

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

nº 79 jan./mar. 2021

A discricionariedade administrativa em tempos de pandemia e a possível incidência da Lei de Improbidade Administrativa

Rita Tourinho*

Sumário

1. O alcance da discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A discricionariedade nas escolhas administrativas para o enfrentamento da pandemia da Covid-19. 3. A incidência da Lei de Improbidade Administrativa na atuação discricionária conferida pela Lei nº 13.979/20. 4. Considerações finais. Referências.

1. O alcance da discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio segundo o qual nenhum órgão do Estado pode realizar atos individuais que não estejam previstos ou autorizados por dispositivo geral anterior tem, em todos os Estados modernos, um caráter quase absoluto.

Sendo a atividade administrativa exercida dentro dos termos legais, visando ao atendimento de uma finalidade preestabelecida pela ordenação normativa, o núcleo do exercício desta atividade é um *dever*, o que significa uma função, em sentido jurídico. Na concepção de Ruy Cirne Lima¹, a administração é atividade da qual não se é senhor absoluto. Com efeito, a atuação administrativa não é fruto de um *poder*. O *poder* deverá ser entendido apenas como um instrumento para o cumprimento do *dever*, manejável no interesse de outrem, o interesse da coletividade.

A atividade administrativa é então materializada através de atribuições legais conferidas a pessoas postas ao serviço do Estado. Segundo afirma Agustín Gordillo², a atividade administrativa pode ser classificada de diversos modos, de acordo com as distintas formas jurídicas que pode assumir. Entre estas classificações, temos que a atividade administrativa pode ser exercida de forma vinculada ou discricionária.

No exercício da competência vinculada, a administração limita-se à realização de exame de constatação, verificando se a hipótese de fato prevista na norma de forma completa se realizou, conforme afirmam Eduardo García de Enterría e Ramón

* Mestre em Direito Público pela UFPE. Promotora de Justiça, Coordenadora do Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – GEPAM. Professora Assistente da UFBA.

¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 21.

² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, tomo1, p. X-13.

Fernandez³. Segundo os autores espanhóis, trata-se de um processo aplicativo da lei, que não deixa resquício a nenhum juízo subjetivo. Acrescentam que, no exercício de atribuição vinculada, a Administração atua de forma quase que “automática”. Pretendem, ao utilizar esta expressão, excluir a possibilidade de apreciação subjetiva. Assim, apesar de admitirem que qualquer processo aplicativo de lei necessita de procedimento interpretativo que levará a avaliações, em se tratando de exercício de competência vinculada, tais avaliações jamais serão subjetivas.

Vale observar que as normas nem sempre são dotadas de conteúdo determinado. No entanto, o conteúdo, determinado ou não, estará sempre presente revelando a vontade do legislador, que deve ser realizada pelo administrador, agindo para o alcance deste objetivo não como máquina, mas como ser inteligente que, entendido o seu valor e fim, liga-o ao fato⁴.

Segundo acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, diante da competência vinculada, o particular tem o “direito subjetivo” de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Saliente-se que, a coincidência entre vinculação e direito subjetivo exige a presença de um interesse particular, somente existindo direito subjetivo se a atuação vinculada for também estabelecida em vista de certos interesses privados.

No que concerne à discricionariedade administrativa, deve-se de antemão afastar a ideia de liberdade do administrador, típica do Estado de Polícia, onde aquele tinha sempre o direito de realizar novos fins que ele próprio delimitava, fora do quadro de qualquer norma legal.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, a discricionariedade é caso típico de remissão legal, sempre parcial⁶. Parcial por consistir em uma simples aplicação do princípio da mensurabilidade de todas as competências públicas ou de sua necessária limitação.

Com efeito, a discricionariedade aparece toda vez que a lei não tem condições de apresentar a solução adequada para a hipótese do mundo empírico, transferindo esta atribuição para o administrador. Observe-se que a intenção legal é que as decisões administrativas sejam as mais adequadas ao atendimento do interesse público.

Mas o que se entende por interesse público?

Por certo, a expressão *interesse público* possui inegável amplitude semântica, comportando diversos conteúdos que podem variar a depender da época, do

³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 453.

⁴ SATTI, Phillip. *Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo*. Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 169.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.

⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 454.

ordenamento jurídico, da situação socioeconômica, entre outros fatores⁷. Daí concordar-se com Karl English⁸ quando assevera que o conceito de discricionariedade é um dos mais plurissignificativos e difíceis da teoria do Direito.

A doutrina apresenta diversas definições para a discricionariedade, que guardam entre si uma série de similitudes.

Seabra Fagundes⁹ aduz que, no exercício da competência discricionária, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. Quanto ao motivo, poderá o administrador escolher a ocasião de praticar o ato (oportunidade) e a sua utilidade (conveniência). No que concerne ao objeto, a discricção está na possibilidade de escolha do objetivo do ato.

Eduardo García de Enterría e Ramón Fernandez¹⁰ entendem que, na discricionariedade, existe a inclusão de uma estimativa subjetiva da própria Administração Pública ao processo aplicativo da lei. Acentuam que esta possibilidade de estimação administrativa vem prevista na própria lei, não sendo uma faculdade extralegal. Concluem que, somente há discricionariedade em virtude de lei e na medida em que a lei haja disposto.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹, estaremos diante da competência discricionária quando o regramento não atingir todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a lei uma certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma entre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Logo, o espaço decisório da administração deverá pautar-se em parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição Federal, pelas leis ou por atos normativos editados pelas entidades administrativas.

Gustavo Binenbojm reporta-se à discricionariedade como um espaço carecedor de legitimação, ou seja, como campo de escolhas não puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei¹².

⁷ Na concepção de Afonso Rodrigues QUEIRÓ, o “interesse público” pode ser classificado como conceito prático, ou seja, é expressão que abarca uma série de conceitos possíveis, pertencente ao mundo da sensibilidade, onde não existe uma lógica de valor universal. Contrapõe-se aos conceitos teóricos que são aqueles com contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. (Cf. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, 1946. p. 60). Karl ENGLISH, utilizando outra terminologia, aduz que o “interesse público” é um conceito indeterminado, caracterizado pela incerteza do conteúdo e extensão em larga medida (Cf. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208).

