



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III – CENTRO DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

LUCAS REZENDE FERREIRA CARNEIRO

**ADI 6421 EM ANÁLISE: INOVAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PESSOAL
DE AGENTES PÚBLICOS À LUZ DA TESE FIRMADA PELO STF POR OCASIÃO
DA PANDEMIA DA COVID-19**

**GUARABIRA
2022**

LUCAS REZENDE FERREIRA CARNEIRO

**ADI 6421 EM ANÁLISE: INOVAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PESSOAL
DE AGENTES PÚBLICOS À LUZ DA TESE FIRMADA PELO STF POR OCASIÃO
DA PANDEMIA DA COVID-19**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação de Ciências Jurídicas, do Departamento de Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientadora: Prof^a. Esp. Renata Gonçalves de Souza

**GUARABIRA
2022**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

C289a Carneiro, Lucas Rezende Ferreira.

ADI 6421 em análise [manuscrito] : inovações sobre a responsabilidade pessoal de agentes públicos à luz da tese firmada pelo STF por ocasião da pandemia da Covid-19 / Lucas Rezende Ferreira Carneiro. - 2022.

28 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades , 2022.

"Orientação : Profa. Esp. Renata Gonçalves de Souza , Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. ADI . 2. Discricionariiedade Administrativa. 3. Responsabilidade do Estado. 4. Controle da Administração Pública. I. Título

21. ed. CDD 342

LUCAS REZENDE FERREIRA CARNEIRO

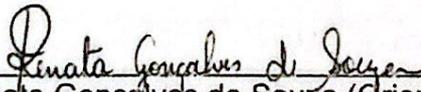
**ADI 6421 EM ANÁLISE: INOVAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PESSOAL
DE AGENTES PÚBLICOS À LUZ DA TESE FIRMADA PELO STF POR OCASIÃO
DA PANDEMIA DA COVID-19**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação de Ciências Jurídicas, do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

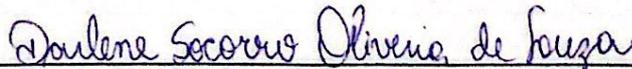
Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovado em: 28/11/2022.

BANCA EXAMINADORA

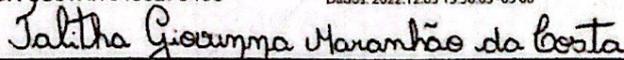


Prof. Renata Gonçalves de Souza (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Ma. Darlene Socorro Oliveira de Souza
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

TALITHA GIOVANNA MARANHÃO DA COSTA
Assinado de forma digital por TALITHA GIOVANNA
MARANHÃO DA COSTA:10486276406
Dados: 2022.12.05 15:50:05 -03'00'



Profa. Ma. Talitha Giovanna Maranhão da Costa
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

“Toda ideia falsa acaba em sangue e essa é a justiça desta terra. Mas, é sempre o sangue dos outros, e é essa a injustiça de nossa condição” (Albert Camus, 'Le temps des meurtriers', 1949).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de inconstitucionalidade
MP	Medida Provisória
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A PANDEMIA DO COVID E A RESPONSABILIDADE PESSOAL DE AGENTES PÚBLICOS	9
2.1	Crise sanitária gerada pela propagação do Covid-19 no Brasil.....	10
2.2	Medidas tomadas pelo governo federal durante a pandemia	11
2.3	Reação política e social.....	13
3	UTILIZAÇÃO DA ADI COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	14
3.1	Noções gerais a respeito da ação direta de inconstitucionalidade	14
3.2	Legitimados ativos da ADI	15
3.3	Medida cautelar, objeto e efeitos da ADI	16
4	ANÁLISE DA TESE FIRMADA PELO STF NA ADI 6421	18
4.1	Discricionariedade e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa	18
4.2	Obrigatoriedade de observância de normas e critérios técnicos e dos princípios da precaução e da prevenção	20
4.3	Aplicabilidade da tese da medida cautelar da adi 6421: inovações trazidas pela lei de improbidade administrativa e a teoria da dupla garantia e responsabilização pessoal de agentes públicos	21
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23
	REFERÊNCIAS	24

ADI 6421 EM ANÁLISE: INOVAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PESSOAL DE AGENTES PÚBLICOS À LUZ DA TESE FIRMADA PELO STF POR OCASIÃO DA PANDEMIA DA COVID-19

LUCAS REZENDE FERREIRA CARNEIRO ¹

RESUMO

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da ADI 6421, estabeleceu-se critérios objetivos para a caracterização de culpa grave na responsabilização pessoal de agentes públicos. O presente trabalho tem como objetivo analisar a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6421; e, como objetivo específico, responder ao seguinte questionamento: em que medida será possível a aplicação da tese firmada pelo STF na ADI 6421 a situações concretas, considerando as vias atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro para a responsabilização pessoal de agentes públicos que incorram em ilícitos culposos?. A análise envolverá aspectos relacionados à responsabilidade civil do Estado, e, mais precisamente, à responsabilidade pessoal de agentes públicos. Para tanto, far-se-á a utilização de aportes teóricos que permitam a correlação entre doutrina e jurisprudência, bem como a análise dos textos normativos relacionados à problemática. Para garantir a execução do objetivo deste trabalho, utilizou-se da metodologia de revisão bibliográfica e documental qualitativa e descritiva. De modo geral, o trabalho teve como base a legislação pertinente, mormente a MP 966/2020 e o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como do referencial teórico doutrinário e jurisprudencial que envolve a matéria. No que tange à estruturação, o presente artigo encontra-se dividido da seguinte maneira: na primeira seção, encontra-se a introdução; na segunda seção, aborda-se os aspectos relativos à pandemia do COVID-19 e a responsabilidade pessoal de agentes públicos; na terceira seção, são abordados aspectos gerais relacionados à Ação Direta de Inconstitucionalidade; e, na quarta seção, analisa-se a tese firmada pelo STF na ADI 6421. Por último, conclui-se que, embora a tese firmada pelo STF represente uma importante evolução na teoria da responsabilidade civil do Estado no ordenamento brasileiro, há problemas relacionados à aplicabilidade da referida tese, ante a existência de limitações da responsabilização pessoal de agentes públicos na modalidade culposa.

Palavras-chave: ADI 6421. Discricionariedade Administrativa. Responsabilidade do Estado. Controle da Administração Pública.

ABSTRACT

With the decision of the Federal Supreme Court in the injunction in ADI 6421, objective criteria were established for the characterization of serious fault in the personal accountability of public officials. The objective of this work is to analyze the

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus III. E-mail: rezende.rdz@gmail.com

thesis established by the Federal Supreme Court at the time of the judgment of the injunction in Direct Action for Unconstitutionality 6421; and, as a specific objective, to answer the following question: to what extent will it be possible to apply the thesis established by the STF in ADI 6421 to concrete situations, considering the paths that currently exist in the Brazilian legal system for holding public officials personally liable for wrongful acts? The analysis will involve aspects related to the civil liability of the State, and, more precisely, the personal liability of public agents. To this end, we will make use of theoretical contributions that allow the correlation between doctrine and jurisprudence, as well as the analysis of the normative texts related to the problematic. In order to guarantee the execution of the objective of this work, the methodology used is a qualitative and descriptive bibliographic and documental review. In general, the work was based on the pertinent legislation, especially PM 966/2020 and art. 28 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, as well as on the doctrinaire and jurisprudential theoretical reference that involves the matter. As far as its structure is concerned, this article is divided as follows: the first section is the introduction; the second section discusses aspects related to the COVID-19 pandemic and the personal liability of public agents; the third section discusses general aspects related to the Direct Action of Unconstitutionality; and the fourth section analyzes the thesis established by the STF in ADI 6421. Finally, we conclude that, although the thesis established by the STF represents an important evolution in the theory of civil liability of the State in the Brazilian legal system, there are problems related to the applicability of this thesis, due to the existence of limitations on the personal liability of public officials in the culpable mode.

