

# Revista do Advogado

Nº 148 | DEZ | 2020

Impactos  
da Covid-19  
no Direito

● **O pensamento anticientífico e o regime de responsabilidade do agente público durante a pandemia.**

*Por Juliana Vieira dos Santos*

# O pensamento anticientífico e o regime de responsabilidade do agente público durante a pandemia.

## **Juliana Vieira dos Santos**

Advogada. Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Harvard Law School. Conselheira da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

## **Sumário**

1. Introdução
2. A responsabilidade objetiva do Estado
3. A responsabilidade dos agentes públicos
  - 3.1. Responsabilidade civil do agente público
  - 3.2. Responsabilidade administrativa do agente público
4. O que muda com a MP nº 966/2020
5. O STF e a ciência
6. Conclusão – a necessidade de punição dos agentes que atuem de forma anticientífica

Bibliografia

## **1 Introdução**

A discussão sobre responsabilidade do Estado e seus agentes tem despertado enorme interesse, especialmente durante o contexto da pandemia, por conta do debate sobre mortes evitáveis e danos advindos de condutas omissivas de seus agentes. A ausência de saneamento básico, de leitos hospitalares, de ventiladores, de EPIs para os profissionais da saúde, o gasto de dinheiro público com medicamentos cuja eficácia já restou descartada pela comunidade internacional, a insuficiência de ações para impedir o alastramento da doença nas comunidades tradicionais, a compra emergencial de insumos de saúde, a carência de uma autoridade nacional que lidere as ações do país, todos esses fatos e fatores colocam o assunto da

responsabilidade dos agentes públicos na ordem do dia.

Sem a pretensão de esgotar o debate, este artigo ambiciona apenas discutir alguns dos aspectos relacionados à responsabilidade do Estado e de seus agentes neste contexto de pandemia, notadamente na tomada de decisões que não tenham embasamento em diretrizes científicas, antes e depois da edição da Medida Provisória (MP) nº 966/2020.

Na primeira parte do artigo, para que seja possível abordar a responsabilidade dos agentes públicos, discorreremos brevemente sobre a responsabilidade do Estado.

Na segunda parte, trataremos dos regimes geral e especial de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos, antes do advento da MP nº 966/2020, que trata dessa responsabilização em atos relacionados com a pandemia da Covid-19, sobre a qual nos debruçaremos na sequência para identificar que aspectos da responsabilidade foram alterados.

Por fim, apresentaremos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) relativamente a questões técnico-científicas e medicina baseada em evidências, analisando como o pensamento anticientífico se enquadra no regime de responsabilidade apresentado ao longo do artigo.

## 2 A responsabilidade objetiva do Estado

A Constituição de 1988 adotou como regra a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do seu art. 37, § 6º, para as condutas que gerem danos a terceiros ou a seus próprios agentes (teoria do risco integral).<sup>1</sup>

1. Precedentes do STF: 2ª T., RE nº 209.354 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe de 16/4/1999; 2ª T., RE nº 518.894 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 22/9/2011; 2ª T., RE nº 551.156 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 10/3/2009; 2ª T., AI nº 846.317 AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 28/11/2013; e 1ª T., RE nº 788.009 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/8/2014, DJe de 13/10/2014.

Com a adoção da responsabilidade objetiva, a pessoa que sofreu o dano deixa de estar numa posição de total fragilidade perante o Estado, pois a responsabilização independerá da demonstração de culpa. A simples demonstração denexo causal entre a ação do Estado e o prejuízo já é o suficiente para justificar o direito à indenização.

## Alguns autores afirmam que o Estado não poderia ser erigido à categoria de “segurador universal”.

Para Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 243),

“a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Em teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiários pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado”.

Sobre esse assunto, Hely Lopes Meirelles (1997, p. 566) complementa que

“o que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros,

nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares”.

Há na doutrina alguma divergência relativamente às condutas omissivas. Alguns autores afirmam que o Estado não poderia ser erigido à categoria de “segurador universal”,<sup>2</sup> assentando que para as condutas omissivas deveria ser aplicada a teoria da “falta de serviço”, ou seja, a responsabilidade subjetiva do Estado.<sup>3</sup>

Segundo essa teoria, a mera comprovação do nexos causal entre o dano experimentado e a inação do Estado não seria suficiente para justificar a sua responsabilização, sendo necessário provar a **culpa do serviço** (na modalidade de negligência, imprudência ou imperícia).

