

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERISSIMO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020. DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia.

2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

ADI 6421 MC / DF

3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, *a priori*, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

4. Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

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

A C Ó R D Ã O

ADI 6421 MC / DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão realizada inteiramente por videoconferência (Resolução 672/2020/STF), sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em analisar a medida cautelar, vencido, preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela inadequação da ação direta. Na sequência, por maioria, acordam em deferir parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Foram firmadas as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”. Tudo nos termos do voto do Relator. Ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que

ADI 6421 MC / DF

concediam a medida cautelar em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que a concedia para suspender a eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 21 de maio de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

20/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERISSIMO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), com pedido de medida cautelar, propostas, respectivamente, por Partido Rede Sustentabilidade, Partido Cidadania, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa – ABI, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Verde - PV. A primeira ação tem por objeto: a Medida Provisória (MP) nº 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB), com a redação dada pela Lei 13.655/2018, e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamentaram o último dispositivo. A sexta ação, proposta pelo PDT, tem por objeto a MP nº 966/2020 e a LINDB. Todas as demais ações têm por objeto apenas a MP nº 966/2020.

2. A MP nº 966/2020 dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão *pertinentes a atos relacionados com a pandemia da COVID-19*. O art. 28 da LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018, trata, de forma mais ampla, da *responsabilidade geral do agente público por decisões ou opiniões técnicas*. Os art. 12 do Decreto 9.830/2019 regulamenta a LINDB, tratando da caracterização de erro grosseiro, e o art. 14 versa sobre a ação de regresso do Poder Executivo perante o agente

ADI 6421 MC / DF

público que tenha gerado dano ao erário. Confira-se o teor dos respectivos dispositivos:

Medida Provisória nº 966/2020:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas **esferas civil e administrativa** se agirem ou se omitirem com **dolo ou erro grosseiro** pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º O meronexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, **considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.**

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;

ADI 6421 MC / DF

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.

LINDB, art. 28 (com a redação dada pela Lei 13.655/2018):

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

Decreto 9.830/2019:

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.

§ 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.

ADI 6421 MC / DF

§ 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.

.....

.....

Direito de regresso, defesa judicial e extrajudicial

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.”

3. Os requerentes alegam, em seu conjunto, a inconstitucionalidade formal da MP nº 9.666/2020, por ausência de relevância e urgência. No que respeita à inconstitucionalidade material do conjunto normativo transcrito, afirmam que: (i) a Constituição exige tão-somente culpa ou dolo para a configuração da responsabilidade subjetiva do agente público (art. 37, §§ 4º, 5º e 6º, CF/88), ao passo que o “erro grosseiro”, previsto nas normas antes aludidas, limitaria tal responsabilidade à hipótese de culpa grave; (ii) de acordo com o princípio republicano (art. 1º, CF), as autoridades públicas, justamente porque lidam com bens coletivos que não lhes pertencem, sujeitam-se à responsabilidade reforçada perante a sociedade e não podem gozar de regime mais brando do que aquele a que se submetem os demais

ADI 6421 MC / DF

cidadãos, passíveis de responsabilização por mera culpa simples; (iii) a norma minimiza a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade, em desacordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas de União (TCU) (Acórdãos 5547/2019 e 2391/2018), e em desrespeito aos princípios da moralidade e da eficiência da administração pública (art. 37, *caput*, CF). Há, igualmente, alusões ao comprometimento do direito constitucional à indenização em caso de dano (arts. 5º, V, X, XXIV, XXV e LXXV, CF), bem como à garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), à separação dos poderes (art. 2º, CF), ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e à autonomia federativa (art. 18, CF), ao última ao fundamento de competiria a Estados e Municípios legislar sobre regime jurídico aplicável aos agentes públicos (art. 39, CF).

4. Os requerentes destacam, por fim, a gravidade da edição da MP 966/2020, durante o agravamento da pandemia, em um contexto de forte resistência de algumas autoridades públicas a seguir recomendações científicas e sanitárias expedidas por organizações nacionais e internacionais, o que as imunizaria de responsabilidade, produzindo os piores incentivos quanto à não proteção da saúde da população. E chamam atenção para precedente do Estado do Rio de Janeiro, de alegado superfaturamento na aquisição de respiradores, máscaras e testes de COVID-19, que demonstraria que a medida provisória pode, ainda, favorecer o desvio de verbas imprescindíveis para o combate à pandemia, agravando a situação de colapso do sistema de saúde.

5. É o relatório. Passo ao voto.

20/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Senhor Presidente, cumprimento os ilustres advogados que estiveram na tribuna, Doutor Bruno Lunardi, Doutor Paulo Machado Guimarães. Cumprimento o Doutor José Levi de Mello do Amaral Júnior e todos os demais, pelo trabalho de alta qualidade que desenvolveram nesses debates que travamos aqui.

2. Como mencionado em relatório, trata-se de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), com pedido de medida cautelar, propostas, respectivamente, por Partido Rede Sustentabilidade, Partido Cidadania, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa – ABI, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Verde. A primeira ação tem por objeto: a Medida Provisória (MP) nº 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB), com a redação dada pela Lei 13.655/2018, e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamentaram o último dispositivo. A sexta ação, movida pelo PDT, tem por objeto a MP nº 966/2020 e a LINDB. Todas as demais ações têm por objeto apenas a MP nº 966/2020.

3. As ações abordam, em seu conjunto, três temas distintos. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seu decreto regulamentar dizem respeito ao regime de responsabilidade *geral* dos agentes públicos, em situação de normalidade institucional e sanitária. E a LINDB encontra-se em vigor desde abril de 2018. Portanto, há mais de 2 anos. A MP 966/2020 trata da responsabilidade dos agentes públicos

ADI 6421 MC / DF

especificamente quanto a atos relacionados à pandemia e foi editada no mês corrente. Por fim, alguns requerentes aludem, quer com base na LINDB, quer com base na MP, a uma alteração ilegítima do regime de responsabilização administrativa de agentes públicos por *atos de improbidade*. Segundo afirmam, a mera exigência de culpa simples é suficiente para a responsabilização financeira do agente público e tais normas pretenderiam alterar tal quadro.

DELIMITAÇÃO DO OBJETO E ALCANCE DESTA DECISÃO

4. Dada a multiplicidade de temas, cuidarei, em primeiro lugar, de delimitar o alcance da presente decisão cautelar. Nesse sentido, parece-me que os argumentos que justificam o perigo na demora, requisito imprescindível à concessão de uma cautelar, relacionam-se, de forma imediata, à existência da pandemia de COVID-19 e aos efeitos diretos e indiretos que o regime de responsabilização de agentes públicos pode gerar sobre a proteção à vida e à saúde da população – quer no que respeita à adoção das medidas recomendadas por protocolos científicos e técnicos, quer no que se refere ao risco de desvio de recursos voltados à aquisição de equipamentos de saúde.

5. Assim, o debate, em regime cautelar, deve se restringir à apreciação da MP 966/2020, que é a norma que efetivamente trata da responsabilidade de agentes por atos relacionados ao combate à pandemia. De se notar, ademais, que o art. 28 da LINDB está em vigor há pelo menos 2 anos, o que, em princípio, descaracteriza o perigo na demora, nos termos da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: ADPF 541, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 26.09.2018; ADI 2674 MC-AgR, j. 04.12.2014; ADI 534 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27.06.1991.

6. As recentes alterações na LINDB foram saudadas por muitos como sendo um importante avanço institucional. Elas resultaram

ADI 6421 MC / DF

de um projeto do Senador Antonio Anastasia, no qual trabalharam os Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, e que, depois, curiosamente, foi chancelado, num parecer, pela maior parte dos administrativistas brasileiros, aí incluídos a Professora Odete Medauar, a Professora Maria Sylvia di Pietro, o Professor Marçal Justen Filho, o Professor Gustavo Binenbojm. É uma lei que já vem, de algum tempo, sendo aplicada sem que se tenha detectado qualquer tipo de malefício ou de transtorno. Além disso, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro contém, como próprio das leis de introdução, normas gerais, normas de Direito Intertemporal, normas de Direito Internacional Privado, normas de hermenêutica, normas de cooperação jurídica internacional. E, portanto, o fato de ela viger há mais de dois anos e esse caráter mais abstrato de que ela se reveste tornam totalmente inoportuno, pelos parâmetros do Supremo Tribunal Federal, apreciar, em medida cautelar, a validade ou não do seu art. 28.

7. Por essa razão, deixo de me manifestar, por ora, sobre a complexa questão, que também decorre da LINDB (e de seu decreto regulamentador por arrastamento), de saber se é possível limitar a responsabilidade dos agentes públicos em geral aos casos de erro grosseiro ou de dolo e, portanto, excluir sua responsabilidade na situação de culpa simples ou de erro escusável, que é o objeto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A questão envolve, de um lado, uma leitura do alcance do princípio republicano e do art. 37, § 6º, CF; e, de outro lado, uma compreensão aprofundada sobre as circunstâncias e particularidades do processo decisório dos agentes públicos em situações de incerteza, urgência e assimetria de informações, bem como dos problemas relacionados ao exercício do poder de controle sobre tais autoridades[1]. Já adianto que há duas coisas muito ruins para a administração pública e o bem comum: de um lado, administradores incorretos e, de outro, administradores corretos que têm medo de decidir o que precisa ser decidido, por temor de retaliações futuras.

