

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Romeiro

PRÓ-REITORIA ACADÊMICA DA NEWTON: Patrícia da Silva Klahr

RESPONSÁVEL ACADÊMICO: Fabiano Coutinho Pereira

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Glaucia Corrêa

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.42, set. /dez. 2020

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara
Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/20 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ANALISAR A SUA CONSTITUCIONALIDADE¹

THE CIVIL LIABILITY OF THE PUBLIC AGENT DURING THE PANDEMIC OF COVID-19: A ANALYSES OF THE PROVISIONAL MEASURE N. 966/20 AND THE GROUNDS USED BY SUPREME FEDERAL COURT ABOUT IT'S CONSTITUTIONALITY

Felipe Dalenogare Alves ²
Gabriela de Souza Graeff ³

RESUMO: Este trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática da responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, tendo como objetivo principal analisar, levando em consideração o período excepcional, os contornos da Medida Provisória n. 966/20 e, ainda, os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da concessão de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acerca do tema. Assim, no decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de questões importantes ao tema, as quais justificam a pesquisa pela sua relevância, como o seguinte problema: é juridicamente possível que haja a restrição da responsabilidade civil dos agentes públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro e a predefinição de suas hipóteses? A hipótese levada a teste é a de que o legislador poderá restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva. Para tanto, são abordados aspectos importantes referentes ao tema, como a Responsabilidade Civil do Estado e do agente público no ordenamento jurídico brasileiro, a edição da Medida Provisória n. 966/20, versando sobre a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, e o julgamento que compreendeu pela constitucionalidade da Medida Provisória n. 966/20, dando-a interpretação conforme a Constituição, com fixação de tese, a nosso ver restritiva, objetivando-se, ao final, confirmar a hipótese lançada ao problema. Por derradeiro, dentre os resultados encontrados, confirmou-se a hipótese de pesquisa, no sentido de que o legislador pode restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

Palavras-chave: covid-19; medida provisória n. 966/20; responsabilidade civil do estado; responsabilidade civil do agente público.

ABSTRACT: This paper exposes the result of a bibliographic research, using the deductive methods, for purposes of approach, and monographic, as a procedural title, on the theme of accountability of public agents during the pandemic of COVID-19, with the main objective of analyzing, taking into account the exceptional period, the contours of Provisional Measure no. 966/20 and, also, the grounds used by the Supreme Federal Court when granting a precautionary measure in Direct Unconstitutionality Actions on the subject. Thus, in the course of the work, we sought to clarify important issues to the theme, which justify the research for its relevance, such as the following problem: is it legally possible for civil servants to be restricted from civil liability to cases of intent or gross error and to define their hypotheses? The hypothesis taken to test is that the legislator may restrict the constitutionally responsible guilt of regressive accountability of the public agent, provided for in § 6, of art. 37, of the Federal Constitution of 1988, to inexcusable guilt and that the concept of gross error is undetermined legal, that is, factual-legal (not containing normative taxativity), which, in each concrete case, will start from a penumbra zone, reaching an area of negative or positive certainty. To this end, important aspects related to the theme are addressed, such as the Civil Liability of the State and the public agent in the Brazilian legal system, the edition of Provisional Measure no. 966/20, dealing with the accountability of public agents during the COVID-19 pandemic, and the judgment that comprised the constitutionality of Provisional Measure no. 966/20, giving it an interpretation according to the Constitution, with a thesis fixation, in our view restrictive, aiming, at the end, to confirm the hypothesis raised to the problem. Finally, among the results found, the research hypothesis was confirmed, in the sense that the legislator can restrict the constitutionally responsible guilt of regressive accountability of the public agent, provided for in § 6, of art. 37, of the Federal Constitution of 1988, to inexcusable guilt and that the concept of gross error is undetermined legal, that is, factual-legal (not including normative taxativity), which, in each concrete case, will start from a penumbra zone, reaching an area of negative or positive certainty.

Keywords: covid-19; provisional measure no. 966/20; civil liability of the state; civil liability of the public agent.

1 Artigo resultante das pesquisas realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito e Sociedade", coordenado pelo Prof. Dr. Felipe Dalenogare Alves e vinculado ao Instituto Educacional Estudos de Direito.

2 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto (FDA). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Militar pela Faculdade Futura (FFut.). Especialista em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito (IbiJus), da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Coordenador do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito e Sociedade" vinculado ao Instituto Educacional Estudos de Direito.

3 Especialista em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito e Sociedade". Advogada.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática da responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, tendo como objetivo principal analisar, levando em consideração o período excepcional, os contornos da Medida Provisória n. 966/20 e, ainda, os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da concessão de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acerca do tema.