Mas o STF, recentemente, tem assentado o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) manteve a tendência já manifestada nas Constituições de 1946, 1967 e 1969, e em outros textos legais,<sup>4</sup> que consolidavam a responsabilidade civil do Estado lastreada pela Teoria do Risco Administrativo:

**“Essa concepção teórica** – que informa o princípio **constitucional** da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público, **tanto** no que se refere **à ação**

**quanto** no que concerne **à omissão** do agente público – **faz emergir**, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, **o dever de indenizá-la** pelo dano moral **e/ou** patrimonial sofrido, **independentemente de caracterização de culpa** dos agentes estatais, **não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão)** daqueles investidos da representação do Estado, **consoante enfatiza o magistério da doutrina** (HELY LOPES MEIRELLES, ‘Direito Administrativo Brasileiro’, p. 650, 31ª ed., 2005, Malheiros; SERGIO CAVALIERI FILHO, ‘Programa de Responsabilidade Civil’, p. 248, 5ª ed., 2003, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ‘Curso de Direito Administrativo’, p. 90, 17ª ed., 2000, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, ‘Responsabilidade Civil do Estado’, p. 40, 2ª ed., 1996, Malheiros; TOSHIO MUKAI, ‘Direito Administrativo Sistematizado’, p. 528, 1999, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, ‘Curso de Direito Administrativo’, p. 213, 5ª ed., 2001, Saraiva; GUILHERME COUTO DE CASTRO, ‘A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro’, p. 61/62, 3ª ed., 2000, Forense; MÔNICA NICIDA GARCIA, ‘Responsabilidade do Agente Público’, p. 199/200, 2004, Fórum, v.g.), **cabendo ressaltar**, no ponto, **a lição** expendida por ODETE MEDAUAR (‘Direito Administrativo Moderno’, p. 430, item n. 17.3, 9ª ed., 2005, RT):

‘Informada pela ‘teoria do risco’, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como ‘responsabilidade objetiva’. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexos causal ou nexos de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexos

2. A locução é de Celso Antônio Bandeira de Mello, citada por Georghios A. Tomelin (1998, p. 166).

3. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 623-624), seguindo os ensinamentos de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello; Lúcia do Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*, p. 172); Maria Helena Diniz – até o advento do Código Civil de 2002 (CC/2002) (*Código civil anotado*, p. 31); Rui Stoco (*Tratado de responsabilidade civil*, p. 751) e Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil: parte geral*, p. 277-278) tendo em conta o atual Código Civil (CC) (*apud* GOMES, 2012, p. 1.332).

4. Vale lembrar que a CF/1988 inova ao inserir, além das pessoas jurídicas de direito público, as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Nesse mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor (em seu art. 22), que prevê a obrigação da prestação de serviços públicos (diretamente ou por empresas concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma) adequados, eficientes, seguros e contínuos. Naquele texto também fica evidenciado que se a relação jurídica for de consumo (ainda que de serviços públicos), a responsabilidade é objetiva. O CC/2002, por sua vez, em seu art. 42, também aponta para a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de ter agido ou se omitido, guardando enorme semelhança com a redação prevista na CF/1988 (GOMES, 2012, p. 1.331-1.333).

de causalidade, o Estado deve ressarcir” (grifos no original).<sup>5</sup>

Fazendo a ressalva de que a responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto e admite abrandamento ou até exclusão (nas hipóteses excepcionais de caso fortuito, força maior ou em situações de culpa atribuível à própria vítima<sup>6</sup>), a jurisprudência que prevalece atualmente no STF consolida o entendimento que resulta na seguinte exegese dada ao art. 37, § 6º, da CF/1988:

“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

– A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. – Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ‘eventus damni’ e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade

5. STF, 2ª T., ARE nº 1046474 AgR/RJ, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/8/2017, publ. em 12/9/2017, DJe-206 divulg. 11/9/2017.

6. Ver RDA nº 137/233, RTJ nº 55/50 e RTJ nº 163/1107-1109.

estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).<sup>7</sup>

## O sistema jurídico comporta várias espécies de responsabilidade aplicáveis aos agentes públicos.

Tendo tratado, em linhas gerais, da hipótese em que o Estado pode ser responsabilizado por danos causados aos cidadãos pelos agentes públicos, cabe agora tratar sobre o agente público em si, e a forma de responder civil ou administrativamente pelos danos causados a terceiros, ao próprio Estado, ou por infração de norma administrativa.