ADI 6421 MC / DF

8. Essa questão fica, portanto, postergada para o exame do mérito da presente ação, dado que, ao que tudo indica, não é imprescindível ao exame da cautelar.

9. Por outro lado, as normas que tratam do regime de responsabilidade por atos de improbidade administrativa são normas de caráter especial, que, em princípio, não são alcançadas pela MP nº 966/2020, que trata da responsabilidade civil e administrativa dos agentes em geral, desde que relacionada ao combate à pandemia. Ainda que assim não fosse, a jurisprudência tem exigido dolo, na hipótese dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, na melhor das hipóteses, cogitado exigir culpa grave, no caso do seu art. 10, para configuração de ato de improbidade. Não há, portanto, que se falar em abrandamento das hipóteses de improbidade pela medida provisória. Assim, tampouco abordarei, em sede cautelar, questões atinentes à responsabilização de agentes públicos por improbidade administrativa.

10. **Essas são as razões pelas quais a presente decisão cautelar se limita à apreciação da MP nº 966/2020, não alcançando o regime geral de responsabilização administrativa previsto no art. 28 da LINDB e seu decreto regulamentar ou questões atinentes a casos de improbidade administrativa.**

PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO

11. Em primeiro lugar, entendo que não há inconstitucionalidade formal por ausência de relevância e urgência. O Supremo Tribunal Federal tem inúmeros precedentes que remarcam e acentuam a parcimônia com que se devem investigar os requisitos constitucionais para a edição de medidas provisórias. Nesse sentido: RE 1222118 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.05.2020; ADI 3994, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23.08.2019; RE 1100057 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 26.10.2018. No caso, parece-me que um ato normativo que

ADI 6421 MC / DF

cuida da responsabilidade de quem está lidando com uma pandemia em curso não carece de relevância e urgência.

12. Passo, então, a analisar a plausibilidade do direito alegado. Para isso, considero relevante expor o contexto em que editada a medida provisória: o cenário com o qual ela se depara, quais os propósitos a que ela visa, qual é o ambiente que nós estamos vivendo.

13. Em 30.01.2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o surto de COVID-19 constitui uma emergência de saúde de importância internacional – o mais alto nível de alerta da Organização[2]. Em 11.03.2020, a OMS anunciou que uma nova doença com alto poder de contágio e de grande velocidade de transmissão havia se espalhado pelo mundo. E criou, para todos nós, um novo vocabulário. Nós, hoje em dia, já sabemos o que é covid-19, pandemia, isolamento horizontal e vertical, achatamento da curva, imunidade de rebanho etc. Há um novo vocabulário com palavras que, até ontem, ou nós não conhecíamos, ou nunca tínhamos usado, e agora se tornaram correntes na nossa vida.

14. A crise gerada pela pandemia de COVID-19 apresenta múltiplas dimensões, que impactam o ordenamento jurídico e a maneira como ele deve ser interpretado. Em primeiro lugar, existe uma *dimensão sanitária*, relativa à saúde pública, que é a circunstância de que a doença se propagou mundialmente sem que haja, até agora, uma vacina, tampouco um remédio eficaz. A única medida preventiva eficaz que as autoridades sanitárias têm recomendado é o isolamento social em toda parte do mundo. E os países ou estados que não adotaram o isolamento social voltaram atrás, pagando um preço muito mais alto do que aqueles que o haviam adotado. A experiência mundial comprova isso de maneira categórica. Por exemplo: Portugal foi rápido no isolamento social e controlou a doença. A Espanha demorou e foi um dos países mais afetados. A Noruega também foi célere e controlou a disseminação do vírus. A Suécia, um dos países mais ricos do mundo em termos de renda

ADI 6421 MC / DF

per capita, manteve-se aberta e está vivendo uma situação calamitosa. Nos Estados Unidos, a Califórnia fechou imediatamente e apresenta poucos casos de infecção. Nova Iorque, por outro lado, demorou a adotar o isolamento social e os casos se multiplicaram.

15. Os números são muito estarrecedores. O contágio por COVID-19 tem levado a milhares de infectados e de mortos e ao colapso dos mais estruturados sistemas de saúde das nações mais desenvolvidas e supostamente preparadas para enfrentar grandes demandas. A situação é gravíssima e não há qualquer dúvida de que a infecção por COVID-19 representa uma ameaça à saúde e à vida da população. No mundo, são quase 5 milhões de casos e 323 mil mortes. No Brasil, já são 271 mil casos de contágios confirmados e 18.000 mortos[3]. Nos Estados Unidos, 1,5 milhão de casos, chegando a 100 mil mortos. De acordo com mapa elaborado pelo Centro de Sistemas de Ciência e Engenharia da Universidade Johns Hopkins, com base nos dados da OMS e em dados oficiais locais, e atualizado em tempo real, o Brasil, a despeito de ter experimentado o contágio em etapa posterior, já é o sexto país com mais mortos no mundo e o quarto país em casos confirmados[4].

16. Em artigo publicado hoje no jornal O Estado de S. Paulo[5], o professor Gonzalo Vecina – que foi presidente da Anvisa e é um renomado sanitarista brasileiro, com quem venho conversando para poder me programar para fins do processo eleitoral – escreveu que a possibilidade real no Brasil é de 529 mil mortos ao final da pandemia. Logo, nós estamos diante de uma tragédia humanitária. A guerra civil americana durou anos e teve, mais ou menos, esse número de mortes. Portanto, é, de fato, uma situação sanitária dramática para nós e para todo o mundo.

17. Além dessa dimensão sanitária, há uma *dimensão econômica*, que não é pequena. Todos antecipamos uma imensa recessão mundial, antes vislumbrada em um futuro próximo. Agora, não está nem

ADI 6421 MC / DF

mais no horizonte; está presente. Nós já estamos vivendo a recessão. Quem lê os jornais sabe que a indústria automobilística teve uma queda de 99% na sua produção. O Fundo Monetário Internacional prevê para o mundo uma retração correspondente a 3% do Produto Interno Bruto global. Somos colhidos por essa recessão mundial e doméstica no momento em que estávamos saindo da nossa própria recessão particular, que vinha desde 2014, e apresentávamos ainda um crescimento tímido. A previsão do FMI para o Brasil é mais dramática ainda: 5,3% de retração no Produto Interno Bruto[6].

18. Essas dimensões econômicas e sanitárias trazem uma imensa consequência social. A *dimensão social*, que também cabe a todos nós levarmos em conta no processo de avaliação da legislação que cuida da crise, manifesta-se na quebra sequencial de empresas e no desemprego em massa, em um país no qual o índice de desemprego já estava próximo de 12%. Há uma imensa quantidade de pessoas, uma parcela relevante da população brasileira, dependente de um auxílio emergencial do governo para poder sobreviver. Esse auxílio foi previsto para atingir cerca de 50 milhões de pessoas, mas já há estimativas de que irá alcançar aproximadamente 70 milhões de pessoas. E o país descobriu que a maior parte da sua força de trabalho estava na informalidade, que havia uma enorme quantidade de pessoas invisíveis que não constavam de nenhum cadastro governamental, de nenhum dado oficial. O governo se deparou com uma enorme dificuldade de localizá-las, inclusive para prestar ajuda, e de filtrar as espertezas dessa hora em que muitos querem, aqui e ali, levar uma vantagem indevida.

19. Por fim, há uma *dimensão fiscal* na crise, a qual também é dramática, porque uma crise sanitária e social dessa proporção coloca imensa pressão sobre os cofres públicos. E é preciso mesmo fazer investimento público para salvar a vida das pessoas e manter o Sistema Único de Saúde. O admirável Sistema Único de Saúde brasileiro, que está salvando muitas vidas. Porém, a pressão sobre os cofres públicos vem no

ADI 6421 MC / DF

momento em que nós já vivíamos uma crise fiscal perigosa, com um déficit fiscal que beirava 80% do Produto Interno Bruto. Desse modo, a situação do Brasil é um pouco como retratada no verso feliz do Djavan em que diz: "*Sabe lá o que é não ter e ter que ter pra dar*". É mais ou menos essa a situação fiscal que nós estamos vivendo. É indispensável o investimento público, mas é preciso evitar também o relaxamento fiscal, as espertezas e oportunismo de todos os gêneros que aparecem nessa hora.

20. Esse é, portanto, o quadro dramático, dentro do qual creio que devemos interpretar a legislação. E a realidade – gosto de insistir nisso – é sempre parte da normatividade. Não se interpreta o Direito fora de um dado momento e de um dado lugar para produzir as consequências sobre pessoas - não abstrações, pessoas - que estão vivendo aqui e agora.