Keywords: ADI 6421. Administrative Discretion. State Responsibility. Control of Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

A temática deste trabalho relaciona-se com o controle jurisdicional da atividade administrativa, em matéria de direito à saúde. Levando-se em consideração que, no Brasil, a Administração Pública encontra-se vinculada à persecução do interesse público, é necessário reconhecer que esse objetivo só será alcançado caso haja critérios claros, que orientem a atuação do gestor.

Nesse sentido, o advento da pandemia serviu para evidenciar uma série de lacunas a serem superadas, para que seja possível o cumprimento, em matéria de direito à saúde, dos preceitos constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral a análise da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6421. A análise envolverá aspectos relacionados à responsabilidade civil do Estado, e, mais precisamente, à responsabilidade pessoal de agentes públicos. Para tanto, far-se-á a utilização de aportes teóricos que permitam a correlação entre doutrina e jurisprudência, bem como a análise dos textos normativos relacionados à problemática, mais especificamente dispositivos da Medida Provisória nº 966/2020, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seu respectivo decreto regulamentador.

O objetivo específico relaciona-se com a resposta ao seguinte questionamento: em que medida será possível a aplicação da tese firmada pelo STF na ADI 6421 a situações concretas, considerando as vias atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro para a responsabilização pessoal de agentes públicos que incorram em ilícitos culposos?

De início, o segundo capítulo veicula a análise do contexto pandêmico em que se encontrava a sociedade brasileira desde março de 2020. Nesse sentido, busca-se avaliar alguns dos principais impactos gerados pela pandemia no exercício dos direitos fundamentais pela sociedade brasileira. São explicitadas, ainda, as alegadas razões que levaram à edição, pelo governo federal, da Medida Provisória nº 966/2020. Além disso, avalia-se as razões que serviram de pano de fundo à propositura da ADI 6421.

No terceiro capítulo, são feitas ponderações em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade enquanto instrumento de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público no ordenamento jurídico brasileiro. Avalia-se, portanto, questões relacionadas à natureza jurídica, ao procedimento legal, à medida cautelar e aos efeitos da referida ação.

O quarto capítulo tem a pretensão de estabelecer uma resposta ao seguinte questionamento: em que medida será possível a aplicação da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da medida cautelar da ADI 6421? Esse questionamento surge porque, embora a suprema corte tenha decidido que configura erro grosseiro o descumprimento, por parte de agentes públicos, de normas e critérios técnicos e científicos, bem como dos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, a responsabilidade pessoal de agentes públicos por ato culposo no ordenamento jurídico brasileiro é extremamente limitada, estando restrita a hipóteses específicas.

Nesse sentido, cumpre destacar que este trabalho não tem como objetivo a análise da responsabilidade pessoal de agentes públicos que atuem de forma dolosa, uma vez que a tese firmada pelo STF se restringe à análise do erro grosseiro enquanto elemento caracterizador da culpa, não tendo a responsabilidade dolosa, portanto, sido objeto de ponderação pela suprema corte.

Por último, chega-se, na última seção deste artigo, as considerações finais, concluindo que a tese firmada pelo STF representa uma importante evolução no sistema de controle jurisdicional da atividade administrativa em matéria de direito à saúde. Entretanto, há questões que poderão prejudicar a aplicação da tese a situações concretas, ante o atual estágio de responsabilização pessoal de agentes públicos, em que o dano culposo só é punível em situações muito restritas.

2 A PANDEMIA DO COVID-19 E A RESPONSABILIDADE PESSOAL DE AGENTES PÚBLICOS

Antes de adentrar especificamente na análise da tese firmada pelo STF no julgamento da Medida Cautelar da ADI 6421, são necessárias algumas ponderações em relação ao contexto sanitário, político e social no qual se encontrava o Brasil em meados de maio de 2020. Esta seção, portanto, foi estruturada em três partes, cada uma delas destinada à análise de um desses três aspectos, quais sejam: a análise dos impactos gerados pela pandemia do COVID-19 no Brasil, principalmente no que tange às suas repercussões no meio jurídico; as medidas tomadas pelo governo federal no alegado combate à pandemia; e, por último, aspectos relacionados à reação política e social frente às referidas medidas.

2.1 Crise sanitária gerada pela propagação do Covid-19 no Brasil

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a existência da pandemia decorrente da COVID-19². A partir de então, governos no mundo inteiro passaram a adotar medidas para conter o alastramento da doença, tais como o fechamento de aeroportos, a determinação da obrigatoriedade do uso de máscaras, a restrição da prestação de serviços considerados não essenciais, entre outras. Todas essas medidas têm em comum a limitação a direitos fundamentais com vistas a preservar o direito fundamental à saúde, seja na sua feição coletiva ou individual; e, em última análise, preservar o direito fundamental à vida.

No Brasil, a notificação do primeiro caso da doença deu-se em 26 de fevereiro de 2020. Conforme dados oficiais do Guia de vigilância Epidemiológica do Ministério da Saúde³, dois anos após a primeira notificação, o país acumula cerca de 34.707.233 casos confirmados, sendo que, destes, cerca de 686.706 resultaram em óbito, representando um percentual de 2,0% de letalidade⁴. Ainda, no que diz respeito à pandemia, Santos (2020) assevera que o seu surgimento veio apenas agravar uma situação de crise que já era enfrentada pela população mundial, principalmente para aqueles que já se encontravam em situação de vulnerabilidade, tornando-se, ainda mais perigosa para determinadas camadas da sociedade.

Paralelamente a todas as questões mencionadas, a pandemia mostrou uma outra, a qual acabou por complicar ainda mais a vida da população de vários países, qual seja, boa parte dos países e de seus serviços públicos de saúde estavam mais “preparados para enfrentar a pandemia há dez ou vinte anos do que estão hoje” (SANTOS, 2020, p. 6). Dentre os grupos sociais considerados pelo autor como especialmente afetados pelo estado de pandemia, ele menciona as mulheres, para as quais a pandemia, além de suas consequências críticas do ponto de vista sanitário, representa um perigo relacionado à possibilidade de aumento da violência doméstica; menciona também os trabalhadores da rua, tais como os vendedores ambulantes, cuja subsistência fica consideravelmente prejudicada ante o contexto de reclusão experienciado pela sociedade.

Para o mencionado autor:

[...] ao contrário do que é veiculado pela mídia e pelas organizações internacionais, a quarentena não só torna mais visíveis, como reforça a injustiça, a discriminação, a exclusão social e o sofrimento imerecido que elas provocam. Acontece que tais assimetrias se tornam mais invisíveis em face do pânico que se apodera dos que não estão habituados a ele (SANTOS, 2020, p. 15).

² Acredita-se que o vírus SARS-CoV-2 tenha surgido na província de Wuhan, na China, tendo se alastrado para todo o mundo. Pesquisadores da área de saúde destacam que “o vírus apresenta semelhanças com as infecções respiratórias causadas por SARS que foi um vírus que saltou de morcegos para pangolins e deste para os seres humanos por volta de 2002 e com o MERS-CoV que saltou de morcegos para camelos e deste para o homem em 2012, fato que leva a crer que o Sars-cov2 possa ter características parecidas de transmissibilidade e origem evolutiva com estes vírus” (NOGUEIRA; SILVA, 2020, p. 118).