⁸ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 214.

⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 94.

¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. p. 454.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.

¹² BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

Diversos são os fundamentos destinados a justificar a discricionariedade. Fala-se, então, em fundamentos de ordem material, lógica e jurídica.

O fundamento material considera que nem sempre a lei poderá prever objetivamente qual o comportamento apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa¹³, em face da realidade polifacética dos fatos e circunstâncias da vida. Ademais, o administrador, por estar em contato com o mundo empírico, saberá, em determinada ocasião, tomar as decisões referentes aos casos novos. Merece, também, ser levada em consideração as mutações da vida social, que impossibilitam o legislador de prever todas as situações possíveis, impedindo-o de estabelecer formas perenes e imutáveis de proceder.

O fundamento lógico é utilizado por aqueles que, a exemplo de Queiró¹⁴, consideram a discricionariedade inserida nos conceitos jurídicos indeterminados. Tal fundamento argumenta a impossibilidade de o legislador fixar o alcance de todos os conceitos utilizados na linguagem normativa. Assim, segundo Queiró, “é logicamente necessário que, nos limites da incerteza conceitual, o agente deva fixar-se, ele próprio, numa das interpretações possíveis, e, tendo-a fixado, deva agir conseqüentemente”¹⁵.

Além da justificativa material e lógica para existência da discricionariedade, é, ainda, apresentada uma fundamentação jurídica¹⁶. Segundo argumento desta natureza, caso fosse possível ao legislativo prever todas as possibilidades de ocorrências, guiando, minuciosamente, o administrador, teríamos a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo, que passaria a ser mero cumpridor de ordens emanadas do legislativo, comprometendo-se o princípio de separação de poderes, consagrado na Constituição Federal.

O que não se pode perder de vista é que a discricionariedade existe em prol da satisfação do interesse público e não para servir de instrumento a ser manipulado por administradores inescrupulosos visando atender a pretensões particulares. Daí porque não se confunde discricionariedade com arbitrariedade.

Tomás R. Fernández¹⁷ classifica como arbitrário todo ato desprovido de motivação e sem qualquer vínculo com a realidade, fruto da mera vontade e capricho do administrador. Acrescenta o autor que a arbitrariedade possui duplo significado: em um sentido genérico, arbitrariedade é o reverso da Justiça e do Direito; em um sentido mais concreto, arbitrário é tudo aquilo que se apresenta como carente de fundamentação objetiva, como incongruente ou contraditório com a realidade que serve de base para as decisões¹⁸. O referido autor, em parceria com Eduardo

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 42.

¹⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940. p. 24.

¹⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940. p. 24.

¹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 85.

¹⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.

¹⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 160.

García de Enterría¹⁹, traz uma distinção jurisprudencial entre discricionariedade legítima e arbitrariedade proibida, exposta em Sentença de 13.07.1984. Com efeito, a discricionariedade deve estar encoberta por motivação suficiente, discutível ou não, porém, em todo caso, considerável. Já a arbitrariedade não traz motivação ou esta é eivada de contradições, revelando inautenticidade. Asseveram que Locke fixou um significado preciso do termo arbitrário, que alude não somente a um modo de governar identificado com o despotismo e a tirania, como também a raiz do poder que este modo de governar expressa, um poder sustentado na vontade e capricho de quem o detém, exercido com liberdade que não se presta a qualquer justificação.

Uma questão que vem sendo objeto de controvérsia por parte da doutrina diz respeito à existência ou não de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Afonso Rodrigues Queiró, por exemplo, quando escreveu a monografia “Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo”, definiu a discricionariedade como “uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei”²⁰. Com efeito, para o doutrinador português a discricionariedade surge circunscrita aos conceitos de valor utilizados na norma jurídica, os quais chama de *conceitos práticos*.

Ainda na referida obra, Queiró posiciona-se contra o entendimento do autor alemão Walter Jellenik, que admite a delimitação de uma série de conceitos jurídicos indeterminados, por meio do que denomina *concepção da sociedade*. Segundo Queiró, caso a jurisdição administrativa passe a definir certos conceitos não teóricos, em face de pretensas concepções sociais unívocas, no fundo, estará intrometendo-se no domínio da administração ativa.

Encontra-se, na literatura alemã, as teses de Otto Bachof e Carl Hermann Ule quanto ao tema, publicadas quase simultaneamente, no ano de 1955, expostas na monografia de Hartmut Maurer²¹.

De acordo com Hartmut Maurer, a tese de Bachof defende que não é concedido um espaço de poder discricionário à autoridade administrativa na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, e sim um “espaço de apreciação”²². Logo, segundo o seu entendimento, as autoridades administrativas poderão *apreciar*, em responsabilidade própria, as deduções decorrentes dos conceitos jurídicos indeterminados, para o caso concreto, que somente limitadamente podem ser revisadas pelo judiciário.

¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 477.

²⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940. p. 50.

²¹ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 57.

²² MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 57.

Eduardo García de Enterría²³, em monografia intitulada “La Lucha Contra las Inmidades del Poder”, aduz que, nos conceitos jurídicos indeterminados, existe somente uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma situação concreta. Já na discricionariedade, existe a possibilidade de pluralidades de soluções justas possíveis, como consequência do seu exercício. Desta maneira, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não há um processo volitivo, como ocorre na discricionariedade, mas sim, um processo de aplicação e interpretação da lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ também abordou o problema dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Segundo o autor, em decorrência da fluidez destes conceitos, não se pode negar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, igualmente razoáveis, fato que permitirá ao administrador a escolha de qualquer uma destas. Apesar de admitir que, na apreensão dos *conceitos jurídicos indeterminados*, estamos diante de um ato de intelecção – ao contrário da discricionariedade que nos coloca diante de atos volitivos – posiciona-os como realidades jurídicas semelhantes, uma vez que deságuam nos mesmos efeitos jurídicos que integram a discricionariedade. Significa dizer que, em ambos os casos, o controle judicial não poderá ir além de certos limites.