21. Do que acabo de expor, é possível ver que há *dois temas centrais* na definição de políticas públicas que precisam ser adotadas neste momento de pandemia. O *primeiro* deles se refere à tensão entre as medidas de distanciamento social necessárias a reduzir o ritmo do contágio pelo COVID-19 e à necessidade de retomar economia brasileira. O isolamento social é a recomendação pacífica das autoridades sanitárias de todo o mundo. Não há alternativa, porque, se muitas pessoas contraírem a doença ao mesmo tempo, o sistema de saúde não suportará. Em alguns lugares, já não está suportando. O isolamento continua a ser a medida recomendada e praticada pelos países onde o combate à doença deu certo, para contornar a ascensão da curva. Deixar o isolamento social só passa a ser uma possibilidade real e praticável, e ainda sim paulatinamente, depois que a curva começa a ser decrescente. Enquanto a curva da doença é ascendente, acabar com o isolamento social, dizem todas as autoridades sanitárias, é nos sujeitarmos ao risco de um genocídio. E aí não há recuperação econômica que possa nos servir se as pessoas já tiverem morrido.

ADI 6421 MC / DF

22. Contudo, a contrapartida desse isolamento social tem sido o impacto dramático sobre a economia, diante da restrição à circulação de pessoas, fechamento de escolas, universidades, comércio e fábricas, também com impacto dramático sobre a vida das pessoas, muitas sem nenhuma alternativa de sobrevivência que não seja sair de casa. É um paradoxo cruel. A recomendação é para não sair de casa, mas há pessoas que, se não saírem de casa, não têm o que comer. Portanto, não é singelo o momento brasileiro. Em virtude de tal situação, registra-se uma importante resistência no comando do governo federal quanto à adoção das medidas de distanciamento. A resistência tem levado inclusive os governos locais a estabelecer medidas de distanciamento social mais severas[7]. Desse modo, a primeira polêmica é essa tensão isolamento social/crise econômica e definir o momento e a velocidade de se sair do isolamento social.

23. O *segundo* tema central no debate público relacionado à pandemia refere-se à utilização de determinados medicamentos, de eficácia ou segurança ainda controvertidas na comunidade científica[8], para o combate à enfermidade, como é o caso da hidroxiclороquina[9]. E, aqui, evidentemente, não cabe ao Supremo Tribunal Federal tomar partido nessa disputa. A nós só cabe identificarmos que há controvérsias na comunidade médica. Porém, do que leio na imprensa, majoritariamente há uma postura de que, antes de pesquisas clínicas comprobatórias da eficácia e segurança de um medicamento, esse não deva ser prescrito. Existe uma posição muito visível contrária à difusão de medicamento não suficientemente testado, inclusive pelo risco de efeitos colaterais. Teme-se, portanto, que a norma construa incentivos inadequados para o favorecimento da economia, em detrimento da saúde da população; ou, ainda, que constitua incentivo ao uso precipitado de medicamentos com eficácia questionada, que gerem risco para a vida e a saúde humana.

ADI 6421 MC / DF

24. Esse é o contexto em que foi editada a Medida Provisória 966/2020, que procura dar segurança aos agentes públicos que têm competências decisórias, minimizando as suas responsabilidades: (i) no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e (ii) no combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

25. Penso, porém, que tal Medida Provisória não eleva a segurança dos agentes públicos. E, ainda, passou a impressão – possivelmente equivocada – de que se estava querendo proteger coisas erradas. Essa foi a percepção do sentido e do alcance dessa norma. Por que, em rigor, ela não dá a segurança que seria desejável para os agentes públicos idôneos? Aqui, cito o professor Valdir Simão, com quem tive a oportunidade de ter uma interlocução ao refletir sobre esse assunto. Um dos problemas do Brasil é que o controle dos atos da Administração Pública sobrevém muitos anos depois dos fatos relevantes, quando, muitas vezes, já não se tem mais nenhum registro, na memória, da situação de insegurança, da situação de dramaticidade, da situação de urgência, das incertezas e indefinições que levaram o administrador a decidir. Porque, daqui a alguns anos, quando se vai julgar o que passou, age-se como um “comentarista de videotape”. E, depois que tudo aconteceu, quando se podem olhar os fatos à distância, percebem-se muitas coisas que, quando se está ali no calor do momento, não se é capaz de perceber. Portanto, a segurança viria se houvesse desde logo um monitoramento quanto à aplicação desses recursos, por via idônea, em tempo real ou pouco tempo depois dos eventos.

26. Desde logo, é preciso esclarecer que propinas, superfaturamento ou favorecimentos indevidos são condutas ilegítimas no contexto da pandemia ou fora dele. Portanto, como bem observou o Advogado-Geral da União, crime não está protegido por essa Medida Provisória. Qualquer interpretação que dê imunidade a agentes públicos por atos ilícitos ou de improbidade fica desde logo excluída. Os atos de

ADI 6421 MC / DF

improbidade, como visto, são regidos por legislação específica e têm jurisprudência também específica já firmada no Superior Tribunal de Justiça.

27. Dito isso, passo, então, para os parâmetros que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado nas questões relacionadas à proteção da vida e da saúde. De acordo com a jurisprudência consolidada nesta Corte, tais questões – assim como aquelas atreladas ao meio ambiente – devem observar *standards* técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Ainda de acordo com o entendimento do STF, a Organização Mundial de Saúde é uma autoridade abalizada para dispor sobre tais standards[10]. Confira-se:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.055/1995. EXTRAÇÃO, INDUSTRIALIZAÇÃO, UTILIZAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E TRANSPORTE DO ASBESTO/AMIANTO E DOS PRODUTOS QUE O CONTENHAM. AMIANTO CRISOTILA. LESIVIDADE À SAÚDE HUMANA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. [...]. MÉRITO. AMIANTO. VARIEDADE CRISOTILA (ASBESTO BRANCO). FIBRA MINERAL. CONSENSO MÉDICO ATUAL NO SENTIDO DE QUE A EXPOSIÇÃO AO AMIANTO TEM, COMO EFEITO DIRETO, A CONTRAÇÃO DE DIVERSAS E GRAVES MORBIDADES. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. RECONHECIMENTO OFICIAL. PORTARIA Nº 1.339/1999 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. RISCO CARCINOGENICO DO ASBESTO CRISOTILA. [...]. PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE HUMANA. CONVENÇÕES NºS 139 E 162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU

ADI 6421 MC / DF

DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SUPRALEGALIDADE. COMPROMISSOS INTERNACIONAIS. [...]. 2. O consenso médico atual identifica, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto. A Portaria nº 1.339/1999 do Ministério da Saúde imprime reconhecimento oficial à relação de causalidade entre a exposição ao asbesto ou amianto, inclusive da variedade crisotila, e as seguintes doenças: neoplasia maligna do estômago, neoplasia maligna da laringe, neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão, mesotelioma da pleura, mesotelioma do peritônio, mesotelioma do pericárdio, placas epicárdicas ou pericárdicas, asbestose, derrame pleural e placas pleurais. 3. **Posição oficial da Organização Mundial da Saúde – OMS no sentido de que: (a) todos os tipos de amianto causam câncer no ser humano, não tendo sido identificado limite algum para o risco carcinogênico do crisotila; (b) o aumento do risco de desenvolvimento de câncer tem sido observado mesmo em populações submetidas a níveis muito baixos de exposição; (c) o meio mais eficiente de eliminar as doenças relacionadas ao mineral é eliminar o uso de todos os tipos de asbesto.** 4. Risco significativo de exposição presente não apenas na cadeia produtiva do amianto, mas também para familiares que vivem com trabalhadores desse setor, para a população nas proximidades de minas e indústrias de amianto, para a população consumidora de produtos finais contendo amianto na composição e para pessoas expostas a rejeitos ou descartes de materiais contendo amianto. Quadro justificador da adoção de instrumentos normativos, nos planos doméstico e internacional, voltados ao controle e eliminação progressiva do uso do amianto. 5. Limites da cognição jurisdicional. Residem fora da alçada do Supremo Tribunal Federal os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato, acessíveis pela investigação técnica e científica, como a nocividade ou o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila e a viabilidade da sua exploração econômica segura. **A tarefa da**

ADI 6421 MC / DF

Corte – de caráter normativo – há de se fazer inescapavelmente embasada nas conclusões da comunidade científica – de natureza descritiva. Questão jurídica a decidir: se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual, a exploração do amianto crisotila, na forma como autorizada pela Lei nº 9.055/1995, é compatível com a escolha política, efetuada pelo Poder Constituinte, de assegurar, a todos os brasileiros, os direitos à saúde e à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. [...]. (ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017, grifou-se)

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, **desprezou norma técnica mundialmente aceita**. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes. [...]. 4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado. 5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, **não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009**. 6. Recurso extraordinário provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência. (RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016, grifou-se)

ADI 6421 MC / DF

28. Em sentido análogo, a Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, determinou que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

29. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda, que em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, as decisões adotadas pelo Poder Público sujeitam-se aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor da saúde da população. Em português mais simples, significa que, se há alguma dúvida, não pode fazer. Se há alguma dúvida sobre o impacto real que uma determinada substância, um determinado produto, ou uma determinada atuação vai provocar na saúde e na vida das pessoas, o princípio da precaução e o princípio da prevenção recomendam a autocontenção. Confira-se a jurisprudência da Corte:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. MEDIDAS DE CONTENÇÃO DAS DOENÇAS CAUSADAS PELO AEDES AEGYPTI. [...]. INAFASTABILIDADE DA APROVAÇÃO PRÉVIA DA AUTORIDADE SANITÁRIA E DA AUTORIDADE AMBIENTAL COMPETENTE. ATENDIMENTO ÀS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE, AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO.