### 3 A responsabilidade dos agentes públicos

Agente público é toda e qualquer pessoa que, de qualquer maneira e a qualquer título, exerce uma função pública, ou seja, pratica atos imputáveis ao Poder Público, tendo sido investido de competência para tanto (DALLARI, 2015, p. 13).

O sistema jurídico comporta várias espécies de responsabilidade aplicáveis aos agentes públicos, a depender do tipo de ação exercida: política (na qual incorre quem pratica ato tipificado como crime de responsabilidade), civil ou patrimonial (de quem comete ato ilícito, nos termos do art. 186 e 187 do CC), penal (condutas tipificadas no Capítulo Dos Crimes Praticados por Funcionário Público Contra a Administração em Geral do Código Penal), por improbidade administrativa (condutas ventiladas na Lei nº 8.429/1992), popular (prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da CF, e disciplinada pela Lei nº 4.717/1965 em razão da prática de ato ilícito e danoso ao patrimônio público em sentido amplo), fiscal (previsto na

7. RTJ nº 163/1107-1108, Rel. Min. Celso de Mello.

Lei de Responsabilidade Fiscal, com o objetivo de garantir o equilíbrio orçamentário) e administrativa (que resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função, conforme previsto na Lei nº 8.112/1990).

Neste artigo estamos tratando tanto da responsabilidade civil quanto da responsabilidade na esfera funcional, que são os assuntos da MP nº 966/2020, a ser referida mais adiante.

Dentro desse recorte, são dois cenários de apuração da responsabilidade do agente público, enquanto pessoa física, que analisaremos:

(i) as ações de regresso que o Estado pode promover contra o agente público, para ressarcimento do que foi pago pelo ato danoso que gerou prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial a terceiro (cf. art. 37, § 6º, da CF);

(ii) a responsabilidade do agente público perante a própria administração tanto pelo exercício irregular de suas atribuições (cf. arts. 121, 122 e 124 da Lei nº 8.112/1990), a ser apurado em processos administrativos, como por atos de improbidade (nos termos da Lei nº 8.429/1992), a serem apurados em processos judiciais movido pelo Ministério Público.

### 3.1. Responsabilidade civil do agente público

Antes de mais nada, neste tópico, é imprescindível anotar que o STF tem jurisprudência pacificada no sentido de que o art. 37, § 6º, da Constituição autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder objetivamente pela reparação de danos a terceiros, em razão de ato ou omissão dos respectivos agentes no exercício da atividade pública.<sup>8</sup>

8. Ver julgados do STF: RE nº 327.904, Rel. Min. Ayres Britto; RE nº 549.126, Rel. Min. Ayres Britto; RE nº 235.6025, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE nº 601.101, Rel. Min. Cármen Lúcia; Ag. Reg. no RE nº 593.525, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; RE nº 1.027.633-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

Em outras palavras, o particular que se sentir lesado por ação ou omissão de agente público no exercício da função pública não pode acioná-lo diretamente. Deve ajuizar demanda em face da pessoa jurídica de direito público da qual o agente causador do dano faça parte.

A responsabilidade civil do agente público, portanto, diz respeito apenas ao direito de regresso do Poder Público contra ele, para ressarcimento do que foi pago ao cidadão lesado, em razão do ato danoso praticado por aquele agente (essa é a redação do art. 122, § 2º, da Lei nº 8.112/1990).

Trata-se do princípio da dupla proteção: a primeira, em favor do particular, que pode processar imediatamente o Poder Público por danos decorrentes de atos ou omissões que seus agentes públicos causarem (e que, em geral, podem não ter patrimônio suficiente para a cobertura do prejuízo); e a segunda, em favor do próprio agente público, que responderá somente perante a pessoa jurídica estatal a qual estiver vinculado (e fica protegido de ações temerárias).

E o Direito Civil é o instrumento que assegura a análise da conduta do agente público, conjuntamente com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb – Decreto-Lei nº 4.657/1942, com as inclusões trazidas pela Lei da Segurança Hermenêutica, Lei nº 13.655/2018) e o decreto que a regulamentou (Decreto nº 9.830/2019). Embora a responsabilidade do Estado seja objetiva, a do agente público não é.

Como visto, a responsabilidade do Estado é formada pelos três elementos **dano, ação ou omissão** imputável a um agente do Estado e **nexo de causalidade** entre o dano e a conduta estatal (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1.200).