É possível identificar o longo percurso percorrido no sentido de estreitar-se a margem de liberdade conferida na atuação discricionária. Gustavo Binbenojm sintetiza bem o que chama de “etapas do itinerário de jurisdicização da discricionariedade administrativa”²⁵. Assim, apresenta as seguintes etapas:

[a] possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade), desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (como o desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais²⁶.

Assim, nessas etapas evolutivas, depara-se com situações nas quais a discricionariedade abstratamente prevista na norma pode ser bastante reduzida no confronto com as peculiaridades do caso concreto, quando somente um comportamento será possível para se alcançar a finalidade da norma de forma satisfatória. Assim, toda e qualquer atuação administrativa se encontra subordinada

²³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmidades del Poder*. Madrid: Civitas, 1995. p. 35-37.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. Da Dicotomia Ato Vinculado Versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 211.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da Dicotomia Ato Vinculado Versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 211.

aos princípios administrativos. Tal constatação reduz a margem de discricionariedade posta na norma, na atuação fática.

Com efeito, adotada uma solução ao caso concreto no exercício de competência discricionária, o administrador estará perante o dever jurídico de praticar não qualquer ato entre os previstos na norma, mas aquele que atenda à finalidade da lei, em consonância com os princípios administrativos. Pode-se, então, afirmar que a liberdade fixada de forma abstrata na norma jurídica, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante do caso concreto. No entanto, a possibilidade de controle principiológico da discricionariedade não se confunde com a absoluta sindicância dos atos administrativos.

Por vezes, a escolha da decisão a ser adotada perpassa pela ponderação proporcional dos princípios em aparente conflito. A Lei Federal nº 13.979/2020, por exemplo, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, traz, no seu art. 3º, medidas de restrições de liberdades individuais para o combate à pandemia. Assim, apresenta o isolamento, a quarentena, a restrição temporária à locomoção intermunicipal e interestadual por rodovias, entre tantas outras. Na escolha da medida a adotar, o administrador vê-se diante da incidência de pelo menos dois princípios constitucionais, em sentido distinto. No caso da restrição de rodovias, por exemplo, tem-se de um lado a proteção à saúde pública e do outro o direito de livre locomoção. Com princípios apontando em direções diversas, o desafio será o de otimizar as medidas de modo a adotar aquela que seja: a) adequada, idônea à produção do fim; b) necessária, assim considerada aquela que causa o menor grau de restrição; c) e que garanta a promoção de princípio a tal grau que justifique a restrição ao princípio contraposto.

Ao tratar da possibilidade de escolha entre as medidas destinadas ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, o referido art. 3º, estabelece no seu § 1º que:

[a]s medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Reporta-se, então, a um outro tipo de discricionariedade chamada de *discricionariedade técnica*. António Francisco de Sousa²⁷ acentua que a expressão *discricionariedade técnica* foi utilizada pela primeira vez em direito administrativo pelo professor da Escola de Viena, Bernatzik, no ano de 1864, significando aquele tipo de decisão que, apesar de não ser discricionária, estaria fora do controle judicial

²⁷ SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos Indeterminados*” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

em virtude de o seu conteúdo exigir um elevado grau de conhecimentos técnicos, possuído apenas pelos administradores, diante de sua formação.

O doutrinador português lança críticas à tese da discricionariedade técnica, que na jurisprudência portuguesa somente admite o controle judicial em caso de erro manifesto. Primeiro, aduz a imprecisão do que seja “decisão altamente técnica”, acrescentando que “onde começa e acaba o caráter ‘altamente técnico’ de uma decisão nunca foi nem nunca pode ser respondido em termos claros e precisos”²⁸. Segundo, refere-se à possibilidade de o juiz recorrer a peritos para buscar esclarecimentos quanto aos fatos que decide, caso trate de matérias dotadas de complexidade técnica. Por fim, critica a limitação do controle judicial ao chamado “erro manifesto”. Inicialmente, porque não se pode dizer com precisão o que constitui um “erro manifesto”. Depois, por ser inadmissível aceitar-se um erro pelo fato de o mesmo “não ser manifesto”, uma vez que em ambos os casos se estará diante de ilegalidades.

Com efeito, de toda a crítica lançada por António Francisco de Sousa chama-nos atenção o comentário do autor, segundo o qual:

[a] discricionariedade técnica perde assim o seu fundamento, pois, no Estado de Direito, a liberdade da Administração, como temos vindo a sublinhar, só pode emanar da vontade clara e inequívoca do legislador resultante da lei e não da imprecisão dos conceitos que emprega ou da dificuldade do controlo jurisdicional²⁹.

Conforme Juan Francisco Linares³⁰ quando se trata de normas ditadas em base técnica menos precisa, a determinação de erro da normativa e de sua irrazoabilidade jurídica é mais difícil, havendo resistência de intervenção dos órgãos jurisdicionais, salvo em se verificando outros vícios. Acrescenta que, se trata do problema de saber se a eleição de uma espécie de comportamento do órgão através de um ato administrativo, fundado em razões técnicas, trata-se de atuação discricionária e, em caso afirmativo, se caberia o controle jurisdicional.

2. A discricionariedade nas escolhas administrativas para enfrentamento da pandemia da Covid-19

Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII, em razão da dispersão mundial do coronavírus, e, em 11 de março de 2020, declarou a transmissão do agente etiológico

²⁸ SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 107.

²⁹ SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 108.

³⁰ LINARES, Jean Francisco. *Porde Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

como *pandemia*, exigindo dos governos mundiais ações compatíveis com a gravidade da situação a ser enfrentada.

O Ministro de Estado da Saúde, por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional no âmbito da República Federativa do Brasil, nos termos do Decreto 7.616/2011, o que levou a adoção de medidas em diversos setores no sentido de preservar a vida e a saúde das pessoas.