Analisa-se, sumariamente, o contexto histórico da responsabilidade civil do Estado, que tem início com a irresponsabilidade dos agentes públicos, chegando-se a responsabilidade subjetiva por dolo ou erro grosseiro de seus agentes, prevista inicialmente na LINDB e reproduzidas na MP n. 966/20, analisando-se as teorias adotadas no Direito brasileiro para a responsabilização do Estado (pelo particular) e do Agente público (pelo Estado).

Posteriormente, passa-se ao estudo da Medida Provisória n. 966/20, que regula a responsabilidade civil dos agentes públicos (perante o Estado) no período da pandemia causada pela COVID-19, restringindo a responsabilização dos agentes por decisões e opiniões técnicas apenas em caso de dolo ou erro grosseiro, analisando-se as decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6428 e 6431, julgadas de forma conjunta, demonstrando-se a interpretação conforme a Constituição realizada pelo STF e o receio de reflexo restritivo ao conceito jurídico indeterminado.

Formado o contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes que cercam a temática, como o seguinte problema: é juridicamente possível que haja a restrição da responsabilidade civil dos agentes públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro e a predefinição de suas hipóteses?

A hipótese levada a teste é a de que o legislador poderá restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

Para tanto, são abordados aspectos importantes referentes ao tema, como a Responsabilidade Civil do Estado e do agente público no ordenamento jurídico brasileiro, a edição da Medida Provisória n. 966/20, versando sobre a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, e o julgamento que compreendeu pela constitucionalidade da Medida Provisória n. 966/20, dando-a interpretação conforme a Constituição, com fixação de tese, a nosso ver restritiva, objetivando-se, ao final, confirmar a hipótese lançada ao problema.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITOS

A responsabilidade civil surge com o pressuposto de que, ao causar um dano a outrem, o sujeito será responsável por sua conduta, através de uma sanção. Esse dano, atualmente, perpassa o conceito básico de dano patrimonial e compreende, ainda, o que atinge as íferas mais íntimas do indivíduo, conhecido como dano moral.⁴

Por sua vez, o dever do Estado em reparar o dano que causa a um particular nem

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.593.

sempre foi reconhecido por todos os Estados. Alguns países como os Estados Unidos e a Inglaterra somente passaram a admitir tal responsabilização a partir dos anos 1940, embora cada país apresente características distintas.⁵

Tal responsabilidade engloba os três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, tendo em vista a excepcionalidade da responsabilização nos dois últimos casos, torna-se mais evidente a responsabilidade em atos decorrentes do Poder Executivo.⁶

No que tange à evolução da responsabilidade civil do Estado, compreendida na obrigação da Fazenda Pública reparar um dano a terceiro causado por agentes públicos, esta inicia com o conceito de irresponsabilidade do Estado, comum em regimes absolutistas, em que se negava qualquer responsabilidade pública por atos de seus agentes.⁷

A partir do princípio da igualdade, surgiu o dever de responsabilização por danos causados a direitos alheios e, sendo assim, tornou-se ilógico que o Estado tivesse a prerrogativa de lesar um particular sem a necessidade de reparação.⁸

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade não foi aplicada pelo Judiciário, que sempre reconheceu a responsabilidade do Estado em ressarcir prejuízos causados por seus agentes a particulares. Algumas legislações, inclusive, já versavam sobre prejuízos causados em decorrência de linhas telegráficas, estradas de ferro ou até mesmo aos serviços de Correios.⁹

O reconhecimento da responsabilidade do Estado teve seu marco em 1873, no aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, como um princípio de responsabilização, sem lei específica ou regulado por regras especiais. A partir de sua expansão, surgiu a responsabilidade subjetiva, com necessidade de comprovação de culpa do agente.¹⁰

Conforme elucida Mello, para caracterizar a responsabilidade subjetiva “é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado aos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis”. Sendo assim, quando o Estado age em desacordo com os padrões dos quais deveria ou deixa de agir em determinada situação em que deveria, há possibilidade de responsabilização.¹¹

Surge, posteriormente, a teoria da responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, tendo em vista as prerrogativas do Estado em detrimento aos particulares e, ainda, devido a necessidade da aplicação de princípios do Direito Público na fixação da responsabilidade. A partir daí, surgiram as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, pautadas na responsabilidade objetiva da administração pública.¹²

Na teoria do risco administrativo, a responsabilidade estatal encontra limites em caso de participação total ou parcial do particular lesado em que, no primeiro caso, não haverá qualquer responsabilização e, no segundo, a indenização será atenuada. Por outro lado, na teoria do risco integral, utilizada em raríssimos casos¹³, a responsabilização ocorrerá mesmo

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1019.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 697.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 680-681.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1027.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1054-1055.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1030-1031.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1033.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 680.