Já a responsabilização pessoal do agente público pressupõe, por sua vez, como **regra geral**, (i) a prática de ato ilícito (requisito implícito ao conceito de responsabilização, pois só quem violou o ordenamento jurídico pode ser responsabilizado), (ii) a obrigação do Estado de reparar a vítima

(confirmada em ação transitada em julgado para justificar o direito de regresso), bem como (iii) a existência de dolo ou culpa (pressupostos do art. 37, § 6º, da CF).

Essa é a regra geral.

O art. 28 da Lindb introduz uma subdivisão nas modalidades de responsabilização do agente público **relativa a decisões e opiniões técnicas**, em que se afasta a possibilidade do direito de regresso em face dos agentes públicos na ocorrência de **culpa** simples (nas modalidades negligência, imperícia e imprudência), condicionando-o às hipóteses de o agente público ter operado com dolo ou **erro grosseiro** (um qualificador da culpa, lido como sinônimo de **culpa grave**<sup>9</sup>).

Para Azevedo Marques Neto e Freitas (2018):

“[a] conduta dolosa é aquela na qual o agente tem o desiderato de violar a probidade administrativa, seja por ações (recebendo propinas, por exemplo), seja por omissões (por exemplo, prevaricando em suas funções). O ‘erro grosseiro’, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública”.

O regime de responsabilidade civil e administrativa passa, portanto, a ser diferenciado a depender do tipo de ato administrativo envolvido.

Para os chamados **atos de interpretação** (aqueles que exigem do agente público a interpretação da legislação vigente, de norma técnica ou qualquer tipo de opinião técnica diante de certo grau de indeterminação), o legislador definiu que o regime de responsabilidade civil e administrativa do

9. Culpa grave e erro grosseiro são expressões equivalentes segundo Carlos Ari Sunfeld (SUNDFELD; SALAMA, 2015, p. 15).

agente público tem de ser menos rigoroso. Aplica-se o chamado “regime especial” de responsabilização do agente público introduzido na Lindb pela Lei nº 13.655/2018 (arts. 20 a 30).

É de se dizer que o art. 28 da Lindb é medida voltada a garantir maior estabilidade para a prática administrativista, objetivando mitigar o receio envolvido na tomada de decisões pelo gestor. As últimas alterações da Lindb foram bem-vindas pela doutrina abalizada como forma de proteção do administrador probo e inovador, um antídoto contra o chamado “apagão das canetas” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018), um quadro de temor que se criou entre os administradores públicos por conta dos excessos de formalismo exigidos pelos órgãos de controle, que mantinham os gestores públicos presos a ritos e cautelas que tendem a gerar paralisia decisória.

## O art. 28 da Lindb é medida voltada a garantir maior estabilidade para a prática administrativista.

Com essas alterações, só as condutas dolosa e culposa grave ensejarão a responsabilização do agente público, devendo ser consideradas, inclusive, as dificuldades reais do gestor naquela tomada de decisão (cf. art. 22 da Lindb). Não se vai analisar a conduta que se espera de um “gestor médio”, mas de um “gestor possível”, que tenha aquele determinado grau de complexidade em suas atribuições com aquele determinado grau de dificuldade e com as informações de que dispunha à época dos fatos.<sup>10</sup>

10. Binenbojm (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 205), falando sobre o receio dos administradores públicos de tomarem decisões criativas para solução de problemas complexos, menciona que o “administrador médio”, sempre referido na jurisprudência do TCU, não existe. “Trata-se de uma mente iluminada, que age →

Os requisitos, portanto, para aferição da responsabilidade no caso de **atos de interpretação** são: (i) a prática de ato ilícito, (ii) a obrigação do Estado em reparar a vítima, (iii) a existência de dolo ou erro grosseiro (culpa grave) e (iv) a existência de parâmetro da contextualização na apuração da responsabilidade do agente público (art. 22). E, como se está falando de atos de interpretação e de dificuldades reais na interpretação de normas sobre gestão pública, vale lembrar que a dúvida jurídica razoável é uma excludente ou atenuante de responsabilidade civil.

### 3.2. Responsabilidade administrativa do agente público

Em relação à responsabilidade administrativa dos agentes públicos, tratados nos §§ 4º e 5º do art. 37 da CF, o assunto é mais diretamente referido nas Leis nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e nº 8.112/1990.