Com esse propósito, diversas normas foram editadas pelos entes federados com influências diretas e indiretas nos mais diversos setores. O ritmo desconhecido do vírus exigiu constantes alterações nas dinâmicas adotadas. A situação de emergência declarada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal demandou atuação proativa, com medidas imediatas, muitas vezes de resultados duvidosos.

Percebeu-se, então, que o enfrentamento da situação posta deveria partir de um conjunto de regras flexíveis, capazes de se adequarem à mutabilidade dos cenários criados no enfrentamento da COVID-19. Daí a discricionariedade conferida aos gestores públicos na adoção de providências para combate à pandemia.

Justamente para organizar as medidas de enfrentamento da crise, foi editada a Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926/2020, conferindo ao administrador público certa margem de liberdade nas escolhas realizadas entre as possibilidades legais.

A Lei apresenta no seu art. 3º diversas medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades, para enfrentamento do coronavírus. A opção deverá ser fundamentada, conforme consta do §1º do referido artigo, “em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

A impossibilidade de adoção de posicionamentos únicos pelos diversos entes político-administrativos decorre do contexto fático diversificado e excepcional, marcado por cenários em constante e vertiginosa modificação, somado à inexistência, até o momento presente, de uma uniformidade na adoção de medidas técnicas, coordenadas nas três esferas, de decisão sanitária e epidemiológica sobre o enfrentamento da pandemia.

Desta forma, alguns entes federativos decretaram a “quarentena”, com restrições de diversas atividades, outros mantiveram suas atividades com regras de “distanciamento”, uma outra parte preferiu adotar o “*lockdown*”, com normas mais restritivas, impedindo, inclusive a permanência em espaços públicos, como as praias. Existiram até aqueles que apelaram para a medida extrema e de constitucionalidade questionável, o “toque de recolher”, impedindo a circulação de pessoas em determinados horários, salvo situações excepcionais constantes da regulamentação.

Não há dúvidas que todas essas medidas de “bloqueio” constituem graves restrições, deparando-se com o direito fundamental de liberdade de locomoção, o que leva à exigência de ato legislativo formal para a sua aplicação, em observância, inclusive, ao que determina o art. 5º II, da Constituição Federal. Para alguns, o “estado

de necessidade administrativo” em decorrência da pandemia não legitima a imposição de medidas restritivas graves por intermédio de atos administrativos, ainda que de caráter geral e abstrato, veiculados por Decretos expedidos pelos Chefes do Poder Executivo³¹. Há, no entanto, aqueles que advogam pela maior ampliação dos atos administrativos normativos, afirmando que apesar de não poderem inovar originariamente na ordem jurídica, é equivocado supor que só possam veicular regras orgânicas e procedimentais para execução da lei³². Atente-se que as medidas limitadoras de direitos ou coercitivas, constantes do art. 3º da Lei nº 13.979/20 são excepcionais e devem ser pautadas na estrita necessidade, devidamente justificadas. Conforme lição de Carlos Ari Sunfeld:

Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta, só pode ser cumprida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado³³.

O cenário de pandemia traz a possibilidades de opções a serem adotadas a partir de posicionamentos técnicos, com evidências científicas, sopesados diante da realidade político-administrativa. Tem-se, assim, a incidência da discricionariedade técnica, decorrente da complexidade técnico-científica das questões envolvidas. No entanto, como bem afirma Juan Francisco Linares³⁴, a atuação administrativa pautada pela técnica e pela ciência não transforma tal remissão em um puro e simples endosso, mas sim em um endosso condicionada ao sentido de justiça para o caso. Nessa linha de pensamento, apesar da redução do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não se pode furtar à declaração de nulidades diante de absurdos evidentes, ou seja, diante de situações que aparecerem de pronto como despropositadas, inverossímeis e desarrazoadas.

Cumpra, ainda, mencionar a “doutrina Chenery”, a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América, de acordo com a qual as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos

³¹ Neste mesmo sentido é a posição de Sílvio Luís Ferreira da Rocha (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Aspectos Jurídicos do Bloqueio Generalizado de Movimentação (*Lockdown*). In: *As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. Coords: POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Marcio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 207.

³² CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – Desafios Jurídicos: Supremacia do Interesse Público, Bem Comum, Legalidade e Competência Regulamentar. In: *As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. Coords: POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Marcio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 129.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.

³⁴ LINARES, Jean Francisco. *Porde Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm expertise para concluir se os critérios adotados pela administração são corretos³⁵. A “doutrina Chenery” foi utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça quando reconheceu que “as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário”³⁶.

No entanto, repita-se, qualquer que seja a medida restritiva escolhida ou sua posterior flexibilização, deverá se fazer acompanhar de critérios técnicos adotados e utilizados com razoabilidade e proporcionalidade, resguardando-se os princípios norteadores da administração pública.

Não se pode afirmar com segurança que o impacto decorrente de certa medida restritiva adotada será menor na economia do que na saúde, por exemplo. Tudo depende de uma análise pormenorizada de dados de domínio do ente público afetado. Assim, a flagrante dificuldade do controle jurisdicional da opção administrativa adotada com fundamento no art. 3º, da Lei nº 13.979/20, que geram posicionamentos judiciais dos mais diversos, levou o Conselho Nacional do Ministério Público, em conjunto com a Corregedoria Nacional do Ministério Público, a expedir a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 02, de 19 de junho de 2020, estabelecendo no seu art. 2º:

Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

Apesar das dificuldades interpretativas do referido dispositivo, o certo é que se reconhece a ausência de consenso científico nas medidas de enfrentamento à pandemia, o que permite ao gestor público adotar aquela que, segundo avaliação administrativa, melhor se adequa à sua realidade. Por certo que persiste o controle da legalidade formal e material do ato administrativo, conforme exposto.