1. Apesar de submeter a incorporação do mecanismo de dispersão de substâncias químicas por aeronaves para combate ao mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika à autorização da autoridade

ADI 6421 MC / DF

sanitária e à comprovação de eficácia da prática no combate ao mosquito, **o legislador assumiu a posituação do instrumento sem a realização prévia de estudos em obediência ao princípio da precaução**, o que pode levar à violação à sistemática de proteção ambiental contida no artigo 225 da Constituição Federal.

2. A previsão legal de medida sem a demonstração prévia de sua eficácia e segurança pode violar os princípios da precaução e da prevenção, se se mostrar insuficiente o instrumento para a integral proteção ao meio ambiente equilibrado e ao direito de todos à proteção da saúde.

3. O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica, a revelar a necessidade de transferência do lócus da decisão definitiva para o campo técnico, revela-se no reconhecimento de que a lei, se ausentes os estudos prévios que atestariam a segurança ambiental e sanitária, pode contrariar os dispositivos constitucionais apontados pela Autora em sua exordial, necessitando, assim, de uma hermenêutica constitucionalmente adequada, a assegurar a proteção da vida, da saúde e do meio ambiente.” (ADI 5292, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, , j. 11.02.2019, grifou-se)

“Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. [...].

2. O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. 3.

ADI 6421 MC / DF

Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública. [...]” (RE 627.189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016, grifou-se)

30. Portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já oferece alguns marcos a nos guiarem na solução do problema que aqui se põe. Em primeiro lugar, nós já assentamos que os consensos médicos e científicos são decisivos. Em segundo, afirmamos o respeito aos princípios da precaução e da prevenção. Os mesmos critérios de observância de consensos técnicos e científicos aplicam-se, igualmente, à verificação da ocorrência de erro grosseiro ou dolo, no que respeita às medidas econômicas voltadas ao combate aos efeitos da pandemia.

31. Passando, então, à aplicação de tais orientações ao caso concreto, faço uma observação que considero muito relevante e que é um tema sobre o qual nós precisamos refletir no Brasil. Há complexidades e sutilezas envolvidas na presente discussão. É que há dois extremos que são muito ruins, seja para a Administração Pública, seja para o bem comum. Num extremo, estão os agentes públicos incorretos, que não desprezam uma oportunidade sequer para levar alguma vantagem indevida diante de qualquer situação – e a imprensa já tem divulgado episódios de malversação de recursos públicos enquanto pessoas morrem aos milhares. No outro extremo, existe o risco de o administrador correto ter medo de decidir o que precisa ser decidido por temor de retaliações duras, por temor de que, ao assistirem ao videoteipe, percebam-se coisas que, no calor da decisão, no meio da fumaça e da espuma, não era possível de se ver com clareza. Qualquer um desses dois extremos é muito ruim – 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.

ADI 6421 MC / DF

32. À vista de tais considerações, concluo que não há um problema no texto em si da Medida Provisória, a exigir uma intervenção invalidatória que suprima do ordenamento jurídico algumas das suas passagens. Não há, a meu ver, em juízo cautelar, nada de intrinsecamente errado em restringir-se ao erro grosseiro, como quis o legislador, com todas as vênias dos entendimentos contrários. O problema estará na qualificação do que seja erro grosseiro. Portanto, penso que essa é a intervenção que precisamos fazer.

33. Nessas condições, a consideração sobre: (i) standards e evidências técnico-científicas, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) sobre a observância dos princípios da precaução e da prevenção constituem critérios inafastáveis para a adoção de decisões a respeito de temas que envolvam a proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente. A desconsideração de tais critérios por opiniões técnicas constitui indício de erro grosseiro e de culpa grave. Em razão disso, as autoridades às quais compete decidir devem exigir que toda e qualquer opinião técnica sobre o tema explicita tais standards e evidências, bem como esclareça acerca da observância dos princípios da precaução e da prevenção. A não exigência de tais elementos torna a autoridade corresponsável pelos danos decorrentes da decisão, por faltar com dever de diligência imprescindível a lidar com bens de tamanha relevância. Nesse sentido, vale anotar que o dever de diligência e de cuidado da autoridade é proporcional à relevância dos bens em jogo e à gravidade da situação que lhe é dada enfrentar.

34. Logo de início, excluí da incidência da medida provisória os atos capituláveis na Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, essa medida provisória não beneficia nenhum agente público que tenha praticado ato de improbidade administrativa ou que responda pela prática de ato de improbidade administrativa. Para isso, existe legislação

ADI 6421 MC / DF

e jurisprudência específicas. Além dessa exclusão, que já decorre da lógica do sistema, impõem-se ainda algumas outras a serem implementadas pela técnica da interpretação conforme a Constituição de dois dispositivos da Medida Provisória 966/ 2020.

35. A interpretação conforme a Constituição consiste em uma técnica de decisão que mantém a norma em vigor, não lhe retira a validade, mas exclui expressamente algumas interpretações, algumas leituras, que eram possíveis de serem feitas à luz do seu texto, mas que são incompatíveis com a Constituição. Portanto, interpretar conforme a Constituição significa manter o texto, mas eliminar algumas possibilidades de sentido daquela norma.

36. Assim, o art. 2º da MP 966/2020, que dispõe sobre a figura do erro grosseiro, deve receber interpretação conforme a Constituição, a fim de que se estabeleça que, na análise de ocorrência de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Na mesma linha, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade competente deve exigir que a opinião técnica com base na qual decidirá trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

37. Desse modo, a verossimilhança do direito alegado está presente, dada a necessidade de conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 1º e 2º da MP 966/2020. O perigo na demora, a seu turno, está presente dado o contexto da pandemia e a relevância de se

ADI 6421 MC / DF

criar uma estrutura adequada de incentivos para a atuação dos agentes públicos.

CONCLUSÃO

38. Por todo o exposto, defiro parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Confiro, ainda, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

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

40. Essa foi, na minha visão, a solução equilibrada que não

ADI 6421 MC / DF

derruba a Medida Provisória, mas exclui, da sua interpretação, sentidos que poderiam ser violadores dos deveres de proteção à vida e à saúde das pessoas.

41. É como voto.

Notas:

[1] Sobre o tema e suas complexidades, v. Gustavo Binbenbojm; André Cyrino. O art. 28 da LNDB: A cláusula geral do erro administrativo. *Rev. Direito Administrativo*, p. 203-224, nov. 2018. V., ainda, excepcional trabalho de Pedro de Hollanda Dionísio. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

[2] World Health Organization. Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). Disponível em: <https://bit.ly/2WCrM4a><https://bit.ly/2WCrM4a>.

[3] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. COVID-19: Painele Coronavírus, Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 18 maio 2020.

[4] COVID-19 Dashboard by de Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU). Disponível em: <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6><https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em 18 maio 2020.

[5] Gonzalo Vecina, O fim da pandemia, *O Estado de S. Paulo*,

ADI 6421 MC / DF

20.05.2020. Disponível em : <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,o-fim-da-pandemia,70003308334>.

[6] Lu Aiko Otta. Fabio Graner. PIB deve cair 4,7% em 2020, prevê Ministério da Economia. Valor Investe, Brasília, 13.05.2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2020/05/13/pib-deve-cair-470percent-em-2020-preve-ministerio-da-economia.ghtml>. Banco Mundial prevê queda de 5% do PIB do Brasil este ano. Agência Brasil, 13.04.2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/banco-mundial-preve-queda-de-5-do-pib-do-brasil-este-ano>. Acesso em 18 maio 2020.

[7] O debate sobre a autonomia dos entes locais para estabelecer tais medidas encontra-se retratado nas ADIs 6.341 e 6.343.

[8] Martha Cecília Suárez-Mutis. Nota Técnica: Orientações sobre o uso da Cloroquina para tratamento de pacientes infectados com SARS-CoV-2, agente etiológico da Covid-19. Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/orientacoes_sobre_a_cloroquina_nota_tecnica_.pdf. Acesso em 18 maio 2020.