³ Painel Coronavírus. Coronavírus Brasil, 2022. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 06/10/22.

⁴ Cogita-se, porém, de que o número de infectados e mortos possa ser ainda maior, em virtude da subnotificação decorrente da baixa testagem da população, fator que contribui para a imprecisão dos dados divulgados pelas autoridades sanitárias (PRADO, et al; 2020, p. 224-228).

No caso brasileiro, em primeiro lugar, o surto de Covid-19 causou um colapso no sistema de saúde do país, com hospitais ficando sobrecarregados, sem equipamentos básicos de proteção para os profissionais de saúde, somando a estes fatores, no caso brasileiro, teve ainda a inércia do Governo Federal, e quando este resolveu agir para tentar mitigar a Pandemia, ainda fez de maneira errônea, na maioria dos casos. Segundo Bisneto, Santos e Cavet (2020), pode-se afirmar que:

[...] nem todos os efeitos da COVID-19 podem ser tidos como inevitáveis, de forma que certas consequências da doença derivaram de ato omissivo da Administração Pública. Dentre as diversas situações vivenciadas, podem ser citadas a falta de fornecimento de equipamento de proteção aos profissionais de saúde, a escassez de leitos em unidades de tratamento intensiva (UTI) e a não fiscalização de medidas implementadas. Nestas hipóteses, não se pode, *prima facie*, afastar a responsabilidade estatal (BISNETO; SANTOS; CAVET, 2020, p. 81).

A atuação estatal equivocada, para além de provocar a crise na saúde, provocou ainda a crise sanitária, e ambas acabaram iniciando uma crise na economia, com milhões de brasileiros perdendo seus empregos e ficando sem renda. O resultado de todo esse contexto não poderia ser outro, a não ser o aumento vertiginoso da taxa de pobreza, da desigualdade social e o agravamento significativo da crise social preexistente.

Segundo dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), que foram divulgados em março de 2021, mais ou menos um ano após a chegada do vírus, em terras brasileiras, os trabalhadores que não pararam suas atividades, nem conseguiram de alguma maneira adaptá-las ao: “home-office, foram fatalmente os mais atingidos proporcionalmente por mortes/desligamentos (faxineiros, frentistas, motoristas e cobradores de transporte coletivo, zeladores e operadores de caixa)” (GRANATO; MIRANDA, 2021, p. 45).

2.2 Medidas tomadas pelo governo federal durante a pandemia

Nesse momento, o governo, que tinha a obrigação de desenvolver políticas públicas de mitigação dos impactos sofridos por estas pessoas, preferiu privilegiar à economia, em detrimento as pessoas que estavam em situação de vulnerabilidade⁵ (KONDER; KONDER, 2021). A resposta dada pelo governo federal para a situação pandêmica instalada no país teve como pano de fundo o objetivo de favorecer aos empresários e a economia, em detrimento da “saúde”, já que o mesmo se preocupou mais em realizar reuniões com grandes empresários,⁶ do que com as pessoas afetadas diretamente pela pandemia (GRANATO; MIRANDA, 2021).

Dessa maneira, as consequências de tantas decisões erradas foram, dentre outras tantas, o agravamento das desigualdades sócias e a crise sanitária pré-existentes no Brasil. Outro fator que chamou atenção em relação à movimentação

⁵ Como argumentam, Konder e Konder (2021), “o conceito de vulnerabilidade objetiva, portanto, compreender como certos grupos, em virtude de determinadas características, estão mais suscetíveis a determinados riscos” (KONDER; KONDER, 2021, p. 53-68).

⁶ No entanto, argumenta-se que, de forma contraditória, parte da sociedade pode ter se beneficiado do estado pandêmico, auferindo benefícios econômicos em detrimento do estado de calamidade social. Como bem pontua Granato e Miranda (2021): “os interesses da classe dominante foram mantidos, e seus lucros também, em detrimento da pandemia. Recentemente, a revista “Forbes” atualizou seu “ranking” de milionários e constatou que o grupo dos super ricos brasileiros cresceu em 2020 com mais 20 novos bilionários” (GRANATO, MIRANDA; 2021, p. 43).

do governo federal, com relação ao enfrentamento da crise generalizada, foi a alta quantidade de edições de medidas provisórias, usadas para atender não só aos interesses da coletividade, mas aos interesses de determinada camada da população e aos interesses pessoais do presidente da República.

Como exemplo da má condução da pandemia, no Brasil, e dessas MPs, podem ser citadas as seguintes Medidas Provisórias⁷: Medida Provisória de nº 926/2020 e a Medida Provisória de nº 966/2020. A primeira MP, teve o condão de atribuir às autoridades da União o monopólio na adoção de medidas de combate ao vírus, em detrimento dos entes federativos subnacionais (Estados e Municípios). Logo, a União tomou para si a competência primeira para resolver os problemas gerados pela covid-19, deixando os Estados e Municípios de mãos atadas. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, quando chamado a manifestar-se sobre o assunto entendeu que:

[...] o federalismo brasileiro deveria agir colaborativamente, ou seja, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios deveriam preferencialmente planejar e executar políticas públicas conjuntas para o enfrentamento da pandemia. Os ministros deferiram medida cautelar para suspender parcialmente a eficácia de dispositivos das MPs n. 926/2020 e 927/2020. Na eminência de desacordos, entendeu-se que cada ente tem autonomia dentro da sua esfera de atuação. Há, portanto, previsão constitucional para que governadores e prefeitos adotem medidas de contenção da Covid-19 em desacordo com o que proponha o governo federal (MIRANDA, PICUSSA; 2020, p. 303).

Nesse sentido, utilizou-se das ADIs como mecanismos de preservação do federalismo brasileiro, uma vez que se garantiu a autonomia dos Estados e Municípios, em face da tentativa de a União monopolizar o controle de medidas de combate à pandemia.

A segunda MP, de nº 966/2020, por sua vez, foi editada em 13 de maio de 2020, e tinha como conteúdo versar sobre a responsabilidade de agentes públicos, nas esferas civil e administrativa, por ações ou omissões relacionadas ao combate da pandemia. A MP de nº 966/2020 surgiu para tentar barrar o alto número de reclamações e cobranças, advindas das pessoas comuns, dos cientistas, dos profissionais da saúde e dos parlamentares, sobre o posicionamento do governo federal, na pessoa de seu gestor maior, o Presidente da República, em querer que as pessoas e os profissionais da saúde indicassem o uso da cloroquina e da hidroxicloroquina como tratamento para a doença, apesar da falta de evidências científicas de sua eficácia.

Essa medida foi amplamente criticada pela comunidade médica, pois poderia levar à resistência a esses medicamentos e colocar os pacientes em risco⁸. A partir

⁷ Medida Provisória é uma espécie normativa primária, cuja edição, no plano federal, cabe ao Presidente da República, com fundamento nos arts. 59, V, e 62 da Constituição Federal de 1988. Observados os pressupostos constitucionais de relevância e urgência, a referida espécie normativa terá, desde a sua publicação, a mesma força de Lei, devendo ser imediatamente submetida à apreciação pelo Congresso Nacional (FILHO; 2012, p. 135)

⁸ Em 22 de maio de 2020, o Conselho Nacional de Saúde emitiu a Recomendação de nº 042, endereçada ao Ministério da Saúde com o seguinte teor: "1. Que suspenda as Orientações para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da COVID-19, publicadas em 20 de maio de 2020, autorizando uso de cloroquina/hidroxicloroquina para tratar sintomas leves da COVID-19; 2. Que não libere uso de qualquer medicamento como preventivo ou para tratamento da COVID-19 pela ausência de confirmações de uso seguro aos usuários; e 3. Que, assessorando o governo federal, desempenhe seu papel na defesa da ciência e a redução da dependência de equipamentos e

desse estopim, setores da sociedade, inconformados com a postura das autoridades no combate ao vírus, começaram a questionar acerca da possível responsabilidade do Estado brasileiro em decorrência da adoção de condutas cientificamente questionáveis no âmbito da pandemia.