A Lei nº 13.979/2020 também flexibilizou os processos de contratações públicas, ampliando a margem de discricionariedade dos gestores. Desta forma, a lei instituiu uma hipótese específica de dispensa de licitação no seu art. 4º, segundo o qual “é

³⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Law and Business, 1996. p. 671.

³⁶ STJ. Corte Especial. AgInt na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.240/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgamento 07/04/2017.

dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.” A Lei exige pertinência entre o objeto do contrato e o enfrentamento da pandemia, não sendo aplicável às contratações que não guardem relação com tal enfrentamento. Assim, diante da necessidade de aquisição máscaras cirúrgicas, da compra de ventiladores pulmonares e da contratação de serviços em hospitais de campanha, por exemplo, a Administração Pública dispõe de discricionariedade para licitar ou utilizar-se da contratação direta, com fundamento no art. 4º.

Tal hipótese de dispensa, não se confunde com aquela constante do inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, que aborda a dispensa emergencial. Neste caso, a lei exige a “caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa” (art. 26, Parágrafo único, Inciso I, da Lei nº 8.666/93), além de limitar o prazo da contratação em 180 (cento e oitenta) dias.

Nas contratações estabelecidas com fundamento no art. 4º, da Lei nº 13.979/20, há clara presunção de emergência em contratações vinculadas ao enfrentamento da Covid-19, disposta no art. 4-B, do referido diploma legal. Assim, há maior discricionariedade na decisão pela contratação direta adotada para enfrentamento da pandemia, uma vez que a situação de risco, neste caso, é presumida.

A norma também não estabeleceu prazo fatal para extinção do vínculo contratual, determinando no seu art. 4º-H que “os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, respeitados os prazos pactuados”. Em se tratando de contratos de prestação de serviços, pode ocorrer que após a formalização de ajuste, observe-se que o contratado não vem cumprindo as obrigações contratuais assumidas. Em situação desse gênero, por certo que a Administração não deverá manter a relação contratual, optando por formalizar processo licitatório, com possibilidade de obter maior competitividade e melhor qualificação do contratado ou um novo processo de contratação direta.

Registre-se que a Lei não dispensou a apresentação de projeto básico ou termo de referência, admitindo apenas a sua simplificação (art. 4-E). Com efeito, o Tribunal de Contas da União estabeleceu no Acórdão 1.335/2020 - TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus devem ser instruídos “com a devida motivação dos atos por meio da inclusão nos autos, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação, da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação do objeto contratado”.

Saliente-se que o referido diploma também reduziu os prazos da licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, no art. 4º-G. Percebe-se, assim, que existe

competência discricionária da Administração para escolher entre realizar a contratação direta ou valer-se do pregão simplificado, como bem expõe Marçal Justen Filho³⁷.

Caso haja restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a Lei permite que seja dispensada a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal (Art. 4-F). Ou seja, desde que haja justificativa, a Administração Pública poderá decidir contratar com pessoa em situação irregular, na forma do artigo. A utilização da referida possibilidade deverá estar acompanhada de fundamentação, comprovando-se a restrição de contratados e a efetiva necessidade do objeto que se pretende contratar para o enfrentamento da pandemia.

Saliente-se que, nessa perspectiva, deverão ser vislumbrados os possíveis danos decorrentes da ausência de habilitação em algumas contratações. Assim, pense-se na contratação de empresa para gestão de hospital de campanha, dispensando-se a qualificação técnica dos interessados. Ao certo que, mesmo havendo restrição de prestadores de serviço no mercado, os riscos que poderão advir na execução do referido ajuste podem não justificar tal contratação.

Permite-se, ainda, a alteração unilateral quantitativa dos ajustes, com acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato (Art. 4º- I), desde que haja justificativa razoável. Assim, é bom destacar que, tal prerrogativa não pode ser empregada por arbítrio ou por interesses escusos, nem pode retratar desvio de finalidade. Em consequência, na opção pela alteração unilateral, será sempre sindicável o motivo pelo qual se considerou necessária a alteração.

No processo de flexibilização de normas de contratação vinculadas ao enfrentamento da Covid-19, foi também publicada a Medida Provisória nº 961, de 6/5/2020, que além de ampliar os valores para contratação por dispensa de licitação e possibilitar a utilização do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (Lei nº 12.462/11) para licitações e contratos de quaisquer obras, serviços, compras alienações e locações, permitiu, ainda, o pagamento por antecipação, desde que atendidos os requisitos legais.

No que se reporta especificamente ao pagamento antecipado, a grande novidade é a possibilidade de sua utilização sem apresentação de garantia.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Um Novo Modelo de Licitações e Contratações Administrativa? In: *Covid-19 e o Direito Brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. I. 542.

As contratações com pagamento antecipado encontram fundamentação em nosso ordenamento jurídico³⁸, todavia, com aplicação excepcional³⁹. O Tribunal de Contas da União reconhece a possibilidade de pagamento por antecipação em situações determinadas, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) previsão em ato convocatório; b) realização de estudo no processo licitatório que fundamente a real necessidade e economicidade da medida; c) previsão de garantias específicas e suficientes⁴⁰.

A Medida Provisória 961/20, ao tratar do pagamento por antecipação, estabelece, no § 2º, do art. 1º, que a Administração poderá prever cautelas para reduzir o risco de inadimplemento contratual, entre as quais consta a exigência de garantia (inciso II). Sem dúvida, a possibilidade de o gestor decidir entre a exigência ou não de garantia o coloca em zona de considerável amplificação dos riscos, uma vez que pode acontecer de a administração pública pagar e não receber. Logo, a decisão pelo pagamento antecipado, sem exigência de garantia, requer uma elevada gestão de riscos, com adoção de diligências capazes de avaliar objetivamente a idoneidade e capacidade das empresas.