O texto constitucional já trazia as balizas para punição dos atos de improbidade, que estavam pendentes de regulamentação até a edição da LIA, que especifica o rol de tipos de conduta resumidos em três grandes grupos:

- “(I) Art. 9º: atos de enriquecimento ilícito;
- (II) Art. 10: atos que geram prejuízo ao erário;
- (III) Art. 11: atos atentatórios aos princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

Há tempos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento da necessidade do elemento subjetivo do agente para a caracterização de ato de improbidade.<sup>11</sup>

→ irrepreensível, cautelosa e diligentemente. Mesmo que a aplicação da lei implique em algum juízo interpretativo, essa exegese (idêntica ao dos órgãos de controle) seria verificável de forma certa por esse gestor, espécie de Heracles administrativo, num paralelo com o juiz filósofo de Dworkin”.

11. Ver STJ, 2ª T., AgRg no REsp nº 1.500.812-SE, DJe de 28/5/2015.

Para essa corte superior, para a configuração da improbidade tipificada nos arts. 9º e 11 (enriquecimento ilícito e violação aos princípios), exige-se **dolo**. O art. 10, por sua vez, tipifica os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário nas modalidades dolosa e culposa.

As graves consequências previstas no art. 37, § 4º, da Constituição para os atos violadores da probidade administrativa vão muito além da ação de regresso prevista no art. 37, § 6º. Serão produzidos efeitos não apenas na esfera civil, como também administrativa e política, revelando que a improbidade é uma forma especial de responsabilidade. Daí por que a configuração da improbidade, mais do que o cometimento de uma ilegalidade ou de um simples ilícito, exige a prática de “uma imoralidade administrativa qualificada”, “um grave desvio de conduta” (SILVA, 2014, p. 353).

Assim, é imperiosa a compreensão de que não é qualquer **culpa** que autoriza a responsabilização com fundamento no art. 10 da Lei de Improbidade. A gravidade das penas autoriza que a incidência do art. 10 exija a culpa **grave** (PIRES, 2013, p. 1.075).

A orientação atual do STJ é exatamente nesse sentido: considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja **dolosa**, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da LIA, ou pelo menos eivada de **culpa grave**, nas condutas previstas no art. 10.<sup>12</sup>

Em outras palavras, para a caracterização da responsabilidade administrativa, aplica-se o regime especial referido no tópico anterior (exigência de dolo ou culpa grave, a depender do tipo de ato praticado).

## 4 O que muda com a MP nº 966/2020

Dito isso, vale identificar que a MP nº 966/2020 não trouxe alterações tão significativas quanto narradas nas ADIs ajuizadas contra seu texto.

12. STJ, 1ª T., AgInt no REsp nº 1585939-PB, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 2/8/2018.



Seu objetivo primordial foi restringir a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da Covid-19. De acordo com seu texto, os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados com as medidas de: a) enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19; e b) combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da Covid-19. A MP estabelece que a responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao gestor que a adotar como fundamento de decisão e numera os aspectos a serem considerados na aferição da ocorrência do erro grosseiro.

A responsabilidade administrativa apresentada pela LIA, pelas regras da Lei nº 8.112/1990, e a responsabilidade civil do agente público dos arts. 186 e 187 c.c. o art. 927 do CC não consideraram as variações do risco da atividade administrativa. A MP explica-se, portanto, em razão do aumento do risco (BECK, 2016), aumento esse que deve ser suportado pelo Estado e não pelo agente público.

Com texto bastante similar ao art. 28 da Lindb e ao decreto que a regulamentou, a MP nº 966/2020 apenas estende a **todas** as situações (e não apenas para atos administrativos de interpretação) o regime especial de responsabilização administrativa dos agentes públicos, desde que produzidos (i) no contexto da pandemia e (ii) para as situações específicas que menciona (enfrentamento da emergência de saúde e combate aos efeitos econômicos e sociais da pandemia).

Mitigou-se claramente a culpa, exigindo-se a culpa qualificada pelo erro grosseiro com elevado grau de imperícia, imprudência e negligência para a responsabilização, impedindo-se uma responsabilização automática e relativizando-se o nexo de causalidade.

O STF julgou, em 20 de maio de 2020, os pedidos de liminar em sete ADIs<sup>13</sup> ajuizadas para questionar a constitucionalidade da MP nº 966/2020.

## Mitigou-se a culpa, impedindo-se uma responsabilização automática e relativizando-se o nexo de causalidade.

Nesse julgamento, o STF deferiu parcialmente a cautelar para:

a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP nº 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial da Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e

b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP nº 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Foram firmadas as seguintes teses:

“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.

13. ADIs nº 6.421, nº 6.422, nº 6.424, nº 6.425, nº 6.427, nº 6.428 e nº 6.431.

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.<sup>14</sup>

A corte interpretou, portanto, o que poderia ser configurado como “erro grosseiro”: o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado por inobservância (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Essas são as balizas que norteiam as consequências do pensamento anticientífico aplicado pelo administrador público.