2.3 Reação política e social

Conforme destacado no início, uma série de medidas tiveram de ser tomadas pelo Poder Público para conter o avanço do estado calamitoso. Entretanto, do ponto de vista científico, muitas delas são de eficácia, no mínimo, duvidosa. Tem-se como claro exemplo disso a propagação, pelas autoridades sanitárias federais, daquilo que ficou conhecido como tratamento precoce.

De acordo com levantamento feito por pesquisadores da Universidade de São Paulo (USP), no ano de 2020, apenas no âmbito da União, foram editados 3.049 atos normativos relacionados à COVID-19, os quais, em sua maioria, consistem em portarias e resoluções — respectivamente, 1788 e 844. Esses dados demonstram uma atividade normativa exacerbada por parte do Executivo Federal. A título comparativo, no mesmo ano foram editadas 50 leis⁹.

Como medida de contenção contra a MP evisando solucionar o problema ocasionado por ela, sete ações diretas de inconstitucionalidade¹⁰, com pedido de provimento cautelar, as ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, foram ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Rede Sustentabilidade, Partido Cidadania, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, pela Associação Brasileira de Imprensa – ABI, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Verde - PV.

Os autores das ações argumentam, em síntese, que a MP nº 966/2020 padece de inconstitucionalidade formal, tendo em vista a alegada ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, previstos no art. 62 da Carta Magna, bem como de inconstitucionalidade material, na medida em que limitar a responsabilidade civil de agentes públicos, aos casos em que se verifique dolo ou erro grosseiro, caracterizaria afronta ao art. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano, à jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e aos princípios constitucionais da moralidade e eficiência da administração pública, inafastabilidade do controle jurisdicional, separação dos poderes, devido processo legal e à autonomia dos entes federativos (STF, 2020).

Diante dessas alegações e sendo cabível o julgamento da ADI, o STF proferiu seu julgamento e chegou a sua conclusão, fixando tese sobre o assunto. No entanto, antes que seja analisado o conteúdo dessa ADI, faz-se imperativo que seja explicado o que é uma ADI, quem pode ajuizá-la e, para que ela serve dentro do ordenamento jurídico vigente. Em vista disso, a próxima seção deste artigo será dedicada a estes questionamentos, ora destacados.

insumos, construindo uma ampla e robusta produção nacional.” Conselho Nacional de Saúde. Recomendação 042 de 22-05-2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1193-recomendacao-n-042-de-22-de-maio-de-2020>. Acesso em 05-10-2022.

⁹ Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário. Conectas Direitos Humanos. Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil. 2021; boletim n. 10. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacao/boletim-direitos-na-pandemia-no-10/>

¹⁰ Apenas a primeira e a penúltima ADIs (6421 e 6428) impugnam, cumulativamente, dispositivos da MP 966/2020 e a LINDB. As demais, que impugnam tão somente o texto da Medida Provisória, perderam o objeto em virtude da não conversão do ato normativo em Lei.

3 UTILIZAÇÃO DA ADI COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nesta seção, tem-se como objetivo analisar, do ponto de vista jurídico, as razões que levaram à escolha da Ação Direta de Inconstitucionalidade, como forma de combater a Medida Provisória nº 966/2020. Para isso, serão explorados os conceitos básicos a respeito da ação direta de inconstitucionalidade.

3.1 Noções gerais a respeito da ação direta de inconstitucionalidade

O caput do Art. 102 da Constituição da República atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição¹¹. O referido papel remete a um modelo de corte constitucional idealizado por Alexy (2008; p. 167), na medida em que o autor austríaco defendia a necessidade de haver um órgão jurisdicional encarregado de realizar a análise de compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, em caráter abstrato, isto é, desvinculado de um caso concreto.

Para além disso, segundo de Jesus (2017; p. 407) preceitua que,

O STF acumula, hoje, as funções de avaliar a constitucionalidade das leis em tese, a validade da aplicação da Constituição Federal em casos concretos e a garantia de uniformidade de aplicação do direito nas instâncias inferiores, tornando-se uma Corte Constitucional e um tribunal recursal.

Para assegurar o cumprimento desse mister, a Carta Fundamental elencou uma série de competências a serem exercidas pela Corte, as quais podem se caracterizar como originárias ou extraordinárias. Conforme de Paula (2014), no exercício de sua competência originária, cabe ao STF julgar:

[...] a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de cada uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; a arguição de descumprimento de preceito fundamental; e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (PAULA, 2014, p. 98).

A ação direta de inconstitucionalidade, portanto, encontra-se dentre as competências originárias do STF. Destarte, para compreender a natureza jurídica desse instrumento, é necessário rememorar o conceito de ação, tal qual definido no âmbito da teoria geral do processo. Nesta seara, faz-se mister que as palavras de Alvim (2018), que aduz que o direito de ação consiste em um direito subjetivo de provocar o órgão jurisdicional para obter um pronunciamento de mérito a respeito de uma determinada pretensão.

Especificamente, no que diz respeito à ADI, Gama (1996), é preciso ao afirmar que se trata de um: “direito subjetivo de submeter uma lei ou ato normativo federal ou estadual à apreciação do Poder Judiciário” (GAMA, 1996, p. 151). Em caso de ADI, segundo GAMA (1996), fica obrigado o Supremo Tribunal Federal a decidir, se determinada lei ou ato normativo ofende, ou não, a Constituição Federal e

¹¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”

em caso de afronta à Lei Maior, deverá ele declarar a: “sua inconstitucionalidade” (GAMA, 1996, p. 151).

Para além disso, afirma Abboud (2018; p. 385), que a ADI se presta a impugnar ato normativo que tenha sido editado posteriormente à entrada em vigor da Constituição de 1988. Isso porque o exame quanto à compatibilidade de direito pré-constitucional, em face da atual Constituição, refere-se à recepção ou não recepção do ato normativo e não à sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Nesse sentido, trata-se a ADI de um instrumento de controle de constitucionalidade em sua modalidade abstrata, uma vez que a análise da compatibilidade ou incompatibilidade da lei face à constituição faz-se de maneira desvinculada de qualquer caso concreto. A competência para o julgamento dessa ação é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o Art. 102, I, a, da Constituição da República, e os legitimados ativos encontram-se elencados nos incisos do Art. 103 da Carta Magna. Quanto a este último ponto, exemplifica-se que, especificamente no que tange à ADI 6421, trata-se de uma ação proposta pelo Partido Político Rede Sustentabilidade.

3.2. Legitimados ativos da ADI

Uma vez delineado o conceito de ação direta de inconstitucionalidade, faz-se necessário explicitar questões relacionadas à legitimidade ativa para propor esta ação. O conceito de legitimidade ativa é oriundo da doutrina processualista, e identifica-se com a legitimidade, atribuída a um indivíduo, seja ele pessoa física ou jurídica, para figurar na condição de autor de determinada ação.