De posse das informações referentes à demanda de aquisições com pagamento antecipado, deve o gestor realizar os seguintes questionamentos: a) A Administração já contratou este objeto no passado? Quais foram as condições? b) Este objeto foi contratado recentemente por outro órgão da administração pública? Quais foram as condições? c) O proponente já contratou nestes moldes? Com quem? d) O proponente tem estrutura compatível com a demanda? e) O proponente milita neste segmento de mercado? f) O local da sede da empresa é compatível com sua estrutura? g) É possível exigir garantia?

Respostas negativas para a maioria das questões podem indicar elevado risco na execução do contrato, com possíveis danos ao erário.

A atuação discricionária em tempo de pandemia não encontra fundamento para distanciar-se dos princípios administrativos, que serão sopesados de forma racional, diligente, objetiva e fundamentada. Desta forma, a transparência da atuação torna-se indispensável. Nesta linha, a Lei nº 13.979/20 determina que:

Art. 4º [...]

§2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico

³⁸ Art. 65, da Lei nº 4.320/64: "O pagamento da despesa será efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente instituídos por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, *por meio de adiantamento*" [grifos acrescidos].

³⁹ Art. 38, Decreto nº 93.872/86: "Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta".

⁴⁰ Acórdão nº 1.341/2010 – TCU – Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer.

na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Por outro lado, Portaria nº 758, de 9 de abril de 2020, emitida pelo Ministério da Saúde, define o procedimento para o registro obrigatório de internações hospitalares dos casos suspeitos e confirmados de COVID-19, nos estabelecimentos de saúde públicos e privados que prestam serviços no SUS.

Por certo que, a ampla possibilidade de restrições a direitos individuais e flexibilizações normativas nas contratações públicas devem importar a adoção de redobradas cautelas na gestão do patrimônio público, com especial atenção à transparência ativa, contemporânea e qualificada, de modo a propiciar a ampla fiscalização social e pelos atores do sistema de controle formal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6351, ao suspender a eficácia do artigo 6-B da Lei nº 13.979/2020, manifestou-se no sentido de que: “o acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange ‘debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta.’ (Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 310(1940), quoted 376U.S. at 271-72)”.

Verifica-se, então, que apesar da ampla discricionariedade ofertada pelo legislador à Administração Pública na adoção de medidas voltadas ao combate à pandemia e nas contratações relacionadas a tal objeto, as decisões adotadas devem guardar sintonia com a lei e princípios administrativos, o que será revelado a partir da motivação, que requer argumentação apoiada em razões efetivamente existentes e consequentemente sustentáveis, capazes de resistir a um debate aberto, próprio do Estado Democrático de Direito. Os motivos responsáveis pelas opções legislativas adotadas devem ser expostos de maneira clara, precisa, concreta. A utilização de expressões genéricas na motivação, como “altos fins”, “considerável interesse”, “elevado padrão” devem ser utilizadas com cuidado para que não configurem “mera logomaquia”, como lembra Cretella Júnior⁴¹.

A necessidade de celeridade na adoção de providências relacionadas à Covid-19 não autoriza que medidas sejam tomadas desacompanhadas da exposição dos motivos. Por certo que tal omissão, quando seguida da formalização de contratos superfaturados, não executados, ou executados de forma indevida, poderão acarretar a responsabilização dos agentes públicos envolvidos, caso observado o dolo ou a grave imprudência ou negligência na atuação administrativa.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR. José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 43.

3. A incidência da Lei de Improbidade Administrativa na atuação discricionária conferida pela Lei nº 13.979/20

A Covid-19 certamente ficará nas nossas memórias como a “epidemia do século”, não só pelos riscos causados à saúde, mas pelos seus reflexos em variados setores, cujas consequências são ainda imprevisíveis e desconhecidas. Sob o prisma do direito administrativo, as regras e princípios existentes mostram-se insuficientes ou inadequadas ao enfrentamento do cenário político, social e econômico fruto dessa nova realidade imposta pelo vírus.

Surgem dificuldades nas soluções jurídicas dos problemas presentes, que não existiam no passado recente. Assim, sabe-se da importância constitucional do instituto da licitação, antecedendo a formalização dos contratos administrativos, garantindo-se o princípio da isonomia, transparência e ampla competitividade, na busca da contratação mais vantajosa. Por outro lado, a necessidade premente de atendimento de demandas geradas no enfrentamento do novel coronavírus levou à flexibilização de regras postas no ordenamento, possibilitando escolhas à Administração Pública nas situações fáticas.

Conforme já ponderado, tal flexibilização exposta em diversos artigos na Lei nº 13.979/20, já abordados, leva a uma maior discricionariedade na tomada das decisões, sem deixar de exigir a efetiva ponderação principiológica a ser demonstrada.

Ora, como toda moeda possui dois lados, os benefícios gerados pela Lei nº 13.979/20, com a maior celeridade nas contratações voltadas a salvar vidas, se fizeram acompanhar de algumas situações indesejáveis, a exemplo de contratações direcionadas, antieconômicas, ineficientes e até desnecessárias. Muitos viram na discricionariedade constante da lei a possibilidade de locupletação indevida, acreditando que vivenciamos o momento no qual “os fins justificam os meios” e que todos serão perdoados pelos seus “erros”, afinal cometidos com um nobre propósito.

Neste cenário posto, cabe aos órgãos de controle “separar o joio do trigo”, visando punir aqueles que dolosamente, ou sem o mínimo zelo na gestão da coisa pública, geraram elevados prejuízos ao erário. Assim, persiste a possibilidade de incidência da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 – em virtude dos contratos estabelecidos com fundamento na Lei nº 13.979/20.

A Lei nº 8.429/92 reprime quatro modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que levam ao enriquecimento ilícito (art. 9º); aqueles que geram prejuízo ao erário (art. 10); a concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e §1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003 (art.10-A); e aqueles que violam os princípios administrativos (art. 11). Quantos aos atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito ou violam princípios administrativos, exige-se a presença do elemento subjetivo dolo. No que se reporta aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, a lei admite a modalidade dolosa ou culposa.