13 Pode-se destacar como exemplos de aplicabilidade da teoria do risco integral o dano nuclear ocasionado pelo Estado (art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, da CF/88 com regulamentação na Lei nº 6.453/77), dano ocasionado por queda de aeronaves de matrícula brasileira – excluídas as de táxi aéreo – por ato de guerra, terrorista ou correlatos (art. 1º da Lei nº 10.744/03, regulamentada pelo Decreto nº 5.035/04) e dano ambiental ocasionado pelo Estado (art. 225, § 3º, da CF/88 e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81).

quando a culpa for da vítima e, ainda, independe denexo causal.¹⁴

No Brasil, ainda no Código Civil de 1916, houve grande divergência doutrinária acerca da responsabilidade, vez que o artigo que versava sobre o tema não deixava clara a necessidade ou não de comprovação de culpa em caso de dano. Não obstante as divergências, a teoria adotada foi a subjetiva, com a necessidade de comprovação de culpa.¹⁵

Por conseguinte, a partir da Constituição de 1946, que retirou pressupostos relacionados à culpa positivados no Código Civil de 1916, tornou-se pacífico o entendimento entre doutrina e jurisprudência que a teoria utilizada para auferir a responsabilidade civil do Estado é a objetiva.¹⁶

A concepção da Constituição de 1946, que expressamente admitiu a teoria do risco administrativo, derogando, assim, os dispositivos do Código Civil que versavam sobre o tema, fora mantida até a Constituição atual e a responsabilidade civil do Estado passou a, de fato, compactuar com o ordenamento jurídico atual e as complexidades que o direito contemporâneo aponta.¹⁷

Sendo assim, seguindo a linha das constituições anteriores, a Constituição Cidadã manteve a teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração. No parágrafo 6º do art. 37, a Constituição de 1988 dispõe que “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”.¹⁸

Por sua vez, o Código Civil de 2002, no artigo 42, dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros”.¹⁹ Ainda, ficam ressalvados o direito de regresso do Estado contra terceiros, desde que comprovado, neste caso, dolo ou culpa.

Em relação ao termo agente público, empregado em ambos dispositivos, este engloba todas as espécies de agentes públicos, em sentido amplo, qual seja, todas as pessoas incumbidas de um serviço público, permanente ou transitório, desde que na qualidade de agente público, mesmo que não estejam no exercício de suas funções^{20 21}.

Outro ponto pertinente ao estudo refere-se aos danos causados pela omissão estatal, em que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva. É possível responsabilizar o Estado quando há o descumprimento de uma obrigação em que possui o dever de evitar o evento danoso. Nesse sentido, coexiste a necessidade de comprovação desta obrigação estatal para responsabilização, na forma de dolo ou culpa. Nas palavras de Mello, “é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”.²²

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 597.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p.684.

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1027.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 685.

18 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

19 BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 de ago. 2020.

20 Corroborando com o entendimento de Meirelles, veja-se como exemplo a responsabilidade civil objetiva do Estado, nos casos de crime praticado por policial militar durante o período de folga, usando arma da corporação, amplamente reconhecida pelo STF (RE 418.023 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 9-9-2008, 2ª T, DJE de 17-10-2008, ARE 751.186 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 2-12-2014, 2ª T, DJE de 17-12-2014, RE 213.525 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-12-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009, RE 630817, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-03-2011, DJE de 21-03-2011).

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 687.

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1042.

A responsabilidade subjetiva, aplicada à omissão estatal, também é aplicada ao agente causador do dano na via regressiva. Há de se perceber, assim, que a responsabilidade civil no Brasil possui duas relações jurídicas distintas: primeiro a do Estado com a pessoa lesada e, segundo, do Estado com o agente público causador do dano. Sendo assim, em relação ao dano causado pelo Estado em detrimento de particular, a responsabilidade será objetiva, sem necessidade de comprovação de culpa em sentido amplo. No entanto, em relação ao direito de regresso do Estado contra o agente público, a responsabilidade é subjetiva e, portanto, será necessária a comprovação de culpa^{23 24}.

Caminhando ao propósito específico do estudo, relacionado à responsabilidade do agente pelas suas decisões ou opiniões técnicas durante o estado de Pandemia da COVID-19, há de se dizer a jurisprudência brasileira, há algum tempo, já vinha cunhando o entendimento de que, nestas hipóteses, o agente público responderia em caso de dolo ou culpa inexcusável (erro grosseiro).