## 5 O STF e a ciência

A mitigação da culpa na responsabilidade dos agentes nas ações para enfrentamento da emergência na área de saúde não libera o gestor público para atentar contra os princípios da Administração Pública.

O ato discricionário encontra-se limitado pela lei e pela ciência, notadamente quando se está diante de decisões de caráter técnico.

Como leciona Meirelles (1997, p. 93):

“[C]onvém assinalar que a técnica é, hoje, inseparável da Administração e se impõe como fator vinculante em todos os serviços públicos especializados, sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de

comprovada eficiência. Atento a essa realidade, conclui Marienhoff, com inteiro acerto, que: ‘No hay, pues, discrecionalidad técnica. Tampoco puede haber discrecionalidad para requerir o no un dictamen indispensable para resolver una cuestión administrativa. Si ésta se resolviera con prescindencia de tal dictamen técnico la administración Pública habría procedido indebidamente, porque no habría agotado los medios de conocimiento necesarios. El acto administrativo que deba basarse en un dictamen o informe técnico o científico, de conclusiones incontrovertibles, es – en cuanto a su contenido – un acto reglado y no discrecional, pues las conclusiones de ese dictamen o informe constituyen los hechos a considerar para la emisión del acto’.”

Seguindo essa linha, o STF tem prestigiado a ciência e a medicina baseada em evidências em diversas ocasiões. Relembremos alguns dos precedentes sobre a necessidade de comprovação científica das medidas adotadas pelo Poder Público:

- ADI nº 4.066 (Caso Amianto), voto do ministro Edson Fachin:

“[O] direito à saúde, enquanto possibilidade de formulação de uma demanda distributiva, substanciado, *in casu*, na redução dos riscos da exploração do amianto, exige que o Poder Público, ao elaborar a política pública, dê total transparência às decisões tomadas, contenha fundamentos verificáveis e leve em devida conta as razões apresentadas nesta ação direta. [...] para se garantir a segurança da população, é imperioso não apenas que haja manifestação da autoridade pública, como também que ela seja bem fundamentada e atualizada à luz da evolução de evidências científicas”.<sup>15</sup>

Nesse caso, restou evidente, ainda, que **transparência e devido processo** na elaboração da política são fundamentais para resguardar o direito à saúde.

<sup>14</sup>. Cf. informações do site do STF, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>15</sup>. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 4.066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24/8/2017, processo eletrônico DJe-043 divulg. 6/3/2018, p. 7/3/2018.

- ADI nº 5.592 (pulverização de substâncias químicas por aeronaves para combate da dengue), voto do ministro Alexandre de Moraes:

“Frise-se que a própria Constituição confere ao Poder Público a competência para ‘controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente’ (art. 225, § 1º, V, CF). A assunção de riscos na utilização de determinado método de combate ao *Aedes aegypti* deverá ser avaliada escrupulosamente pelos órgãos competentes, sendo certo que decisões administrativas eventualmente arbitrárias ou desacompanhadas de embasamento técnico e científico suficientes poderão ser questionadas judicialmente”.<sup>16</sup>

## O administrador que agir em desacordo com a ciência sujeitará o Estado a responder pelos danos que causar.

O voto da ministra Carmen Lúcia é bastante elucidativo:

“A previsão legal de medida sem a demonstração prévia de sua eficácia e segurança pode violar os princípios da precaução e da prevenção, se se mostrar insuficiente o instrumento para a integral proteção ao meio ambiente equilibrado e ao direito de todos à proteção da saúde. [...] O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica, a revelar a necessidade de transferência do locus da decisão definitiva para o campo técnico, revela-se no reconhecimento de que a lei, se ausentes os estudos prévios que atestariam a segurança ambiental e sanitária, pode contrariar os dispositivos

<sup>16</sup>. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 5.592, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11/9/2019, processo eletrônico DJe-051, divulg. 9/3/2020, p. 10/3/2020.

constitucionais apontados pela Autora em sua exordial, necessitando, assim, de uma hermenêutica constitucionalmente adequada, a assegurar a proteção da vida, da saúde e do meio ambiente”.<sup>17</sup>