Especificamente em relação à ADI, é feita pela doutrina a distinção entre legitimados ativos universais, em relação aos quais é dispensada a comprovação de pertinência temática para a propositura da ação e legitimados especiais, que necessitam comprovar interesse de agir especial para a propositura da ação¹². À exceção das mesas das assembleias estaduais e distrital, dos governadores de Estados e das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, todos os demais legitimados elencados no mencionado dispositivo são considerados universais.

No âmbito da ADI 6421, conforme mencionado no tópico anterior, verifica-se que a ação foi proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade. Especificamente, no que se refere à legitimidade ativa dos partidos políticos para as ações de controle concentrado de constitucionalidade, Abboud (2018; p. 389) ensina que,

A legitimação autônoma para a condução do processo da ADIn é dada ao partido político que tenha representação no Congresso Nacional no momento do ajuizamento da ação. Caso o partido perca essa representação, no curso da demanda, o processo deverá continuar, dada sua natureza objetiva. O que é necessário comprovar é que o partido autor da ADIn tenha pelo menos um deputado ou um senador em seus quadros, no momento em que a agremiação política ajuíza a ação. Trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis), de sorte que referida legitimação é absolutamente desvinculada do direito material que se discute na demanda.

¹² Para Tavares (2009), a pertinência temática refere-se à necessidade de demonstração, por alguns legitimados, como as entidades de classe e as confederações sindicais, de que o objeto da instituição guarda relação (pertinência) com o pedido da ação direta proposta por referida entidade.

Assim, verifica-se que o Partido Rede Sustentabilidade, por possuir representação no Congresso Nacional quando da propositura da ADI 6421, encontrava-se devidamente legitimado à propositura a ação. Nesse sentido, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 966/2020, tendo em vista a alegada inconstitucionalidade formal, ante o descumprimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, previstos no Art. 62 da Constituição, bem como inconstitucionalidade material, ante o descumprimento do princípio republicano.

3.3 Medida cautelar, objeto e efeitos da ADI

O conceito de medida cautelar é oriundo da doutrina processualista, de maneira que se trata de uma espécie de tutela antecipada, também chamada de tutela provisória, que visa a garantir o resultado útil do processo, uma vez que o decurso do tempo pode fazer com que os danos decorrentes da violação ao direito sejam agravados pela demora na prestação da tutela jurisdicional.

Assim, Lopes (2020; p. 2) ensina que

Em breves termos, é possível conceituar a tutela provisória como o instituto que faculta ao Juiz, diante da evidência dos pedidos da parte autora, ou de uma situação de urgência, antecipar total ou parcialmente o provimento final da demanda ou, ainda, adotar medidas paralelas que visam assegurar a eficácia da tutela jurisdicional, antes do início do processo, ou no seu desenrolar.

No que tange à medida cautelar, faz-se necessário, para a sua concessão, o preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Mais especificamente quanto ao procedimento da medida cautelar, Lemos (2014) afirma que deve ser seguido o trâmite instituído pela Lei nº 9.868/1999, o qual prescreve que

[...] o relator, ao receber a petição inicial, deverá ouvir a autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato impugnado em cinco dias. Se entender indispensável, poderá ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República no prazo de três dias.

[...]

A concessão da medida deverá ter assentimento de maioria absoluta dos membros do Tribunal (mínimo seis ministros), reunidos em sessão do Pleno com a presença de pelo menos oito Ministros. No período de recesso, é o Presidente do STF que profere decisão monocrática sobre a medida cautelar, sendo necessária a confirmação posterior do colegiado.

Já o art. 12 da referida lei, permite que o relator, desde que haja pedido de medida cautelar, em razão da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeta o processo diretamente ao Tribunal. Este terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias (LEMOS, 2014, p.10).

Nesse sentido, a medida cautelar manifesta-se como um importante instrumento para evitar o agravamento ou a perpetuação de danos à sociedade que derivem de uma lei inconstitucional. Isso porque a concessão da medida cautelar possibilita que fiquem suspensos, temporariamente, os efeitos da lei reputada inconstitucional em sede de cognição sumária.

Especificamente no que tange à ADI 6421, o que se buscava pela parte autora com o pedido de provimento cautelar era a declaração de inconstitucionalidade em caráter provisório, a ser posteriormente confirmada pelo plenário do STF em acórdão definitivo. Seriam suspensos, portanto, os efeitos dos atos normativos impugnados até o julgamento no mérito.

Entretanto, conforme será analisado no tópico posterior, a decisão do STF na medida cautelar não chegou a declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos, mas conferiu a eles uma interpretação conforme a constituição.

Prosseguindo, no que diz respeito ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade, conforme foi lecionado por Porcionato (2007), trata-se da: “declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a consequente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico, por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada (PORCIONATO, 2007, p. 21).

Nesse sentido, Abboud (2018; p. 387) ensina que

São passíveis de controle abstrato da constitucionalidade, por exemplo: a) emendas constitucionais (poder constituinte derivado); b) leis complementares; c) leis ordinárias; d) decretos legislativos; e) medidas provisórias; f) decretos; g) resoluções de tribunais; h) regimentos internos de tribunais; i) regimentos internos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional; j) súmula vinculante do STF

É necessário ainda abordar dois importantes elementos de distinção entre os controles de constitucionalidade concentrado e difuso. No controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade, ou de constitucionalidade da lei ou ato normativo, é feita em abstrato, isto é, desvinculada de qualquer situação concreta. Por este motivo, fala-se que o tribunal constitucional, no exercício do controle concentrado, atua como uma espécie de legislador negativo¹³.

O segundo elemento de distinção, por sua vez, relaciona-se com os efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade. O parágrafo único do Art. 28 da Lei nº 9.868/1999 prescreve que:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (BRASIL; 1999)

A interpretação deste dispositivo leva à conclusão de que a decisão, na ação direta de inconstitucionalidade, possui eficácia *erga omnes*¹⁴, isto é, não se limita às partes do processo em questão, bem como efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. Destaca-se que o dispositivo supracitado exclui de seu âmbito de incidência o Poder Legislativo, o qual não é afetado pelo efeito vinculante na decisão de controle concentrado de

¹³ Entretanto, Barroso (2019, p. 325), combatendo a noção de legislador negativo, afirma que esta representa “um formalismo que está ultrapassado na compreensão contemporânea do direito constitucional, e que pode, a seu turno, ocultar um comportamento estratégico pelo qual se deseja, de fato, evitar a efetiva concretização de valores constitucionais”.

¹⁴ O conceito de erga omnes relaciona-se precisamente com a extensão dos efeitos da decisão judicial em relação àqueles que serão por ela atingidos. Ou seja, a decisão erga omnes terá eficácia contra todos, e não somente contra aqueles que forem parte na lide.

constitucionalidade. A referida exclusão é importante, pois evita que ocorra o fenômeno denominado de fossilização da constituição¹⁵.

4. ANÁLISE DA TESE FIRMADA PELO STF NA ADI 6421

No exame da medida cautelar, que ficou adstrito ao texto da MP nº 966/2020, tendo em vista que, quanto ao art. 28 da LINDB e aos arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, ausente o pressuposto do *periculum in mora*, o STF firmou as seguintes teses: em primeiro lugar, decidiu a corte que os atos administrativos praticados em matéria de direito à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado que desobedeçam normas e critérios técnicos e científicos, ou mesmo os princípios constitucionais da precaução e da prevenção, configuram erro grosseiro; em segundo lugar, decidiu que a autoridade competente deve exigir que o embasamento das suas decisões leve em consideração as normas e critérios técnicos e científicos, bem como os referidos princípios constitucionais (STF, 2020).