Em 2012, ao julgar o MS 29137, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se analisava a responsabilidade de advogado público pela manifestação jurídica em parecer, a 2ª Turma do STF já havia fixado que estes, eventualmente, poderiam “ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro”. O mesmo se assegurou no julgamento do ARE 739881, de relatoria do Min. Dias Toffoli, em 2013, quando se analisou eventual indenização por dano moral em virtude de oferecimento e recebimento de denúncia contra Delegado de Polícia, em que se destacou a “inexistência de dolo ou erro grosseiro de parte das referidas autoridades”.

A necessidade da demonstração de dolo ou erro grosseiro para responsabilização do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas continuou a ser exigida pelo STF, como se observa no julgamento do AgRegREA 1.090.515, de relatoria do min. Gilmar Mendes, julgado em 20 de fevereiro de 2018, e no REA 1.210.470, de relatoria do Min. Roberto Barroso, no ano de 2018.

Atento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e codificando um anseio dos agentes públicos em busca da segurança jurídica²⁵, o legislador editou a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu o art. 28 na LINDB, com a seguinte redação: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.²⁶

O artigo 28 refere-se a decisões e orientações de agentes públicos e abrange desde contribuições técnicas até ações concretas que causem transformações a nível prático. No mais, para responsabilização, o artigo deixa clara a necessidade de dolo ou erro grosseiro nas opiniões ou decisões e, em caso de pareceres, tal responsabilização independe de seu teor decisório ou inclusive de seu caráter vinculante.²⁷

23 No Brasil, embora a literalidade do art. 37, § 6º, seja latente, durante muito tempo se discutiu se o agente público causador do dano poderia ou não ser demandado juntamente com o Estado nas ações indenizatórias. A impossibilidade foi assentada em 14 ago 19, por ocasião do julgamento do RE 1027633, em que o Supremo Tribunal Federal assentou a seguinte tese de repercussão geral: “A teor do disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 604.

25 O projeto de Lei (PL 349/2015) que resultou na inserção legislativa foi apresentado pelo Senador Antonio Anastasia e se assentou em estudo realizado pelos Administrativistas Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, junto à Fundação Getúlio Vargas e publicado no ano de 2013 (*Contratações Públicas e Seu Controle*, São Paulo: Malheiros, 2013). O PL original, além da redação inalterada do caput, previa dois parágrafos vetados, nos quais se sustentava que: “§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais” e “§ 2º. O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa”.

26 BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 30 ago. 2020.

27 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. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 210.

Nestes casos, o dolo ocorre quando o agente pratica ou recomenda um ato de forma intencional contra à Administração Pública e, ainda, pode ser de difícil dilação probatória. Todavia, no que tange o conceito de erro, trata-se de uma falsa percepção da realidade e, no caso do artigo da LINDB, a punição somente ocorre em caso de erro grosseiro.²⁸

E é nesse sentido que Binebojm e Cyrino elucidam “será erro grosseiro, e.g, a aplicação de norma jurídica revogada, ou a decisão (e/ou opinião) que ignore a ocorrência de uma prescrição, a despeito de as informações pertinentes constarem do processo administrativo”.²⁹

Embora não se discorde dos exemplos trazidos pelos autores, defendemos que o legislador não poderia estabelecer um rol taxativo do que pode ou não ser considerado erro grosseiro. Isso porque este conceito jurídico indeterminado só atingirá sua zona de certeza positiva ou negativa na análise do caso concreto, tratando-se, portanto, de um conceito fático-jurídico, dependendo de apreciação concreta para aferição. Veja-se o porquê da impossibilidade de codificação de suas hipóteses: atualmente, com o avanço dos recursos de tecnologia de informação e da difusão dos meios de comunicação, até pode ser que a aplicação de uma norma jurídica revogada constitua erro grosseiro por parte do agente público. Pergunto: há vinte anos tal erro poderia ser considerado grosseiro?

Nesse sentido, no âmbito federal, o Decreto nº 9.830/19, ao regulamentar o erro grosseiro, cingiu-se a traçar parâmetros interpretativos, no art. 12, §1º ao § 5º, estabelecendo-se 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”. Ao mesmo passo, resguardou que “não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizá-los”.

Buscou, por fim, dar segurança jurídica para sua aferição concreta, assegurando que “o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público”, que “a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público” e que “o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo”.³⁰No que toca a responsabilidade civil do Estado, o tema envolve diversas nuances e está em constante evolução. A mais recente alteração acerca do assunto ocorreu em 2020, durante o período excepcional enfrentado pelo Direito: a pandemia causada pela COVID-19. A Medida Provisória n. 966, a ser estudada na próxima seção, dispôs sobre a responsabilização dos agentes públicos pelos atos e decisões tomados durante o estado de calamidade pública, sendo, inclusive, objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

28 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. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 212.
29 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. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 213.
30 BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 8 de set. 2020.