Em 25 de abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655 com o propósito de incluir no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB)

disposições sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público. Entre as novas disposições trazidas pela lei, recai diretamente sobre a matéria aqui abordada o art. 28, segundo o qual “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

De imediato, duas questões são postas. A primeira reporta-se ao alcance da expressão “erro grosseiro”, trazida na norma. A segunda cinge-se à repercussão de tal expressão na modalidade culposa da improbidade por prejuízo ao erário, constante do art. 10, da LIA.

Quanto à primeira questão, houve movimentação imediata da doutrina e dos órgãos de controle no sentido de estabelecer o alcance do “erro grosseiro” no elemento subjetivo da conduta do agente público. O Tribunal de Contas da União, na sessão de 17 de julho de 2018, expediu o Acórdão nº 1628, da relatoria do Min. Benjamin Zymler, segundo o qual “A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28 do Decreto-Lei 4.657/42, incluído pela Lei 13.655/18”. Mesmo que a intenção tenha sido outra, o que ocorreu foi o deslocamento da incerteza da expressão “erro grosseiro” para outra, também fluida. Afinal, o que se entende por “administrador médio”? Qual o parâmetro utilizado em tal avaliação? Por certo, trata-se de conceito dotado de absoluta indeterminação.

Por outro lado, não se pode desprezar que o §5º do art. 37 da CF trata expressamente do elemento subjetivo “culpa” ao estabelecer a possibilidade de ação de regresso em face do agente público, que agiu com dolo ou culpa, uma vez reconhecida a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Floriano de Azevedo e Rafael Véras, manifestando-se quanto ao alcance do referido art. 28, da LINDB, aduzem que o erro grosseiro terá lugar quando o agente público “incorrer em negligência, imprudência ou imperícia inescusáveis no exercício do seu mister”⁴².

Em 10 de junho de 2019, foi publicado o Decreto nº 9.830, regulamentando a Lei nº 13.655/18. No que se reporta ao “erro grosseiro” para a responsabilização do agente público, dispõe o referido ato normativo:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

⁴² MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

§ 1º 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.

§ 2º 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 caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§3º 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.

§4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

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

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por *culpa in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

A regulamentação do dispositivo legal confirma algumas posições já externadas. Assim, o erro grosseiro aproxima-se da já conhecida culpa grave, caracterizada pela negligência ou imprudência inescusáveis. Por outro lado, o §§ 3º e 5º confirmam a impossibilidade de responsabilização objetiva do agente público, mesmo que o montante do dano ao erário seja expressivo. O §4º revela a necessidade de observância da complexidade da matéria e das atribuições do agente na fixação da culpa.

O §6º reporta-se à opinião técnica que não poderá ser imediatamente estendida ao agente público. Logo, o administrador público que tomar uma decisão com base em parecer exarado pelo assessor jurídico, com dolo ou erro grosseiro, não poderá ser automaticamente responsabilizado, salvo se ficar demonstrado que tinha condições de aferir que o parecerista agiu com dolo ou erro grosseiro, ou se estiver em conluio com aquele.

Ressalte-se que existe um precedente do STF, bem anterior ao art. 28 da LINDB, reconhecendo a responsabilidade do advogado público na emissão de parecer de natureza opinativa, desde que configurada a existência de culpa ou erro grosseiro, segundo o qual,

“Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que ‘salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa’⁴³.

A necessidade de fixar limites ao “ativismo” do controle externo da atividade administrativa, no campo sancionador, levou à exigência de demonstração mais clara do elemento subjetivo do tipo na conduta do agente público. Repele-se a ampliação indevida do conceito de “imoralidade administrativa” na fixação da conduta enquadrada no art. 11, da Lei nº 8.429/92, que vinha criando uma espécie de responsabilização objetiva pessoal. Não viola a probidade a simples divergência de interpretações entre controlado e controlador, desde que os fundamentos expostos de um e de outro lado sejam razoáveis. Segundo Floriano de Azevedo e Rafael Vêras, o art. 28 da LINDB “Não tolhe a coibição dos comportamentos ímprobos, desonestos. Mas presta a devida deferência ao servidor honesto”⁴⁴.

Nesta lógica, cumpre mencionar o art. 20 da LINDB, segundo o qual “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Segundo afirmam Carlos Ari Sunfeld e José Guilherme Giacomuzzi:

[a] Lei nº 13.655/2018, nova fonte formal do direito brasileiro, busca justamente trazer quem “decide” ao mundo real. Não é uma lei contra os princípios. Mas é uma lei para evitar que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados com a simples invocação de princípios⁴⁵

Com o advento da pandemia e a efetiva necessidade de adoção de rápidas medidas administrativas, afirmações quanto ao risco de “apagão das canetas” decorrente da possível atuação dos órgãos de controle em face dos gestores públicos, com a consequente responsabilização daqueles prontos a atuar em prol da saúde pública, houve a publicação, em 13 de maio de 2020, da Medida Provisória nº 966/2020, dispondo sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da *Covid-19*.

⁴³ MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 01/02/09.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O Espírito da Lei nº 13.655/2018: Impulso Realista para a Segurança Jurídica no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 16, n. 62p. 40. abr./jun., 2018.

Analisando-se a referida Medida Provisória, observa-se que, na sua essência, esta apenas repete as regras estabelecidas no art. 12, do Decreto nº 9.830/18, já expostas. De novo, no art. 3º, adequa o sentido do “erro grosseiro” a atos diretamente relacionados ao combate da Pandemia do novel coronavírus. Assim, o mencionado artigo dispõe que:

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

- I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;
- II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;
- III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;
- IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e
- V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da *covid-19* e das suas consequências, inclusive as econômicas.

A análise de cada uma das hipóteses do art. 3º revela que estão em consonância com a culpa grave, fixada nos termos do Decreto nº 9.830/20, não trazendo novidade semântica.

Em 21 de maio de 2020, o STF, ao apreciar Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴⁶ propostas em face da Medida Provisória nº 966, referendou a constitucionalidade do art. 28 da LINDB, que deve basilar juridicamente a interpretação dos órgãos de controle, uma vez que não se pode abandonar a presunção de boa-fé, nem menosprezar o contexto fático das decisões adotadas e suas consequências.