Com base no que foi posto pelo STF, esta pesquisa tratará de abordar os pontos consolidados a partir da decisão do mencionado órgão, detalhando oportunamente cada uma dessas imposições.

4.1. Discricionariedade e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Inicialmente, é importante que se conceitue a discricionariedade para a partir de então, entender-se quando ela pode sofrer controle jurisdicional, segundo o ordenamento jurídico. Segundo Mello (2009), a discricionariedade seria a:

[...] margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2009, p. 963).

Do referido conceito, pode-se inferir que a discricionariedade é não apenas uma margem de liberdade para que o administrador público opte por uma dentre as possíveis soluções para a controvérsia, mas também um dever de ponderação para que seja eleita a alternativa que mais se aproxime da satisfação do interesse

¹⁵ O termo “fossilização da constituição” foi utilizado no julgamento, pelo STF, da Reclamação n. 2617 Agr/MG, cujo voto do relator, o Min. Cezar Peluso prevê que: “A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão proferida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal não alcançam o Poder Legislativo, que pode editar nova lei com idêntico teor ao texto anteriormente censurado pela Corte. Perfilhando esse entendimento, e tendo em conta o disposto no § 2º do art. 102 da CF e no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999, o Plenário negou provimento a agravo regimental em reclamação na qual se alegava que a edição da Lei 14.938/2003, do Estado de Minas Gerais, que instituiu taxa de segurança pública, afrontava a decisão do STF na ADI 2424 MC/CE (acórdão pendente de publicação), em que se suspendera a eficácia de arts. da Lei 13.084/2000, do Estado do Ceará, que criara semelhante tributo. Ressaltou-se que entender de forma contrária afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição”

público. Esse dever jurídico do administrador decorre diretamente dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, previstos no caput do art. 37 da Carta Magna.

Assim, quando a discricionariedade é aplicada a seara administrativa, ela não permite que a tomada de decisões pelos agentes públicos seja feita de forma absolutamente independente, sem qualquer tipo de vinculação normativa. Haja vista que seu exercício deve ser responsável e voltado sempre ao atendimento do interesse público, a fim de que se evite abusos. Um outro fator importante é o de que a discricionariedade estabelece para o administrador público o dever de buscar na situação concreta a alternativa dotada de maior aptidão para a satisfação do interesse público, portanto, é possível concluir que quando existe o descumprimento desse dever, existam consequências jurídicas, quer seja para a Administração Pública, no âmbito da responsabilização do Estado, quer seja para o próprio agente público, na sua esfera de responsabilização pessoal (MELLO, 2009).

A verificação do descumprimento do referido dever e a consequente aplicação de uma sanção jurídica passa, necessariamente, pela noção de controle da administração pública, assim entendido como “a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado” (MEDAUAR, 2020, p. 31).

Todavia, um fato que chama atenção é a possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo, isto é, a discussão sobre a possível colocação do judiciário a se colocar diante de situações relevantes em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade do ato administrativo, tendo em vista que a própria lei confere ao administrador, em determinadas hipóteses, a prerrogativa de avaliar e decidir a solução mais adequada às peculiaridades inerentes a cada caso. Essa intervenção jurídica só será possível em casos que se estiver diante das hipóteses de dolo e erro grosseiro.

Quanto ao erro grosseiro, tem-se que a sua verificação, no caso concreto, requer uma análise um pouco mais detalhada, uma vez que os requisitos legais, embora existam, são dotados de um grau de indeterminação consideravelmente mais alto, se colocados em comparação com os do dolo. Os mencionados requisitos encontram-se no Decreto nº 9.830/2019, mais precisamente nos parágrafos de seu art. 12. O parágrafo 1º do mencionado regulamento prevê 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”.

Nesse sentido, percebe-se que a culpa grave constitui um os elementos centrais na caracterização do erro grosseiro, enquanto condicionante da responsabilização pessoal de agentes públicos. Entretanto, a caracterização de culpa grave configura, em si mesma, uma questão jurídica complexa, cujo solucionamento dependerá sempre da análise, caso a caso, de cada um dos elementos que constituem a controvérsia. Como afirma a doutrina, “se o erro é escusável e não há má-fé, merecem proteção (art. 28). Mas isso é aferível apenas caso a caso” (PALMA; 2018).

Na medida cautelar da ADI 6421, por sua vez, o STF parece tentar dar uma solução à dita controvérsia, ou, ao menos, um indício de solução, na medida em que estabelece alguns critérios a serem observados, quando da verificação das condutas de agentes públicos, que podem ter agido com culpa grave, e que, portanto, não estariam amparadas pelo manto da discricionariedade administrativa.

4.2. Obrigatoriedade de observância de normas e critérios técnicos e dos princípios da precaução e da prevenção

Em matéria de direito à saúde, a jurisprudência da corte consolidou-se de há muito no sentido de haver uma obrigatoriedade de observância, pelo poder público, de padrões técnicos e científicos estabelecidos por organizações e entidades com reconhecida autoridade na matéria, tais como a Organização Mundial da Saúde. Cita-se, como exemplo dessa jurisprudência consolidada, a decisão do STF na ADI 4066, em que se estabeleceu a inconstitucionalidade de atos normativos, que autorizavam a exploração e utilização da substância conhecida como amianto, ante a existência de evidências científicas consolidadas no sentido de seu elevado grau de nocividade (STF, 2017). Trata-se de entendimento que se relaciona diretamente com a ideia de discricionariedade administrativa, enquanto instrumento apto a levar à satisfação do interesse público.

É nesse sentido que deve ser interpretada a decisão do Supremo no julgamento da Medida Cautelar na ADI 6421. O administrador público, portanto, em matéria de direito à saúde, vincula-se a alternativas que sejam dotadas de comprovada eficácia científica, não podendo optar por soluções de eficácia duvidosa, sob pena de, assim atuando, incorrer em violação ao ordenamento jurídico pelo cometimento de culpa grave¹⁶. Quando se pretende que as políticas públicas em matéria de saúde sejam orientadas por entendimentos científicos, quer-se, em última análise, conferir eficácia ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, da CRFB/88).

Especificamente no que tange às medidas de combate à pandemia adotadas pelo Estado brasileiro, para dar cumprimento ao mandamento constitucional da eficiência, seria necessário que tais medidas tivessem sido pautadas com base em critérios estritamente científicos, uma vez que, nesse tipo de situação, seguir o consenso científico é a única forma de atender ao interesse público. Isso porque trata-se de matéria estritamente vinculada à satisfação do direito fundamental à saúde, de maneira que, em relação ao que ocorre em outras áreas, a discricionariedade do gestor encontra-se mais restrita.

Deve-se levar em consideração, no entanto, que nos estágios iniciais da crise pandêmica, ainda não havia um consenso científico quanto às medidas que seriam mais eficazes no combate à propagação do vírus. Entretanto, ainda que essa incerteza pudesse prejudicar a tomada de decisão por parte do gestor, há critérios como os princípios da prevenção e da precaução, oriundos de outros ramos do direito, que foram pensados para possibilitar uma tomada de decisão que mais se adeque ao interesse público.