3. A MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/20, A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E A POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2020, o mundo foi surpreendido com a pandemia da COVID-19 que causou, dentre outros setores, diversas consequências para o mundo jurídico. Com o fim de combater a aceleração da doença e uma possível crise econômica, o Presidente da República editou diversas medidas provisórias acerca do assunto, dentre elas, a polêmica MP n. 966.

Esta Medida Provisória, publicada em 13 de maio de 2020³¹, dispõe acerca da responsabilidade dos agentes públicos por atos e omissões relacionados a pandemia da COVID-19, a fim de resguardar atos praticados com boa fé e não responsabilizar agentes por atos que não foram praticados por vontade própria ou falha grosseira.³² Passa-se, então, a análise da exposição de motivos da referida Medida Provisória.

A razão para edição da Medida Provisória, pautada na relevância e urgência, conforme exposto nos motivos, justifica-se pela insuficiência das normas reguladoras da LINBD, que já versaram de forma superficial sobre o tema, como visto anteriormente.³³

A condição de pandemia e estado de calamidade pública também são utilizadas como justificativas para tal medida, vez que, neste período excepcional, são necessárias ações contundentes dos agentes públicos nos mais diversos ramos e com pouca previsibilidade dos resultados, com ações e decisões, inclusive, contrárias ao habitual.³⁴

Através da necessidade de “salvaguardar vidas e combater os efeitos econômicos e fiscais da população brasileira” torna-se possível a flexibilização na interpretação de regramentos e de medidas que, em situação ordinária, não são discutíveis. Tais regras, que não foram pensadas para momentos excepcionais, podem não ser suficientes para abarcar as situações e peculiaridades que são impostas pela pandemia.³⁵

Pensando nisso, a Medida Provisória busca resguardar a segurança jurídica dos agentes públicos neste período para que possam continuar desempenhando suas funções com o objetivo de garantir o direito à vida e manter a economia estável no país, desde que tomadas a partir da boa-fé e com base nesses objetivos.³⁶

Assim, qualquer ação tomada pelo agente público que não atinja o objetivo a que se propõe somente será punida “caso se tenha tomado tal decisão de forma dolosa ou com um grau elevado de negligência, imprudência ou imperícia.”³⁷

Nesse sentido, as decisões acerca da responsabilização do agente público serão

31 Até a data de submissão do presente artigo, em 8 set. 2020, a MP ainda se encontra em vigência.

32 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

33 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

34 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

35 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

36 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

37 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

tomadas com base no período de exceção que se vivencia atualmente decorrente da pandemia da COVID-19 e, principalmente, guiados pela referida Medida Provisória. Sendo assim, após uma breve análise da exposição dos motivos, passa-se à análise dos principais dispositivos da Medida Provisória n. 966 de 2020.³⁸

Logo no primeiro artigo, a Medida já deixa claro que a responsabilização dos agentes somente ocorrerá em caso dolo ou erro grosseiro relacionados, de forma direta ou indireta, com o “enfrentamento da emergência de saúde pública” e “combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da COVID-19”.³⁹

Além disso, a responsabilização por opiniões técnicas não é estendida de forma automática para quem decidiu com base nela, ocorrendo apenas em casos excepcionais, de dolo ou erro grosseiro ou, ainda, se houver conluio com entre agentes.⁴⁰

Em relação ao agente que emite decisão baseado em opinião técnica de outrem, nada mudou, uma vez que o Decreto 9.830/19 já previa esta atenuação especial. Nestes casos, o agente somente será responsabilizado se possuir a mesma capacidade técnica de quem emitiu a opinião ou, caso não possua, somente se agir com erro grosseiro ou em conluio.⁴¹

Como exemplo, podemos dizer que, caso um agente público tome determinada decisão com base em um parecer jurídico em que o parecerista cometeu erro grosseiro, a responsabilidade pelo dano causado não é transferida automaticamente ao agente público decisor, uma vez que, salvo prova em contrário ou conluio, não possuía conhecimento técnico para aferir o erro grosseiro constante no parecer. Assim, a responsabilização caberá ao agente emissor da opinião e não ao decisor.

