração Pública reafirmando o compromisso público com a “prevenção” e a “precaução” da vida e da saúde durante a pandemia.

Por outro lado, a decisão do tribunal imiscuiu-se de certo “protagonismo” ou ativismo judicial para estabelecer outros limites à MP 966/2020, tendo sido questionado o motivo da judicialização de Medidas Provisórias do Executivo Federal e se a função do tribunal seria a de emitir decisão que, em tese, cabe ao Congresso Nacional.

3. Conclusões

O presente trabalho teve como objetivo a análise da governabilidade da pandemia pelo Presidente da República por meio das denominadas “Medidas Provisórias da Crise”, elencando como objeto principal a análise da Medida Provisória 966/2020 que flexibilizou a responsabilidade do agente público por atos praticados e relacionados à pandemia do Covid-19.

Após a análise do cenário pandêmico, concluiu-se que a governabilidade por meio de Medidas Provisórias é uma característica do atual governo, mas não uma exclusividade, uma vez que em momentos de crise democrática e ampla fragmentação política a prática é comumente utilizada pelas autoridades políticas do Executivo Federal. Tal processo impulsiona, segundo conclusões da doutrina da ciência política, o fenômeno da judicialização da política, uma vez que o desequilíbrio do Legislativo em controlar o processo de produção normativa origina a judicialização de diversos temas sensíveis no Judiciário. Este, representado na figura maior do Supremo Tribunal Federal, torna-se um mediador da crise entre Legislativo e Executivo, assumindo, por vezes, papel de “protagonista”, como bem elencado pelo Ministro Marco Aurélio em uma de suas falas citadas ao longo do trabalho.

A análise qualitativa da decisão do Supremo Tribunal Federal em diversas ações de controle de constitucionalidade que questionaram a MP 966/2020 permitiu inferir que o tribunal não entendeu pela inconstitucionalidade da medida, mas determinou balizamentos para a sua “interpretação conforme à Constituição”, principalmente em dois pontos conceituais da medida passíveis de nebulosidade, divergência interpretativa e insegurança jurídica.

O primeiro ponto foi o do conceito de “erro grosseiro”, para o qual o tribunal exigiu a interpretação conforme à Constituição com o fim de seguir as determinações

técnicas e científicas, inclusive as orientações da Organização Mundial da Saúde. O segundo ponto foi com relação ao conceito de “opinião técnica” que, segundo o tribunal, não geraria a responsabilização do agente público decisor que tomasse como fundamento da decisão a opinião técnica de terceiro seguindo os balizamentos técnico-científicos relacionados à matéria, nacionais e internacionais, bem como se atentasse para os princípios constitucionais da prevenção e da precaução da vida e da saúde pública.

A decisão do tribunal não identificou inconstitucionalidade na Medida Provisória 966/2020, e entendeu que a mesma não seria capaz de alcançar a responsabilidade do agente público em atos de improbidade, corrupção ou afetar a sua responsabilidade penal por atos ilícitos praticados durante a pandemia. Contrariou, nesse sentido, as alegações dos requerentes das ações diretas de inconstitucionalidade promovidas no STF, que tinham como principal fundamento o risco administrativo da medida na fiscalização e punição por atos de corrupção praticados durante a pandemia.

A declaração de constitucionalidade da medida não impediu a fixação de tese e balizamento conceitual pelo Supremo Tribunal Federal, o que, a nosso ver, tentou impedir uma sequência de erros administrativos que poderiam ter sido ocasionados pela interpretação indeterminada do “erro grosseiro” e da flexibilização de sentido da “opinião técnica”, e assim, conseqüentemente, tentou equilibrar os dois extremos expostos por Barroso em seu voto (o da vida e saúde do administrado e do agente público). Por fim, a conclusão é de que a decisão não foi protagonista ou ativista, existindo uma atuação contida do tribunal pelo fato de tratar-se de Medida Provisória em tramitação, à época do julgamento das ações em controle de constitucionalidade.

Diante de inúmeros acontecimentos averiguados no ano de 2020, e agora publicizados pela Comissão Parlamentar de Inquérito que recebeu denúncias sobre a má atuação político-orçamentária e sobre ilícitos administrativos que culminam com diversos tipos de responsabilização previstos pelo ordenamento jurídico, sem dúvidas diversos assuntos atrelados à responsabilidade do agente público serão judicializados no Supremo, inclusive porque a Medida Provisória 966/2020 perdeu a sua vigência ao ter votação desfavorável nas Casas do Congresso Nacional.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. LEI nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

Institute for Health Metrics and Evaluation (**IHME**). “COVID-19 has caused 6.9 million deaths globally, more than double what official reports show”. Washington, EUA. Disponível em: <https://covid19.healthdata.org/global?view=cumulative-deaths&tab=trend>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: the origin and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

MODESTO, Paulo. MP 966 e a responsabilidade dos agentes públicos. Conjur, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/interesse-publico-mp-966-responsabilidade-agentes-publicos>. Acesso em: 01 de out. de 2021.

OLIVEIRA, Carlos Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? Conjur, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/interesse-publico-mp-966-responsabilidade-agentes-publicos>. Acesso em: 01 de out. de 2021

Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Reportagem: Histórico da Pandemia do Covid-19. Site: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

SANTOS, José Anacleto Abduch. MP 966: para "livrar a cara" dos agentes públicos? Conjur, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-17/mp-966-livrar-cara-agentes-publicos>. Acesso em: 01 de out. de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Painel de Ações Covid-19. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 01 de out. de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6421. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=754359227>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6422. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912213>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6424. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6425. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912219>.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power. New York University Press; Revised edition, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

Werneck Viana, Luiz ; Carvalho, Maria Alice Rezende de; Melo, Manuel Palácios Cunha; Burgos, Marcelo Baumann (1999). *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. (2007).