- STP 101 (protocolo SUS Diabetes DM1, insulinas de longa duração), voto do e. ministro Dias Toffoli: “As evidências exigidas pela legislação, como se pode observar, seguem a ordem da ciência e é isso que dá às citadas previsões legais distinto patamar. Isso porque se trata do reconhecimento normativo de que o processo decisório que permeia o sistema de saúde deve adotar critérios essencialmente pautados em evidências, e não apenas em impressões ou observações pontuais. [...] As boas práticas de pesquisa clínica, portanto, se revelam fundamentais à própria garantia do direito à saúde e, nesse passo, a elevação a âmbito legal da evidência científica como condutora do processo decisório no SUS marca a postura do legislador de ver afastada do sistema público de saúde escolhas irracionais ou, de outro lado, formuladas exclusivamente no campo da autoridade”.<sup>18</sup>

A partir dessa jurisprudência e considerando que o desrespeito a normas de caráter técnico e científico será caracterizado como **erro grosseiro**, não há dúvidas de que o administrador que agir em desacordo com a ciência estará sujeitando o Estado a responder pelos danos que causar em razão da decisão equivocada ou da omissão, bem como ao regime de responsabilidade civil e administrativa apresentado neste artigo.

## 6 Conclusão – a necessidade de punição dos agentes que atuem de forma anticientífica

A atual crise sanitária é grave, mas não é sem precedentes, embora sua dimensão o seja. O mundo

<sup>17</sup>. *Idem*.

<sup>18</sup>. STF, Tribunal Pleno, STP 101 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli (presidente), j. 3/10/2019, processo eletrônico DJe-277, divulg. 12/12/2019, p. 13/12/2019.

já conheceu situações similares de pandemia. E a história mostra que, em momentos de crise, é do conhecimento humano acumulado, consubstanciado em trabalhos científicos e técnicos registrados, que se tiram as lições e a direção a seguir, que vão sendo aperfeiçoadas conforme aquele caminho é transcorrido. Mas a direção é aquela e foi, e vai sendo, dada pela ciência.

O método científico refere-se, de forma muito sucinta, a um conjunto de regras básicas de procedimentos que permitem a produção do conhecimento científico, que pode ser um novo conhecimento descoberto, ou a correção ou um aumento na área de incidência de conhecimentos anteriormente existentes. A beleza e importância do método científico é exatamente que cada experimento parte de um conhecimento já acumulado (testado e registrado), de forma que o que se sabe sobre o Universo, as doenças, o clima, o comportamento dos animais, os átomos, os vírus, etc., vai se aperfeiçoando à medida que pesquisamos e produzimos conhecimento científico. E é pelo aperfeiçoamento de tudo o que a humanidade faz e produz que chegamos a soluções para problemas novos ou antigos.

A humanidade levou milhares de anos para desenvolver as bases do método científico, mas foi, sobretudo, nos últimos 200 anos que muitas das teses científicas puderam ser comprovadas ou descartadas, em função do desenvolvimento tecnológico a partir do qual se pode confirmar algumas das hipóteses firmadas há décadas ou há séculos.

E embora a ciência possa se construir e se reconstruir a partir das novas inovações tecnológicas, é com o conhecimento firmado e reconhecido que trabalha o administrador público. A política pública, para que possa seguir o princípio da eficiência, exigida do administrador, trabalha com o conhecimento existente, acumulado e evidenciado. E não com hipóteses ou opiniões ideologizadas.

Nesse sentido, vale lembrar que o respaldo científico que fundamenta a decisão técnica é a

produção de pesquisadores especializados que publiquem em revistas credenciadas pela comunidade internacional e/ou que contem com a aprovação ou reprovação de instituições sérias e renomadas que detenham experiência em fazer pesquisa. É fundamental, nesse campo da ciência baseada em evidências, que haja um respaldo institucional, e não apenas a opinião de cientistas avulsos em busca de fama.

Especificamente na área de saúde, a Constituição atribuiu ao Estado a competência para dispor, mediante o atendimento das diretrizes constitucionais, sobre sua fiscalização e controle, como maneira de garantir o acesso dos cidadãos a tratamento médico **integral**, inclusive a medicamentos (cf. art. 198 da CF/1988).

Assim é que a integralidade da assistência à saúde, prevista como diretriz das ações e aos serviços de saúde, deve ser compreendida tanto sob o seu aspecto quantitativo, ou seja, a extensão dos tratamentos à disposição da população pelo SUS, quanto sob o seu aspecto qualitativo, o que implica dizer se as ações e os serviços de saúde são **adequados às necessidades da população**.