[9] Bruna Lima; Maria Eduarda Cardim. Bolsonaro jogará assinatura de protocolo da cloroquina no colo de militar. *Correio Braziliense*, 15.05.2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/15/interna_politica,855303/bolsonaro-jogara-assinatura-de-protocolo-da-cloroquina-no-colo-de-mili.shtml; Gustavo Maia. Bolsonaro diz que protocolo do Ministério da Saúde sobre cloroquina deve ser alterado nesta sexta. *O Globo*, 15.05.2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/bolsonaro-diz-que-protocolo-do-ministerio-da-saude-sobre-cloroquina-deve-ser-alterado->

ADI 6421 MC / DF

nesta-sexta-1-24428437. Acessos em 18 maio 2020.

[10] A Constituição da OMS estabelece, em seu art. 21, que a Organização, por meio da sua Assembleia (Health Assembly) tem autoridade para estabelecer regulações concernentes a: (i) exigências sanitárias e de quarentena e outros procedimentos voltados a evitar a o contágio internacional de doenças; (ii) standards relacionados à segurança, pureza e efetividade de produtos biológicos, farmacêuticos e similares no comércio internacional. O art. 22 estabelece que as regulações estabelecidas nos termos do art. 21 devem ser adotadas pelos Estados membros tão logo notificados a seu respeito. O art. 15 das Regulações Internacionais sobre Saúde (International Health Regulations) de 2005 prevê a competência do Diretor Geral da OMS para expedir recomendações temporárias voltadas ao enfrentamento de situações de emergência de saúde. O art. 43 da mesma norma estabelece que medidas adicionais àquelas recomendadas pela OMS, eventualmente adotadas pelos Estados, devem se basear em: (i) princípios científicos; (ii) evidências científicas de risco para a saúde humana, bem como informações disponíveis na OMS e demais organizações internacionais; (iii) diretrizes e recomendações específicas da OMS. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf;jsessionid=720E45BE2C44F0D977F2E24710B3327C?sequence=1>. Acesso em: 18 maio 2020. Sobre o papel da OMS no enfrentamento a epidemias e no combate ao COVID-19, v. Armin von Bogdandy e Pedro A. Villarreal. *International Law on Pandemic Response: a First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, MPIL Research Paper Series, n. 2020-07.

20/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -
CANCELADO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Ministro Lewandowski, eu agradeço a oportunidade de explicitar. É o problema de a gente fazer o voto oral e não lido, que nós todos enfrentamos aqui e ali.

Eu digo, Ministro Ricardo Lewandowski, expressamente no meu voto, sem margem à dúvida, o seguinte:

Na mesma linha, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º, § 1º, da Medida Provisória nº 966, de 2020, para explicitar que também àqueles dois incisos do § 1º se aplicam esses mesmos mandamentos de interpretação conforme.

Portanto, exatamente na linha que Vossa Excelência preconiza, está o meu voto nesse particular.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -
CANCELADO**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.421

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERISSIMO (46534/DF) E
OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que: a) deferia parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; b) conferia, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º, § 1º, da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e c) firmava as seguintes teses: "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos", o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Bruno Lunardi Gonçalves; e, pelo interessado, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Novamente, boa tarde, aproveito esse início, Presidente, para parabenizá-lo pela otimização das sessões virtuais, pela ampliação da possibilidade de participação também dos advogados com maior transparência, maior celeridade. E os números que Vossa Excelência apresentou, no início da sessão, demonstram o acerto dessa aposta, eu diria, também na tecnologia.

Cumprimento a Ministra Cármen, a Ministra Rosa novamente, todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Vice-Procurador-Geral, Doutor Humberto Jacques de Medeiros; cumprimento também o Professor José Levi do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União, cumprimentando pela sustentação oral, agradecendo pelos votos; e, também, cumprimentando pelas sustentações orais, o Doutor Paulo Machado Guimarães, o Doutor André Maimoni e o Doutor Bruno Gonçalves.

Também, Presidente, não poderia deixar fazer um cumprimento especial ao Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que não só nos trouxe os argumentos jurídicos, mas também argumentos econômicos, argumentos de saúde pública, ou seja, possibilitou que o Plenário tivesse uma visão ampla do que tratado ontem, e que nós encerraremos, quiçá hoje, com a análise dessas sete ações diretas de inconstitucionalidade, sete análises de medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade.

Rememoro aqui em brevíssimo resumo que as sete ações diretas, somadas todas, têm por objeto a Medida Provisória nº 966, de 2020; o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, a LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 13.655, de 2018; e ainda os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830, de 2019, que regulamentaram a Lei de

ADI 6421 MC / DF

Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Em especial, a Medida Provisória nº 966 dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia da covid-19.

O art. 28, já citado de uma forma mais ampla, analisa a responsabilidade geral do agente público, por decisões ou opiniões técnicas, e é regulamentado pelo citado decreto.

As alegações principais dos requerentes, também relatadas pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso, vêm detalhadas. Em primeiro lugar, uma inconstitucionalidade formal, haveria aqui ausência de relevância e urgência, requisitos do art. 62 para edição de medidas provisórias.

Em segundo lugar, no tocante à inconstitucionalidade material, diversos autores apontam que a Constituição exige tão somente culpa ou dolo para a configuração da responsabilidade, ao passo que o erro grosseiro limitaria essas hipóteses constitucionais previstas para a responsabilização.

Apontam também que, de acordo com o princípio republicano, as autoridades públicas que lidam com bens coletivos devem sujeitar-se à responsabilidade e que a norma minimizaria a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade.

Há também alusão à questão da indenização, em caso de dano, ou ferimento dos art. 5º, incisos V, X, XXIV, XXV e LXXV, bem como à garantia de inafastabilidade da jurisdição, separação de poderes, ao devido processo legal e à autonomia dos entes federativos.

Por fim - dizem os requerentes -, em virtude da gravidade do tema, durante o agravamento da pandemia, haveria necessidade da concessão da medida cautelar para afastar ou suspender a eficácia integral da medida.

Feito esse relatório, Presidente, Ministras e Ministros, inicio, assim como fez o eminente Ministro-Relator, delimitando o objeto e o alcance da decisão.

Acompanho, nesse sentido, integralmente o eminente Ministro-

ADI 6421 MC / DF

Relator Luís Roberto Barroso, pois também a mim parece que a justificativa necessária para apontar o *periculum in mora*, o perigo da demora - sabemos todos, requisito essencial para a análise das medidas cautelares -, diz respeito, direta e imediatamente, à pandemia da covid-19, e, conseqüentemente, aos efeitos que o regime de responsabilização, por ação ou omissão de agentes públicos, possa causar sobre a adoção de medidas urgentes para a proteção à vida, à saúde e -acrescento - à própria subsistência da população. O cenário, muito bem apontado pelo eminente Ministro-Relator, que levou à edição dessa medida provisória é a tentativa de se evitar o receio e, em consequência, o bloqueio, na hora da tomada de medidas e decisões urgentes pelos gestores públicos, por medo de responsabilização futura, diante de decisões tomadas na incerteza de medidas técnicas, na incerteza da pandemia da covid-19.

Então, logicamente, parece-me correto analisar a medida cautelar sob esse ângulo. Ou seja, também restrinjo a apreciação da medida cautelar ao texto da Medida Provisória nº 966, de 2020, por ser efetivamente a norma que trata da responsabilidade dos agentes públicos por atos relacionados ao combate à pandemia, deixando a análise mais profunda das demais normas impugnadas, principalmente o art. 28, para o exame do mérito, quando o Plenário se debruçará mais profundamente.

Em relação à inconstitucionalidade formal, também entendo que estão presentes os requisitos de relevância e urgência para a edição da medida provisória previstos no art. 62 da Constituição.

Sabemos nós que o Supremo Tribunal Federal, há um bom tempo, já fixou posicionamento de que só excepcionalmente o Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, deve ingressar na seara da análise dos requisitos da relevância e urgência. Esses requisitos, primeiramente, são analisados pelo Chefe do Executivo, pelo Presidente da República, na edição da medida provisória, e, durante o prazo previsto pela Constituição - 60 mais 60 dias -, esses requisitos serão analisados, no primeiro momento, pela Comissão Mista e, no segundo momento, pelo próprio Plenário da Câmara e do Senado Federal.

Obviamente, o Supremo assim se coloca excepcionalmente. No caso

ADI 6421 MC / DF

de flagrante inconstitucionalidade e teratologia, o Supremo Tribunal Federal deve realizar a análise. Não é, a meu ver, o que ocorre na presente hipótese. Não se demonstra aqui ser uma hipótese excepcionalíssima que permitiria ao Supremo Tribunal Federal a análise ou o afastamento desses requisitos da relevância e urgência. Afasto, então, a questão da inconstitucionalidade formal.