Reproduzindo o que já havia no Decreto 9.830/19, a Medida Provisória assenta que a simples comprovação de nexos causal entre conduta e dano não gera responsabilização do agente público.⁴² Pois bem, veja-se que, aqui, se está diante da relação Estado-Agente causador do dano e não Estado-particular lesado. Assim, obviamente, que por força do art. 37, § 6º, parte *in fine*, da CF/88, a presença dos elementos objetivos (conduta, dano e nexos de causalidade) não são suficientes para a responsabilização do agente público, impondo-se também a demonstração inequívoca do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Já no segundo artigo, a Medida traça os mesmos parâmetros interpretativos, já presentes no Regulamento da LINDB, à definição de erro grosseiro, sendo “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.⁴³ Significa dizer que o elemento subjetivo não estará evidenciado em qualquer modalidade de culpa, mas somente nos casos

38 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

39 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

40 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

41 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

42 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

43 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

de culpa inescusável, e, evidentemente, nas ações ou omissões dolosas.

Ao balizar os caminhos para a aferição do erro grosseiro no contexto da pandemia, a MP adaptou as disposições já existentes no Decreto 9.830/19, dispondo que devem ser consideradas algumas circunstâncias peculiares, dentre elas, as dificuldades enfrentadas pelo agente público, a complexidade de suas atribuições e da matéria exercidas, a falta de informação decorrente da situação emergencial e urgente em que o país se encontra, as circunstâncias fáticas do ocorrido e, ainda, o contexto incerto em relação as medidas tomadas para combate a pandemia, inclusive as econômicas.⁴⁴

A norma é ampla e abarca todos atos do Poder Público, sendo atos interpretativos ou de execução, desde que estejam relacionados ao período de emergência causado pela pandemia da COVID-19 e, assim, sujeitar-se-ão ao regime especial de responsabilização.⁴⁵

Concordando-se com Oliveira, a MP regula a possibilidade de regresso do Estado contra o agente que causou o dano e não a forma de responsabilização do próprio Estado, quando demandado por particular que tenha sofrido eventual dano, a qual, constitucionalmente, é objetiva. Ou seja, o particular que se sentir lesado por ato praticado neste período pode ingressar pleiteando indenização contra o Estado, que responderá independentemente do dolo ou erro grosseiro de seu agente. No entanto, o Estado somente poderá regressar contra o agente público em caso de dolo ou erro grosseiro (culpa inexcusável).⁴⁶

Assim, a responsabilidade subjetiva do agente público, já ressaltada pela Constituição Federal através do direito de regresso do Estado, se mantém na Medida Provisória, no entanto, se dispõe sob forma especial, adaptando-se o que já era previsto na LINDB. Obviamente, como sempre se postou, a demonstração do dolo ou erro grosseiro cabe à Administração, uma vez que o ônus da prova é do autor sendo, nestes casos, difícil de demonstrar a intenção do agente em causar aquele dano ou, ainda, que houve erro grosseiro em sua conduta no momento da produção danosa.⁴⁷

A partir disso, surgiram diversas discussões, dentre elas, a (in)constitucionalidade da Medida Provisória, o que culminou em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Na visão de Oliveira, a qual coadunamos, a Medida Provisória faz-se necessária neste período levando em consideração a imprescindibilidade da ação pelos agentes públicos, que precisam atuar de forma emergente no combate à pandemia. No entanto, isso não significa que os agentes públicos estão desobrigados da probidade e de agir conforme os princípios administrativos, visto que a própria legislação condena os atos praticados com dolo ou, até mesmo, erro grosseiro.⁴⁸ Como dito, em decorrência das controvérsias trazidas pela Medida Provisória n. 966, sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram levadas ao Supremo Tribunal Federal, sendo elas as de n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6428 e 6431, todas com pedido de medida cautelar, sendo todas de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Algumas ações, ainda, intentam

44 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

45 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

46 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

47 REIS JUNIOR, Antonio dos. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de COVID-19: Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar na ADI nº 6421 e outras. *Revista IBERC*, v. 3, n.2, p.305-328, maio/ago. 2020. Disponível em <<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/136/99>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

48 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

também a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo 28 da LINDB e dos artigos 12 e 14 do Decreto n. 9.830/19, que regulamenta a LINDB.⁴⁹

Em relação às alegações, inicialmente, buscou-se a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória, vez que inexistente o binômio da relevância e urgência. Por sua vez, no que tange ao sentido material, a alegação tocou questões como a minimização da responsabilidade dos agentes públicos e a incongruência com a Constituição Federal no que se refere à responsabilidade subjetiva dos agentes por dolo ou culpa.⁵⁰

Em relação ao erro grosseiro, presente na Medida, a alegação que se fez se fundamenta na afirmação que a responsabilidade subjetiva contida na Constituição Federal exige somente a culpa, em qualquer modalidade, ou dolo do agente público. A utilização do termo erro grosseiro, conforme alegado, poderia ensejar uma limitação na responsabilidade apenas para casos de culpa grave.⁵¹