Analisando-se de forma mais detida o voto de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, observa-se que o mesmo limitou de forma preponderante o alcance do “erro grosseiro” na perspectiva de adoção de medidas de enfrentamento da Covid-19, constantes do art. 3º, da Lei nº 13.979/20. Assim, votou por dar interpretação conforme a Constituição, no sentido de configurar erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: 1) de normas e critérios científicos e técnicos; 2) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Além disso, Barroso também propôs que a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à

⁴⁶ ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427 e 6.428 e 6.431.

matéria, tal como estabelecido por organizações e entidades médicas e sanitárias, assim como da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Por certo que, a estipulação de limites na análise do elemento subjetivo do tipo para caracterização do ato de improbidade administrativa não impede que contratações efetivadas com as flexibilizações estabelecidas na Lei nº 13.979/20, utilizadas para desvios de recursos públicos ou sem as cautelas necessárias, com comprovados prejuízos ao erário, sejam objetos de apuração e possível enquadramento nos termos da Lei nº 8.429/92.

Nesse momento de inquietude, sofrimento e medo do invisível, muitos sairão reconhecidos pelo seu comprometimento com a saúde e patrimônio público. Porém, infelizmente, tantos outros serão apontados como meros aproveitadores da crise, das maneiras mais diversas possíveis: direcionando contratos, superfaturando produtos, adquirindo ou contratando serviços que se sabem desnecessários, comprando ventiladores pulmonares, sabendo que não serão entregues no quantitativo ou nas especificações constantes dos ajustes e tantas outras hipóteses que nem mesmo a imaginação Kafkiana é capaz de alcançar.

Deve-se salientar que a temporariedade da situação de pandemia não se estenderá à atuação dos órgãos de controle, que terão tempo para investigar as contratações efetivadas com fulcro na Lei nº 13.979/20, de modo a avaliar a atuação dos agentes públicos envolvidos, sancionando aqueles que se distanciaram dos princípios administrativos com dolo ou erro grosseiro. Recorrendo-se à metáfora de Kafka, afirma-se: “os cães de caça ainda brincam no pátio, mas a presa não lhe escapa, por mais que já dispare pelas florestas”⁴⁷.

4. Considerações finais

A pandemia do novel coronavírus foi responsável por profundas alterações em diversos setores. Socialmente a necessidade de isolamento levou à quebra do convívio social. Expressões de carinho, típicas da raça humana, passaram a constituir risco de morte: um abraço, um beijo ou um simples aperto de mão. Por outro lado, a economia foi consideravelmente atingida, de forma quase absoluta, diante da necessidade de fechamento de todas as atividades não qualificadas como essenciais. Juridicamente, a Covid-19 também trouxe fortes impactos, impondo a expedição de regras adequadas a esse “novo normal”.

Conforme afirma Georges Ripert: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito”. A promulgação da Lei nº 13.979/20, trazendo regras para enfrentamento da pandemia e flexibilizando o regime de contratação, teve por finalidade não permitir que o Direito fosse atropelado pela realidade.

Assim, conferiu ampla margem de discricionariedade aos administradores públicos na tomada de decisões. Porém, buscou conformar a liberdade de escolha

⁴⁷ KAFKA, Franz. Aforismo. In: *Essencial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. Posição 1954.

legalmente conferida aos ditames principiológicos, já consolidados no ordenamento jurídico, exigindo a motivação das deliberações adotadas.

Situações de incertezas levaram à utilização da Lei nº 13.979/20, com todas as suas possibilidades. Ocorre que, muitas vezes, justificativas exigidas pela norma não foram devidamente apresentadas. Tome-se como exemplo a contratação de empresa para prestação de serviços de saúde em hospitais de campanha sem a demonstração da necessária qualificação técnica, deixando-se de apresentar justificativa para tanto. Pense-se, ainda, na prorrogação de contratos de prestação de serviços de saúde, apesar de graves irregularidades apuradas na prestação.

A Lei nº 13.979/20, ao tratar da gestão de risco da contratação, exige que tal gerenciamento ocorra na execução do contrato, o que significa que a Administração Pública deverá observar a eficiência, eficácia e economicidade proporcionadas pela relação contratual.

Não somente contratações destinadas a propiciar o enriquecimento ilícito de agentes públicos e terceiros, bem como aquelas efetivadas com grave imprudência e negligência deverão ser questionadas, inclusive com a utilização da Lei nº 8.429/92.

Não se admitirá que diante de situação de grave calamidade saiam impunes aqueles que atuaram visando exclusivamente o atendimento de interesses políticos e econômicos. O descaso na utilização de recursos públicos, no seu grau máximo, também merecerá resposta do ordenamento jurídico.

O prêmio e o castigo são pilares do Estado. Deve-se reconhecer os agentes públicos que atuam com dedicação, compromisso, lealdade institucional, conferindo progressões legais meritórias. Por outro lado, deve-se sancionar aqueles que atuam com descaso e desonestidade, comprometendo o patrimônio e a moralidade pública.

Referências

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – Desafios Jurídicos: Supremacia do Interesse Público, Bem Comum, Legalidade e Competência Regulamentar. *In: As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. Coords: POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Márcio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*. Madrid: Civitas, 1995.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, tomo 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. Um Novo Modelo de Licitações e Contratações Administrativa? *In: Covid-19 e o Direito Brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020.

KAFKA, Franz. Aforismo. *In: Essencial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. Posição 1954.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LINARES, Jean Francisco. *Porde Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Law and Business, 1996.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940.

_____. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, 1946.

SATTA, Phillipio. Introduzione ad un Corso di Diritto Admmnistrativo. *Apud SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SUNDFELD. Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____; GIACOMUZZI, José Guilherme. O Espírito da Lei nº 13.655/2018: Impulso Realista para a Segurança Jurídica no Brasil. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 16, n. 62. abr./jun., 2018.