No tocante às inconstitucionalidades materiais apontadas, inicio a análise da matéria recordando que a regra em uma República é a possibilidade plena de responsabilização dos agentes públicos. Essa regra, seja em virtude do próprio princípio republicano inserido na Constituição, seja em virtude de regras específicas também no Texto Constitucional, é a responsabilização. Excepcionalmente há possibilidade de excludentes de responsabilidade.

E volto a insistir, isso deriva tanto da questão principiológica da Constituição, do princípio republicano, da própria ideia de República, quanto de regras específicas. Cito aqui os arts. 70 e 71 da Constituição Federal, que preveem a fiscalização e responsabilização de agentes públicos perante o Congresso Nacional e os Tribunais de Contas. E cito o art. 37 da Constituição Federal, que traz regras aplicáveis - princípios, preceitos e regras - a toda Administração Pública, no âmbito dos três Poderes e dos três níveis de Federação.

Esses artigos, tanto 70 e 71 quanto o art. 37, especialmente, estabelecem, a meu ver, os limites de amplitude da responsabilidade dos agentes públicos na República. Em especial, o art. 37, § 3º, III, §§ 4º, 5º e 6º estabelecem, a meu ver, parâmetros mínimos e obrigatórios a serem respeitados pelo legislador na edição das leis referentes à responsabilização dos agentes públicos. E aqui esses parâmetros devem ser respeitados pelo legislador. Excepcionalmente esse legislador é o próprio Presidente da República na edição de medidas provisórias, e também a ele esses parâmetros se apresentam. E também são obrigatórios no exercício da função interpretativa do Poder Judiciário, que deve levar em conta esses verdadeiros vetores de interpretação em relação a esta matéria de responsabilização, ou responsabilidade, *lato sensu*, dos agentes

ADI 6421 MC / DF

públicos na República, de acordo com a Constituição.

Obviamente, isso já foi muito bem detalhado pelo eminente Ministro-Relator, afastada aqui a questão da responsabilidade penal, que não consta da Medida Provisória nº 966, de 2020 - nem poderia constar, como bem recordou o professor Levi, Advogado-Geral da União, pois há expressa vedação constitucional para edição de medidas provisórias em matéria penal -, para solucionar a análise da medida provisória, identifiquei quatro vetores constitucionais obrigatórios em relação à responsabilização dos agentes públicos. Com maior ou menor discricionariedade, o legislador, o próprio Presidente, na adoção de medidas provisórias, deve segui-los, mas são quatro vetores, a meu ver, constitucionais obrigatórios nessa matéria de responsabilização de agentes públicos.

O primeiro deles deriva dos arts. 70 e 71 da Constituição. Se nós formos aos arts. 70 e 71 da Constituição, nós vamos verificar que a possibilidade de fiscalização e consequente responsabilização de agentes públicos pelo gasto do dinheiro público, pela utilização da *res publica*, nesses arts. 70 e 71, tem substrato constitucional.

O art. 70 diz: "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

Mas vai mais. O art. 71 é específico, é cirúrgico quando diz - e o que leio em relação à União o art. 75 manda aplicar em relação aos Estados e Municípios pelos tribunais de contas estaduais e, no caso dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, pelos ainda existentes e remanescentes da ordem constitucional anterior, tribunais de contas municipais de São Paulo e do Rio de Janeiro: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração

ADI 6421 MC / DF

direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público"

E durante a disciplina do art. 71, prevê a possibilidade de instrumentalização dessa função.

Então, aqui, esse primeiro vetor constitucional obrigatório na matéria de responsabilização me faz entender que a Medida Provisória nº 966, de 2020, não se refere e não se aplica a essa forma de fiscalização do Tribunal de Contas. As previsões de responsabilidade civil e administrativa do art. 1º da Constituição excluem, por ter substrato eminentemente constitucional, a atuação do Tribunal de Contas, previsto no art. 71, e, por extensão do art. 75, previsto para Estados e Municípios. Então, essa simetria também é aplicável aos Estados, tribunais de contas estaduais, e aos dois Municípios.

E por que já coloco expressamente a exclusão desse primeiro vetor obrigatório de aplicação na questão de responsabilização? Porque o art. 1º da Medida Provisória diz: "Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa..."

Podendo, eventualmente, aqui, "somente" causar uma insegurança jurídica em relação a essa fiscalização exercida pelos tribunais de contas. Então, já excluo a fiscalização existente nos tribunais de contas.

O segundo e importantíssimo vetor obrigatório de aplicação na questão da responsabilização civil e administrativa dos gestores públicos, dos servidores públicos e agentes *lato sensu*: foi feita uma distinção histórica, pela primeira vez constante num texto constitucional, entre as clássicas responsabilidades civil e administrativa de agentes públicos, de um lado, e a responsabilidade civil específica por atos de improbidade administrativa estabelecida no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, de outro.

Essa diferenciação, devo dizer, já foi feita ontem no voto do eminente Ministro Roberto Barroso ao afastar da incidência da medida provisória a questão da improbidade administrativa, mas é sempre importante

ADI 6421 MC / DF

recordar que a Constituição Federal de 1988 inaugurou a questão da divisão específica entre a responsabilidade civil e administrativa por atos ilícitos em geral e a responsabilidade pela ilegalidade qualificada por corrupção. Pela primeira vez, num texto constitucional, constou a terminologia "ato de improbidade administrativa" e a previsão específica da necessidade de uma lei para tipificar, definir os tipos e as consequências do ato de improbidade administrativa.

O legislador constituinte, no § 4º do art. 37, aperfeiçoou o combate à corrupção no serviço público. Essa foi - não tenho nenhuma dúvida - uma grande preocupação, uma acertada preocupação do legislador constituinte ao estabelecer, não só no art. 37 inteiro, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e a seus agentes, mas prevendo especificamente a possibilidade de responsabilização e de aplicação de gravíssimas sanções pela prática de ilícitos civis - não há dúvida de que o ato de improbidade é um ilícito de natureza civil -, mas de ilícitos civis qualificados, em que a ilicitude e a ilegalidade são qualificadas pela prática de corrupção, a improbidade administrativa, e, logicamente, a exigir lei específica - e a lei existe - para o seu combate.

Então, aqui, também entendo que esse é um comando constitucional obrigatório ao legislador, ao administrador, ao Judiciário. Não é possível que se aplique a medida provisória, que é uma norma genérica, para a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos em relação a uma norma específica que prevê algo diverso, algo mais grave, algo voltado especificamente para a corrupção.

Assim, neste caso, como também o fez o eminente Ministro Roberto Barroso, eu afasto a possibilidade de aplicação da medida provisória aos atos de improbidade administrativa, porque a própria Constituição estabeleceu uma punição mais severa à chamada ilegalidade qualificada, que exige lei expressa, e essa lei existe. Trata-se, portanto, de matéria disciplinada em lei específica e, conseqüentemente, também não contida na amplitude da regulamentação proposta pela Medida Provisória nº 966, de 2020.

Há aqui também um terceiro vetor constitucional obrigatório na

ADI 6421 MC / DF

regulamentação e interpretação da responsabilidade civil administrativa, que diz respeito ao art. 37, § 6º. E, na sustentação oral, foi dito, salvo engano, pelo próprio Advogado-Geral da União, que não é disso que trata a medida provisória, da questão do direito de regresso da responsabilidade objetiva da União, ou do Poder Público.

A Constituição Federal prevê - e foi um avanço também em relação às disciplinas constitucionais anteriores - 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 - teoria do risco administrativo -, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, há esse vetor obrigatório constitucional de que a responsabilidade é objetiva - teoria do risco administrativo - em relação ao ente, assegurando a responsabilidade ou o direito de regresso por responsabilidade subjetiva, nesse caso, nos casos de dolo ou culpa, como já assentado - e cito no voto, mas não quero cansá-los - em diversos julgamentos desta Corte.

E o quarto vetor constitucional obrigatório - e me parece que é a isso que se refere a medida provisória - é uma previsão genérica. Vejam, além do princípio republicano que, como regra, determina que todos devem ser responsabilizados na República, os agentes públicos, há uma previsão genérica, no § 5º do art. 37, que exige a edição de lei que estabeleça prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente.

Por que me refiro a essa previsão? É até uma previsão subsidiária, de caráter mais genérico. Porque não se confunde, a meu ver, obviamente, nem com a responsabilização prevista a partir da análise dos tribunais de contas, nem com a responsabilização por ato de improbidade administrativa, nem com o chamado direito de regresso.

Aqui a exigência que a Constituição faz é para que haja uma disciplina de responsabilização civil e administrativa relacionada às próprias condutas comissivas ou omissivas do servidor público. Então, o servidor público que pratica atos ilegais que não chegam a constituir eventualmente improbidade administrativa, mas são ilícitos, acarretam prejuízos, deve responder também pessoalmente.