Além disso, por estarem dispendo de bens e interesses públicos, que pertencem ao coletivo, os agentes precisam ter reforçada sua responsabilização e não podem usufruir de um regime mais brando em relação aos particulares, que respondem em caso de culpa.⁵²

Por fim, alegou-se que “a norma minimiza a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade”, onde viola-se diversos princípios constitucionais, como a moralidade e a eficiência. No mais, destacou-se que a medida poderia ser uma forma de atenuação ou isenção da responsabilidade de diversas autoridades que, no período de pandemia, resistiram em seguir recomendações científicas e sanitárias no combate à pandemia, causando prejuízos à saúde da população.⁵³

Para fins da concessão de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a decisão se restringe somente à Medida Provisória n. 966, que trata sobre a responsabilidade dos agentes no período da pandemia. Em relação ao art. 28 da LINDB, em vigor há mais de dois anos, a jurisprudência daquele Tribunal já é pacífica no sentido de que o prolongamento do tempo entre a sua sanção e o ajuizamento da ação questionando sua inconstitucionalidade afasta o *periculum in mora* necessário à apreciação em sede cautelar.

Em relação a inconstitucionalidade formal alegada, o Tribunal Constitucional entendeu que estão presentes os requisitos de relevância e urgência para edição da supramencionada Medida Provisória, visto que trata da responsabilização de agentes que estão lidando com um período excepcional – a pandemia causada pela COVID-19.⁵⁴

Para decidir o mérito, o Ministro Relator contextualizou a pandemia da COVID-19 e o

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

cenário em que o Brasil está inserido. Através de dados, demonstra-se a gravidade da situação e a necessidade de medidas como isolamento social para diminuição dos riscos à saúde e à vida da população. Além disso, decorre da pandemia outro problema que envolve diretamente agentes públicos, uma possível recessão econômica, que inclusive já está ocorrendo.⁵⁵

A partir disso, surge um grande problema acerca da adoção de políticas públicas que precisam retomar a economia e, ao mesmo tempo, não colocar em risco a população, levando em conta a necessidade de isolamento social para diminuir os riscos de contágio e, assim, não abarrotar o sistema de saúde com um número demasiado de casos ao mesmo tempo.⁵⁶

Um ponto de tensão que se torna nítido neste período é o conflito de competências e atuação entre os Entes Federativos. Enquanto há uma resistência do governo federal em adotar medidas de distanciamento, os governos estaduais e municipais buscam medidas de isolamento mais severas. Outro debate importante é acerca da “utilização de determinados medicamentos, de eficácia ou segurança ainda controvertidas na comunidade científica”.⁵⁷

Em meio a esses debates, surgiu a Medida Provisória n. 966, com o intuito de proporcionar segurança aos agentes públicos que estão em posições decisórias e de restringir suas responsabilidades aos casos de dolo ou erro grosseiro, como já estudado anteriormente.

Para o STF, a Medida não aumenta a segurança dos agentes públicos e não foi editada para dirimir decisões equivocadas, uma vez que condutas ilícitas continuam ilícitas e não estão abarcadas pela norma. Os atos de improbidade, por exemplo, continuam sendo regulados pela sua devida legislação e qualquer interpretação que esteja em desacordo com o já firmado pela Corte não será aceita.⁵⁸

Em relação a proteção da vida e da saúde, os parâmetros já utilizados pelo Supremo Tribunal Federal devem seguir sendo utilizados, qual seja, “devem observar *standards* técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional ou nacionalmente reconhecidas”.⁵⁹

Nesse sentido versa a Lei 13.979/20, também editada no período de pandemia. A norma deixa clara a necessidade de que as decisões e medidas de enfrentamento à doença sejam tomadas com “base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.⁶⁰

Por conseguinte, as decisões e políticas públicas que envolvem a saúde da população e o direito à vida, conforme jurisprudência da própria Corte, devem estar pautadas nos princípios da prevenção e precaução, ou seja, recomenda-se a autocontenção em caso de

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

60 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

incertezas sobre a medida a ser tomada.⁶¹

No entanto, para o Ministro Relator Barroso, a complexidade da Medida está nos dois extremos da discussão, quais sejam “tanto o administrador desonesto que leva vantagem, como o administrador honesto que tem medo de decidir e tem medo de fazer o que precisa ser feito”, envolvendo a questão sobre a tipificação do erro grosseiro e o que ele significa.⁶²