Essa é uma previsão constitucional que, se, por um lado, norteia a formulação de políticas públicas de saúde, por outro lado, veda que sejam implementadas políticas sem que haja a comprovação, **mediante a avaliação de critérios racionais**, da sua adequação às necessidades da população.

Não há discricionariedade do Ministério da Saúde, por exemplo, para determinar a incorporação de medicamentos ao sistema público de saúde nem para alteração de protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas sem comprovação de sua eficácia e segurança do tratamento. A reavaliação de protocolos e diretrizes terapêuticas pelo SUS, de modo a incorporar medicamentos, deverá ser consubstanciada em parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde e baseadas na relação custo-efetividade (cf. art. 19-O, parágrafo único, da Lei do SUS).

As disposições constitucionais e legais que determinam a aplicação racional dos recursos públicos, mediante a análise da relação custo-benefício, são corolário dos princípios da eficiência e da economicidade.

Como ensina Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdício e garantir-se uma maior rentabilidade social.

O princípio da economicidade, por sua vez, relaciona-se com a análise da relação custo-benefício que assegure não haver desperdício de recursos públicos, verificação que deve dar-se na observação da conformidade e do desempenho da opção realizada pelo agente em relação aos resultados efetivamente obtidos com a ação administrativa (BRUNO, 2008).

O pensamento anticientífico é um cancro que está se alastrando na sociedade e, nos últimos anos, pelos corredores da Administração Pública. Os problemas do anticientificismo não param na ineficiência das políticas públicas a serem desenvolvidas, com a conseqüente malversação de verbas orçamentárias em decorrência de gastos desnecessários. O pensamento anticientífico, notadamente em um momento de crise sanitária, vai custar vidas. E pode custar a democracia.

De fato, num prazo mais longo, vai minando a base racional a partir da qual o mundo é interpretado

e as decisões são tomadas pelos gestores públicos. Vai levando as pessoas de volta à caverna de Platão, sendo a realidade deixada de lado em favor das sombras projetadas na parede.

Como sugere Carl Sagan, “os valores da ciência e da democracia são concordantes”, sendo a ciência um meio de desmascarar aqueles que apenas fingem conhecer (2008, p. 59).

O anedótico e aparentemente inofensivo terraplanismo (fenômeno antes restrito a alguns paranoicos desajustados da vida social) chega ao poder, e abre o caminho para outros devaneios anti-iluministas, cujas conseqüências graves para a população em geral ainda estão sendo identificadas (como o movimento antivacina, ou o negacionismo do aquecimento global).

Sabe-se que administrar, via de regra, implica funções proativas de prestação de serviços públicos, abrange, ainda, considerações complexas sobre como regular setores da economia e envolve decisões difíceis em âmbitos deixados abertos pelo legislador. Mas essa discricionariedade tem limites que foram impostos não apenas pela Constituição e pelas leis, mas por séculos de evolução e aperfeiçoamento do pensamento humano, cujas bases racionais são o próprio sentido da vida republicana em sociedade.

Torçamos para que os órgãos de controle e o Poder Judiciário cumpram seu papel, processando e punindo rapidamente os administradores que desrespeitarem as evidências científicas e, conseqüentemente, os princípios da eficiência e da economicidade, para se dizer o mínimo. Do contrário, o voluntarismo anticientífico crescente de alguns administradores poderá custar caro ao país. ■

## Bibliografia

- BARBOSA, Rui. Novum Crimen: O Crime de Hermenêutica. *In: Obras Completa de Rui Barbosa*, v. XXIII – 1896. Tomo III. Posse de Direitos Pessoais. O Júri e a Independência da Magistratura. Brasília: Ministério da Educação e Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 227-306.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. (2011), 2. reimpr. (2016). São Paulo: Editora 34, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- BRUNO, Reinaldo Moreira. *Direito administrativo didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DALLARI, Adilson Abreu. Responsabilidade do agente político. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 6, n. 1, 28 ago. 2015.
- GOMES, Rogério Zuel. Responsabilidade Civil do Estado e a Denúncia da Lide. *In: Direito administrativo: agentes públicos e improbidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Doutrinas Essenciais; 7). p. 1.327-1.347.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor Jurídico* [revista on-line]. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos E. Elias. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? Parte 1. *Conjur*, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial da probidade administrativa. A culpa na língua da Constituição da República de 1988. *In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios*. A ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.
- TOMELIN, Georghio Alessandro. Responsabilidade dos agentes públicos por condutas omissivas, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 165-174, jul. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47207>. Acesso em: 28 ago. 2020.