¹⁶ Conforme Palma e Rosilho (2021), há uma distinção sutil, mas fundamental, entre decidir de forma contrária ao consenso científico e deixar de decidir com base em consenso científico. Nesse sentido, a partir da ADI 6412: “O erro grosseiro passa a ser compreendido como qualquer ação ou omissão do agente público contrária a consenso científico. Esse é um ponto extremamente importante na compreensão do alcance da decisão do Supremo, sendo leitura equivocada a definição do erro grosseiro como deixar de decidir com base em consenso científico. Na prática, esta interpretação, errada, engessaria a gestão pública de combate à pandemia, pois demandaria consensos científicos para cada medida sanitária, econômica ou social, contrariando, inclusive, a ordem de preocupações que os Ministros expuseram em seus votos. O consenso científico configura parâmetro para caracterizar o erro grosseiro, se a decisão ou omissão lhe for contrária, mas não como condição necessária da ação administrativa”

Os mencionados princípios são oriundos do direito ambiental. Em um primeiro momento, cumpre defini-los, e, posteriormente, demonstrar a relação que é feita, pela doutrina e jurisprudência, entre eles e o direito fundamental à saúde.

Conforme assinala a doutrina, os princípios da prevenção e da precaução podem ser identificados na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, sendo que o principal ponto de distinção entre eles encontra-se no fato de que, enquanto o princípio da prevenção relaciona-se com a necessidade de inibir riscos concretos, o princípio da precaução tem por objetivo evitar a ocorrência de riscos abstratos, isto é, que não são facilmente previsíveis pelo conhecimento humano. (LEITE in BERTOGNA, 2015, p. 92)

Nesse sentido, ambos os princípios visam a evitar a concretização de um risco que pode, no entanto, ser concreto, no caso da prevenção, ou abstrato, no caso da precaução¹⁷. O reconhecimento, pelo STF, da incidência desses princípios no âmbito das ações na área de saúde, constitui-se em importante parâmetro, no que tange ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Além disso, na perspectiva da própria administração pública, tem-se aí um importante critério que pode ser utilizado para orientar a atuação dos agentes públicos.

Uma vez estabelecido que, em matéria de direito à saúde, há um dever de o administrador público recorrer a alternativas de comprovada eficácia científica, sob pena de, em assim não agindo, incorrer em culpa grave, tem-se como consequência lógica, o surgimento da possibilidade de sua responsabilização pessoal, seja mediante a aplicação de instrumentos de controle interno, ou mesmo pela via do controle externo no âmbito jurisdicional. Um dos escopos deste trabalho é, portanto, delinear precisamente quais são as vias possíveis, no ordenamento jurídico brasileiro, para levar a cabo essa responsabilização, tendo sempre em vista a necessidade de atender-se aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

4.3. Aplicabilidade da tese da medida cautelar da adi 6421: inovações trazidas pela lei de improbidade administrativa e a teoria da dupla garantia e responsabilização pessoal de agentes públicos

Antes do advento da Lei nº 14.230/2021, admitia-se a punição de atos de improbidade administrativa que fossem praticados a título de culpa, mais precisamente, no que tange aos ilícitos que envolviam prejuízo ao erário (art. 10, Lei nº 8.429/92). Entretanto, dentre as inovações introduzidas pelo novo diploma legislativo, tem-se a extinção da modalidade culposa, de maneira que os ilícitos de improbidade administrativa exigem, hodiernamente, atuação dolosa para a sua configuração.

Quando da publicação da MC na ADI 6421, em 12/11/2020, ainda estava vigente a redação original da Lei nº 8.429/92, sem as alterações promovidas no ano seguinte. Dessa maneira, para os atos administrativos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, o que se deu em 25/11/2021, era possível a aplicação da referida tese, responsabilizando-se por improbidade administrativa agentes que incorressem em culpa grave, nos termos da decisão do STF. A possibilidade, entretanto, tende a desaparecer com a inovação legislativa.

¹⁷ A respeito da distinção entre prevenção e precaução, Junior (2020), esclarece que: “ao contrário da prevenção, que busca evitar riscos certos e já conhecidos, a precaução se associa à criação de instrumento de defesa em face do desconhecido (riscos incertos, mas potencialmente existentes)” (JUNIOR, 2020, p. 314).

Isso porque a nova lei de improbidade administrativa prevê expressamente (art. 1º, § 4º) que incidem, em seu âmbito de aplicação, os princípios do direito administrativo sancionador, assim entendido como o ramo do direito administrativo responsável pelo exercício do poder punitivo do Estado¹⁸. Dentre as normas aplicáveis, tanto ao direito penal como ao direito administrativo sancionador, encontra-se o princípio constitucional da retroatividade da lei benéfica (art. 5º, XL), de maneira que, tomando-se como base as disposições da nova lei de improbidade administrativa, afigura-se imperioso reconhecer que a abolição da modalidade culposa abrange não só os ilícitos praticados após a vigência da nova lei, como também aqueles perpetrados sob a égide da legislação anterior.

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em que se discutia a possibilidade, ou não, de aplicação retroativa das regras introduzidas na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 14.230/2021. Especificamente, no que se relaciona com objeto deste trabalho, o Supremo decidiu que a extinção da modalidade de improbidade administrativa culposa aplica-se a fatos ocorridos antes da sua vigência, desde que não tenha havido trânsito em julgado¹⁹. Portanto, não se poderá considerar que subsistem os atos culposos de improbidade administrativa, nos moldes do que era admitido pela lei anterior, de maneira que se torna inviável a aplicação da tese analisada neste trabalho aos referidos ilícitos.

Para além das ações de improbidade administrativa, entretanto, as chamadas ações regressivas também atuam como instrumentos, no ordenamento jurídico brasileiro, para a responsabilização pessoal de agentes públicos no âmbito jurisdicional. A constituição da República estabelece, no § 6º de seu art. 37²⁰. O referido dispositivo contém a norma que representa o fundamento da responsabilidade civil do estado brasileiro. Trata-se de espécie de responsabilidade objetiva, sendo assim qualificada pelo fato de que o demandante, numa ação reparatória em desfavor do Estado, encontra-se desincumbido de demonstrar qualquer elemento subjetivo na conduta lesiva (BEDENDI, 2015). O mencionado dispositivo representa a adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria denominada doutrinariamente como teoria do órgão. A doutrina considera que:

[...] vontade do agente é imputada diretamente ao Estado, ou seja, é havida como sendo própria do Estado e não de alguém diferente dele, distinto dele. O que o agente queira, no exercício de sua atividade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada – entende-se ser o que o Estado naquele instante quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações externas não se considera se o agente obrou bem ou mal. Considera-se, isso sim, se o Estado agiu bem ou mal. Em suma, não se biparte Estado e agente (como

¹⁸ [...] o Direito Punitivo estatal, tanto no Direito Penal como no Direito Administrativo, funda-se sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que, apesar das diferentes formas de aplicação, a depender de se tratar de infração penal ou administrativa, informa o *ius puniendi* estatal. Sem a observância de tais normas a atividade punitiva estatal se torna ilegítima e arbitrária (MOREIRA NETO, 2012, p. 1).