Assim, seguindo o entendimento do relator, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 1º e 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas, bem como os princípios constitucionais da precaução e da prevenção. O agente decisor deve exigir, ainda, que a opinião técnica fundamente de modo expresso sua opinião nestes elementos.⁶³

Por fim, em sentido diverso do que fez o legislador ao editar a LINDB, o Supremo Tribunal Federal firmou tese tentando tipificar o que, a seu ver, configura erro grosseiro, entendendo que “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”.⁶⁴

Neste ponto, entendemos que o STF, ao buscar a definição taxativa para um conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fático-jurídico, que deveria ser aferido no caso concreto, poderá alcançar sentido diverso daquele almejado, ou seja, reduzindo seu alcance. Isso porque o conceito que poderia ter seu conteúdo (largamente) aferido no caso concreto (saindo-se de uma zona de penumbra para se chegar a uma zona de certeza positiva ou negativa) passa a ter conteúdo (estritamente) restrito a uma tese suprema, de modo que um erro (grosseiramente) cometido já nasce na zona de certeza negativa pelo fato de não estar nela abarcado.

4. CONCLUSÃO

Como visto, a Responsabilidade Civil do Estado passou por diversas alterações ao longo do tempo e consolidou-se no Brasil através da teoria da responsabilidade objetiva. Ao mesmo tempo, a responsabilidade civil do agente público causador do dano, na via regressiva, consolidou-se pela teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, ensejando a demonstração, além dos elementos objetivos conduta, dano e nexos de causalidade, o elemento subjetivo dolo ou culpa.

No ano de 2018, espelhando-se no entendimento jurisprudencial que já havia se estabelecido no Supremo Tribunal Federal, o legislador restringiu na LINDB a responsabilidade

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

civil dos agentes públicos, nos casos de opinião ou decisão técnica, às hipóteses de dolo ou culpa inexcusável (erro grosseiro).

Por sua vez, em razão da pandemia da COVID-19, espelhando-se na LINDB e no seu regulamento, editou-se a Medida Provisória n. 966/20, objetivando-se dar segurança jurídica especial no contexto pandêmico, restringindo-se a responsabilização dos agentes públicos por decisões e opiniões técnicas relacionadas à pandemia apenas para casos que envolvem erro grosseiro ou dolo, o que culminou em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Ao se fazer uma análise da decisão que apreciou de forma conjunta as ações que questionavam a (in)constitucionalidade da MP n. 966/20, verificou-se que o STF compreendeu pela sua constitucionalidade, dando, porém interpretação conforme à Constituição, levando em consideração o período excepcional enfrentado pelo direito contemporâneo em decorrência da pandemia e a necessidade de ações para enfrentamento da doença.

Conforme apontado, a interpretação da norma deverá ser no sentido de que os agentes públicos deverão agir com base nos princípios da precaução e da prevenção e, ainda, em conformidade com pareceres técnicos e evidências científicas, sendo que, do contrário, conforme a tese suprema, poderá haver erro grosseiro na decisão administrativa.

Em sentido crítico, dentre os resultados da pesquisa, respondendo-se o problema que a ensejou, entendemos que o STF, ao buscar a definição taxativa para um conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fático-jurídico, que deveria ser aferido no caso concreto, poderá alcançar sentido diverso daquele almejado, ou seja, reduzindo seu alcance. Isso porque o conceito que poderia ter seu conteúdo (largamente) aferido no caso concreto (saindo-se de uma zona de penumbra para se chegar a uma zona de certeza positiva ou negativa) passa a ter conteúdo (estritamente) restrito a uma tese suprema, de modo que um erro (grosseiramente) cometido já nasce na zona de certeza negativa pelo fato de não estar nela abarcado.

No mais, o Supremo entende que a Medida Provisória não diminui a responsabilização de agentes pratiquem medidas equivocadas ou ilícitas, uma vez que a lei de improbidade administrativa continua em vigor e, ainda, a própria Medida trata da possibilidade de responsabilização em caso de dolo.

Por derradeiro, confirma-se a hipótese de pesquisa, no sentido de que o legislador pode restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

REFERÊNCIAS

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. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 8 de set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

REIS JUNIOR, Antonio dos. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de COVID-19: Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar na ADI nº 6421 e outras. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 305-328, maio/ago. 2020. Disponível em <<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iber/article/view/136/99>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Recebido em: 08/09/2020

Aprovado em: 10/12/2020

Como citar este artigo (ABNT):

ALVES, Felipe Dalenogare; GRAEFF, Gabriela de Souza. A responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da covid-19: uma análise da Medida Provisória n. 966/20 e o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a sua constitucionalidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.226-239, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-14.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.