ADI 6421 MC / DF

Então, aqui digo que se trata também de uma previsão específica. E nessa previsão, na responsabilização genérica, não há dúvidas de que a Constituição concedeu uma maior discricionariedade ao legislador, como, no caso de medidas provisórias, ao próprio Presidente da República, dependendo, obviamente, da aprovação pelo Congresso Nacional, mas concedeu uma maior discricionariedade tanto para definir as condutas como para exigir dolo, ou exigir culpa, ou prever a existência de culpa grave, culpa leve, culpa levíssima. Aí realmente há uma maior discricionariedade do legislador, seja, de forma definitiva, o Congresso Nacional, seja, provisoriamente, o próprio Presidente da República, na edição de medidas provisórias.

Com base nesses quatro vetores - e com isso fiz questão de citar esses quatro vetores obrigatórios, a meu ver, na matéria de responsabilidade de agentes públicos na República perante a Constituição Federal -, eu concluo aqui a análise da concessão da medida liminar. E peço vênia ao eminente Ministro-Relator, porque vou um pouco mais além na concessão da medida liminar. Eu não diria que é propriamente uma divergência, porque, principalmente em um dos pontos, Sua Excelência o Ministro-Relator fundamentou da mesma maneira ou de maneira muito semelhante à que faço agora, mas entendo que, por uma questão de segurança jurídica, há necessidade de uma suspensão específica, mas, então, como disse, peço vênia para ir um pouco mais além na concessão da cautelar.

Início acompanhando Sua Excelência na interpretação conforme a Constituição ao art. 1º, § 1º, da Medida Provisória nº 966, assim como na interpretação conforme ao art. 2º da mesma Medida Provisória, com as teses enunciadas por Sua Excelência. Aqui novamente o parabenizo não só pela fundamentação e argumento jurídicos, mas pela simplicidade que trouxe de um tema extremamente complexo, ou seja, delimitando todas as importantes questões.

Entendo, assim como Sua Excelência o eminente Ministro-Relator Roberto Barroso, que, diante de todas as considerações, de todas as questões trazidas pela pandemia da covid-19, há necessidade de

ADI 6421 MC / DF

observância de *standards*, como disse Sua Excelência, de evidências técnicas-científicas, inclusive, aquelas adotadas pela OMS e demais organizações.

A observância dos princípios da precaução e da prevenção, que constituem aqui, no caso, critérios inafastáveis para a adoção de decisões a respeito de temas que envolvem a proteção à vida, à saúde, ao meio ambiente, ou seja, a desconsideração de tais critérios, como ressaltou Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, por opiniões técnicas, constitui vício de erro grosseiro e de culpa grave.

Então, não só acompanho Sua Excelência na interpretação conforme que deu a esses dois dispositivos, mas também na justificativa em relação à necessidade da observância da ciência, da observância de critérios técnicos.

Em que pese a incerteza existente na pandemia, pela novidade da covid-19, em que pese a incerteza derivada de uma situação nunca vista nos últimos cem anos no mundo, em que pese isso, há conceitos científicos que estão sendo trabalhados, há a ciência e a pesquisa para balizar exatamente os gestores públicos. E isso deve ser levado em conta, como Sua Excelência bem citou em seu voto na interpretação conforme.

Agora vou um pouco mais além e suspendo parcialmente a eficácia do art. 1º, dando uma declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto, retirando do art. 1º o termo "somente". Exatamente em virtude das considerações que fiz, parece-me que poderia causar insegurança jurídica a manutenção dessa obrigatoriedade de que os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados na esfera civil e administrativa.

Disse que não chega, como matéria de fundo, a ser propriamente uma divergência com o eminente Ministro-Relator, porque ele também afastou a questão de improbidade administrativa, essas questões específicas. E pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator, parece-me que garantiria uma maior segurança jurídica, seja para os próprios gestores públicos, seja por parte dos órgãos de fiscalização, suspender a eficácia desse "somente", ou seja, nós estaríamos compatibilizando o *caput* do art.

ADI 6421 MC / DF

1º da Medida Provisória, tanto com os arts. 70 e 71 da Constituição Federal - a fiscalização e responsabilização específica realizadas pelos tribunais de contas - quanto também o § 4º do art. 37 - a responsabilização civil por ato de improbidade administrativa que é estabelecida por lei específica.

Além disso, concedo a cautelar para suspender integralmente a eficácia do inciso II do art. 1º da Medida Provisória, uma vez que me parece extremamente grave e que não guarda razoabilidade com a regra constitucional a que me referi. A regra constitucional, numa República, é a responsabilização do agente público.

O referido inciso, ao estabelecer uma verdadeira excludente de ilicitude civil-administrativa, extremamente genérica, assentando que somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem por dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados direta ou indiretamente com as medidas de combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19, parece-me que aqui transforma a excepcionalidade, que é a não responsabilização, na regra. O inciso I já prevê essa forma diferenciada de responsabilização às medidas e atos que direta ou indiretamente tenham relação com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia.

Ora, no momento em que o inciso II acaba permitindo que a prática de atos relacionados, inclusive, indiretamente com as medidas de combate aos efeitos econômicos ou sociais, parece-me que aqui a cláusula é extremamente genérica e estabelece uma verdadeira excludente de ilicitude civil e administrativa absolutamente genérica, que se perpetuaria muito além da própria pandemia.

Vejam, o que é o efeito indireto econômico da pandemia? Com certeza, haverá um efeito indireto econômico da pandemia que durará dois, três, quatro anos, uma década. Como apurar a responsabilização em relação a isso?

Essa cláusula do inciso II é extremamente aberta, não guardando, a meu ver, razoabilidade em virtude da ausência de proporcionalidade, em

ADI 6421 MC / DF

virtude de ausência de adequação e da própria prudência em se manter a regra de responsabilização, porque vai tanto de efeitos econômicos, efeitos econômicos indiretos, sem uma maior especificação, quanto a efeitos sociais; ou seja, isso pode vir a justificar tanto medidas relacionadas a planos econômicos, quanto medidas relacionadas à segurança pública, pelos efeitos sociais causados.

Nós estaríamos aqui a permitir uma cláusula tão aberta e que se perpetuaria ao longo dos anos, que, a meu ver, volto a dizer, com todo respeito às posições em contrário, inverteria a ordem, inverteria a lógica do que é regra, que é a responsabilização, nós transformaríamos em exceção, porque tudo, pelo pensamento lógico, a partir de agora, nos próximos anos, tudo, todas as medidas terão alguma ligação, terão algum nexo com os efeitos gerados pela pandemia. O mundo hoje só toma medidas relacionadas à pandemia. Então, não há aqui aquela excepcionalidade que permite, a meu ver, um novo tratamento de responsabilização.

Parece-me que o inciso I, ao prever práticas de atos relacionados direta ou indiretamente com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública, englobaria o razoável, o proporcional, o prudente, o necessário no combate à pandemia.

O inciso II, a meu ver, já entraria numa zona extremamente cinzenta de excludente de ilicitude civil e administrativa, extremamente perigosa a impossibilitar a plena fiscalização do dinheiro público.

Em conclusão, Senhor Presidente, concedo a medida cautelar, em maior extensão que o eminente Ministro-Relator, parcialmente para suspensão parcial com redução de texto, exatamente suspensão da eficácia do *caput* do art. 1º, excluindo-se o termo "somente"; ou seja, a suspensão parcial com redução de texto do termo "somente".

Acompanho o eminente Relator na interpretação conforme a Constituição, tanto do § 1º do art. 1º, quanto do art. 2º, nos exatos termos de Sua Excelência, e suspendo integralmente a eficácia do inciso II do art. 1º da Medida Provisória.

É o voto, Presidente.

21/05/2020**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Presidente, um breve comentário. O Ministro Alexandre e eu não estamos em divergência na parte substantiva - vamos dizer assim -, que considero a mais importante: a exclusão de matéria penal - até porque a medida provisória não alcançaria a exclusão de improbidade e de atos ilícitos.

Temos uma pequena divergência relativamente ao inciso II, que fala do combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia. Em meu voto, concentrei-me nas questões associadas ao direito à vida e à saúde pública, daí ter assentado aquelas teses. Relativamente ao combate aos efeitos econômicos, não considerei inconstitucional, porque, a meu ver, esse dispositivo é legitimado pelo art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O que diz o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro? "Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro."