¹⁹ “A nova lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos, praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.” (STF, 2022)

²⁰ [...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1998).

se fossem representante e representado), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade (MELLO, 1971; p. 37)

Ao interpretar o dispositivo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a constituição consagra a chamada teoria da dupla garantia, uma para o cidadão, na medida em que desincumbido do dever de demonstrar se atuação do Estado se deu mediante dolo ou culpa, e outra ao agente público, que só poderá ser demandado pelo próprio ente ao qual se encontra vinculado, caso tenha agido com dolo ou culpa. Nesse sentido, a aplicação da tese proferida pelo STF, no âmbito cível, fica restrita à hipótese em que o ente público tenha sido condenado por danos causados a um particular, na medida em que o agente público que praticou a conduta danosa, poderá ser demandado em ação regressiva para ressarcir o Estado pelo prejuízo gerado, se tiver incorrido em dolo ou culpa grave.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os impactos da pandemia decorrente do Covid-19 propagaram-se pelos mais variados meios sociais, levando à necessidade de repensar uma série de conceitos prévios, em relação aos quais evidenciou-se a necessidade de melhor adequá-los à nova realidade social. No meio jurídico brasileiro, o conceito de erro grosseiro, enquanto elemento caracterizador de culpa grave para a responsabilização pessoal de agentes públicos, pode ser tomado como um exemplo desse fenômeno. A decisão proferida pelo STF no julgamento da medida cautelar da ADI 6421, embora proferida em um juízo de cognição sumária, ou seja, estando pendente o julgamento do mérito de forma definitiva, teve o intuito de estabelecer que não há espaço no ordenamento jurídico pátrio para que a tomada de decisão em matéria de saúde seja pautada em critérios anticientíficos.

Nesse sentido, o STF teve o mérito de estabelecer parâmetros que servirão de base à atuação de agentes públicos nos mais variados níveis da federação. Isso porque, embora a decisão judicial analisada tenha sido tomada no âmbito da análise de uma medida provisória federal, os efeitos erga omnes da decisão em controle concentrado de constitucionalidade fazem com que a tese firmada possa ser às mais diversas problemáticas a serem resolvidas no âmbito jurisdicional.

Para além disso, trata-se a tese analisada de uma garantia que servirá para o cumprimento, em matéria de direito à saúde, dos princípios constitucionais previstos no caput do Art. 37 da Carta Magna, quais sejam, a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência.

Uma vez estabelecida a tese, no entanto, surge a problemática relacionada à sua aplicação. Isso porque, conforme analisado neste trabalho, a responsabilização civil de agentes públicos a título pessoal, em decorrência de condutas culposas, restringe-se às hipóteses das ações de regresso. Isso porque, com as inovações na legislação de combate à improbidade administrativa, bem como as limitações de cunho constitucional estabelecidas pela teoria da dupla garantia, não se vislumbrou, ao menos no que se refere à pesquisa para a elaboração deste trabalho, outras hipóteses de responsabilização culposa no âmbito cível, excluindo-se, portanto, as esferas penal e administrativa.

Nesse sentido, resta evidente que ainda é necessário um certo grau de evolução dos conceitos relacionados à responsabilidade civil do Estado para que se adequem ao novo cenário pós-pandemia. Espera-se, portanto, com a elaboração deste trabalho, trazer uma resposta, de maneira nenhuma exauriente, a respeito da problemática analisada

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. rev. atual. e ampl. São Paulo, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros. São Paulo, 2008.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, **Curso de Direito Administrativo**, 26ª ed. São Paulo, 2009, Saraiva.
- BEDENDI, Luís Felipe Ferrari. Responsabilidade civil do Estado. **Responsabilidade Civil**, São Paulo, p. 439-464, 2015. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/30610?pagina=1>. Acesso em: 06/10/2022.
- BERTOIGNA, Veridiana. Princípios Constitucionais Ambientais aplicáveis às Licitações Sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BISNETO, Cícero Dantas; DOS SANTOS, Romualdo Batista; CAVET, Caroline. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E POR INCITAÇÃO NA PANDEMIA DA COVID-19. **Revista IBERC**, n. 2, v. 3, p. 71-92, 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 1 nov. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória nº 966 de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15mai. 2020.b Edição 14. Seção 1. Página 6. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 15 out. 2020.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6421 DF 0092667-18.2020.1.00.0000. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 2020.c.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO 2617 MG
- DE JESUS, Mirela Rios Cruz. A Relevância da Construção da Fundamentação das Decisões Colegiadas do STF e a Legitimidade da Formação dos Precedentes. **Revista Populus**. v. 3, p. 399-420, 2017. Disponível em: <http://eje.tre-ba.jus.br/mod/page/view.php?id=3243>

DE PALMA, Juliana Bonacorsi; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 45-54, 2021.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **A cruel pedagogia do vírus**. Boitempo Editorial, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Processo Legislativo** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Ação direta de inconstitucionalidade. **Revista Jurídica, Porto Alegre**, v. 44, n. 229, p. 9-13, 1996.

GRANATO, Natália Cristina; MIRANDA, Eduardo Soncini. Pandemia, empresariado e aprofundamento das desigualdades sociais no Brasil. **Revista NEP-Núcleo de Estudos Paranaenses da UFPR**, v. 7, n. 1, p. 34-48, 2021.

JUNIOR, Antônio Reis. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de COVID-19. **Revista IBERC**, v. 3, n. 2, p. 305-328, 2020.

KONDER, Carlos Nelson; DE SOUZA KONDER, Cíntia Muniz. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: exame crítico de uma trajetória de generalização. **Revista Interesse Público – IP**, v. 23, n. 127, p. 53-68, 2021.

LEMOS, Aline Maria da Rocha. A aplicação de medidas cautelares no controle de constitucionalidade. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 166, 2014.

LOPES, Paola Giulia Tonin. As tutelas de urgência antecipada e cautelar e o perigo de irreversibilidade dos seus efeitos. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, 4ª ed. Belo Horizonte, 2020, Fórum.

MIRANDA, Eduardo Soncini; PICUSSA, Roberta. Federalismo e Poder Legislativo na pandemia de covid-19: a atuação da Assembleia Legislativa do Paraná no enfrentamento ao novo Coronavírus. **E-legis**, Brasília, Edição especial, p. 301-325, 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 28, nov./jan. 2011/2012.

NOGUEIRA, José Vagner Delmiro. **CONHECENDO A ORIGEM DO SARS-COV-2 (COVID 19)**. Revista Saúde e Meio Ambiente, v. 11, n. 2, p. 115-124, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU. LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controlepublico/quemeoadministradormedio-do-tcu-22082018>. Acesso em 10/10/2022, v. 27, 2018.

PAULA, Carolina Gattolin de. **A atuação do STF no pós-88: impacto sobre o equilíbrio entre os poderes**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

PORCIONATO, Ana Lúcia. Controle de constitucionalidade e ação civil pública. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 2, 2007.

PRADO, Marcelo Freitas do et al. Análise da subnotificação de COVID-19 no Brasil. **Revista Brasileira de Terapia Intensiva**, v. 32, p. 224-228, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso De Direito Constitucional**. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

AGRADECIMENTOS

Durante o tempo que decorreu, desde o ingresso na graduação, até a apresentação deste trabalho, o apoio de uma série de pessoas foi fundamental, de maneira que, sem esse apoio, não é de modo algum exagero afirmar que seria impossível estar a escrever estas linhas. Estando aqui a escrevê-las, portanto, tenho a obrigação de fazer menção a essas pessoas, em agradecimento.

As primeiras, menciono pelo nome: João Batista Carneiro de Oliveira, Adyna Rezende Ferreira Carneiro, Matheus Rezende Carneiro e Amanda Rezende Carneiro; meu querido pai, minha querida mãe, meu querido irmão e minha querida irmã, respectivamente.

As demais, para que não seja injusto, menciono coletivamente: meus colegas de classe, meus amigos e servidores da Universidade Estadual da Paraíba.