Responderá pessoalmente, portanto, o ente público, a União, o estado e o município continuam respondendo objetivamente, ou seja, culpa ou não culpa, mas o agente público só responde pessoalmente por dolo ou erro grosseiro. Essa é a regra geral no Direito brasileiro, estabelecida por esse artigo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segundo muitos autores, essa norma tem, inclusive, existência materialmente constitucional, porque a Lei de Introdução não disciplina situações concretas. Ela tem normas de direito intertemporal, normas que resolvem conflitos espaciais, normas de hermenêutica e normas de cooperação jurídica internacional. A regra do inciso II, a meu ver, reproduz o art. 28 para dizer que se exige dolo ou erro grosseiro. A preocupação desse dispositivo do art. 28 - e eu acompanhei um pouco a elaboração dessa lei, feita por ilustres juristas - foi proteger o

ADI 6421 MC / DF

administrador idôneo que, muitas vezes, tem que tomar decisões em situações de indefinição, em situações complexas. O que acontece no mundo real? Pessoas honestas e idôneas deixam o poder público e respondem, por anos a fio, a dezenas de ações populares e ações civis públicas. Ainda do meu tempo de advocacia, o ex-Ministro da Fazenda Pedro Malan respondeu a diversas ações, o ex-Presidente do Banco Central Armínio Fraga respondeu a diversas ações, Gustavo Franco respondeu a diversas ações. Procurou-se criar critério que fosse além da culpa aferível muitos anos depois. Protege-se o administrador, exigindo que o erro seja grosseiro, excluído o ato ilícito, criminal ou de improbidade. Quando o inciso II prevê combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia covid-19, não tem a ver com as ressalvas de proteção à vida e à saúde que fiz em meu voto - nessa parte acompanhado pelo Ministro Alexandre. Não me pareceu bem invalidar o inciso II, porque entendo que ele está na regra geral do art. 28 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, que de fato exige dolo ou erro grosseiro para a responsabilização do administrador.

Em meu voto, preocupei-me em dizer que considerava erro grosseiro não se observarem os padrões científicos, médicos e sanitários universalmente aceitos e não se observar o princípio da precaução. Esse inciso II não se refere nem a uma coisa nem a outra, refere-se à recuperação econômica, não propriamente ao direito à vida e à saúde.

Acho também que, em época de indefinição e incerteza, o parâmetro dolo e erro grosseiro é uma proteção para evitar que o administrador seja atormentado pelo medo e pela dúvida em decidir e fazer as coisas certas. Se ele superfaturar ou se cometer erros inaceitáveis, continua responsável. Para decidir em momentos de indefinição, de dificuldade em meio à "Maria Fumaça", acho, sim, que exige certa proteção ao administrador, seja ele quem for e de qual partido for. Um administrador precisa ter segurança para tomar suas decisões.

Apenas explicito que não considerarei inconstitucional o inciso II, porque o considero validado pelo art. 28 da Lei de Introdução, que o exime de responsabilidade, salvo dolo e erro grosseiro.

ADI 6421 MC / DF

No mais, o Ministro Alexandre e eu estamos em total convergência e sintonia.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL****OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também só para revelar um pouco uma preocupação em relação à proposta trazida pelo Ministro Alexandre de Moraes, porque, de fato, nós já tivemos a situação, recentemente, em que gestores quedaram perplexos diante da situação singular referida, agora, pelo Ministro Barroso, a propósito da liberação desses agora célebres R\$ 600,00 de assistência social. Essa questão levou, inclusive, a uma pane, vamos chamar assim, na própria governança do Ministério da Economia, tendo em vista as regras existentes na Lei de Responsabilidade Fiscal e as normas constantes no próprio texto constitucional. São também muitas as perplexidades hoje existentes, em face do uso abusivo das ações de responsabilidade.

O caso referido pelo Ministro Barroso, do Ministro Malan - não sei se já se encerrou -, mas um deles que envolve o Ministro Malan, o Ministro Serra, o Ministro Pedro Parente, os ex-ministros, tratava-se de liberação de 200 milhões de reais para o PROER, para o resgate de contas a pagar aos poupadores. Embora a ação de improbidade tenha sido rejeitada, no que dizia respeito à perda de direitos políticos, eles foram responsabilizados e condenados em primeiro grau, numa matéria delicadíssima de política pública.

Portanto, o que essa medida provisória quer dizer, quando fala de efeitos econômicos e sociais, tem a ver com essas decisões que estão sendo tomadas, liberação de recursos, por exemplo. Claro que, se houver fraude, ou dolo, ou algum tipo de conúbio, estarão cobertos pelas ressalvas aqui constantes do próprio art. 3º, mas precisamos olhar com muito cuidado.

Houve um momento, neste governo e neste quadro de paralisia, em que o próprio Ministro Guedes, ouvindo os seus auxiliares e os seus assessores, os mais eminentes, ficou perplexo, mesmo com o liminar dada

ADI 6421 MC / DF

pelo Ministro Alexandre em relação a LRF, e queria esperar a PEC do Orçamento de Guerra, porque há um quadro de insegurança jurídica neste contexto.

Por isso que, de fato, com as vênias de estilo, eu já me manifesto na linha aqui placitada pelo Ministro Barroso. Acho que a questão é muito sensível. Gerar perplexidade aqui é gerar muito provavelmente uma não decisão.

Nós estamos vendo, por exemplo - ainda, ontem, um quadro constrangedor, na Baixada Fluminense -, pessoas que estão fechando os seus negócios porque não estão recebendo os recursos. Esses recursos não estão chegando. E por que não estão chegando? Talvez um pouco por inépcia. Pode ser. Mas, em parte, porque os setores incumbidos de decisão têm lá suas perplexidades.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Pelo que entendi dos debates, o Ministro **Gilmar** já adianta o voto, acompanhando o Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou adiantando essa opinião, mas irei votar.

Queria dizer que é relevante esse debate. Retirar esse inciso II significará debilitar. Nós estamos vivendo um processo, em muitos casos, de não decisão, e isso no próprio Ministério da Economia.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERISSIMO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, apenas para acrescentar um dado. Recentemente, em um debate em um jornal televisivo, o Ministro Paulo Guedes falou sobre esse detalhe. Ele disse que, às vezes, quer ajudar determinado estado, mas a equipe teme que haja algum problema futuro.

Uma coisa é a preocupação em cometer atos de acordo com o enquadramento legal; outra, é o medo levar à inação; e é o que pode estar ocorrendo. O próprio Ministro Paulo Guedes disse isso. É temor de comprar material em desconformidade; é o temor em pagar esses auxílios e, posteriormente, vir a ser acionada a ilegalidade desse ato do estado. O art. 28 já cobre essa hipótese e é muito importante levar em consideração que todos esses incisos foram baseados em experiências práticas. Vejam, chega-se até à peculiaridade de se estabelecer que, se a opinião técnica estiver de acordo com o material científico, não haverá nenhum erro grosseiro.

Temos de levar em consideração que estamos tratando de diploma legislativo expedido para um momento de emergência, que impõe ao administrador fazer algo, às vezes, humanamente impossível: bem e depressa. Daí a necessidade de a lei ter esmiuçado o réu de culpa, qualificando-o como erro grosseiro, estabelecendo os critérios pelos quais consideraremos ou não um erro como grosseiro para gerar a responsabilização do agente.

Esse foi o exemplo clássico pelo qual passou, recentemente, em

ADI 6421 MC / DF

jornal televisivo, o Ministro Paulo Guedes, dizendo que, se promover determinada ajuda, corre risco de ser, amanhã ou depois, imputada a ele uma atitude ímpar.

Era só para acrescentar, porque isso ocorreu na prática.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, Senhores Ministros, cumprimento o eminente Ministro-Relator, Luís Roberto Barroso, as sustentações orais, que trouxeram importantes aportes a essa matéria, bem como os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luiz Fux, que já se manifestaram.

Senhor Presidente, juntarei declaração de voto alongada, mas, para propiciar otimização do tempo, vou-me referir, nesse momento, especificamente, ao ponto controvertido. Creio que não há controvérsias sobre a incidência e o sentido de alcance do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nem sobre a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, nem sobre a incidência das regras de Direito Penal, que não são afastadas por essa medida provisória.

Nessa declaração de voto, tal como fez Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, trato desses temas, bem como da contextualização do acrônimo, hoje conhecido em inglês como "VUCA": um tempo volátil, incerto, complexo e ambíguo. Traduz as perplexidades que afetam a todos e também suscita eventuais dissensos e vicissitudes em um Colegiado que se baliza pela hermenêutica fundada na legalidade constitucional, e não por outros critérios - ainda que relevantes, mas que sejam metajurídicos.

Trato desse contexto. Examino o sentido e o alcance do dolo, do erro grosseiro, enfim, de todos esses temas que, a rigor, não demandaram a controvérsia específica, que está, em meu modo de ver, no inciso II do art. 1º.

Para externar minha posição, gostaria de lembrar que, ao final da sessão de ontem, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski fez uma indagação ao Ministro-Relator. A resposta que Sua Excelência havia dado ao Ministro Lewandowski também estava apontando para um caminho de compreensão da interpretação conforme abrangente do inciso II. Isso

ADI 6421 MC / DF

talvez suscite alguma controvérsia, mas, de qualquer sorte, não creio que se está diante de uma opção de posições, digamos assim, mais opostas: o reconhecimento de uma inconstitucionalidade *tout court* ou de uma imunidade também aos gestores.

Creio que essas duas posições extremadas seriam afastadas - e, no meu modo de ver, são afastadas - por uma interpretação conforme, à luz do *discrîmen* das diretrizes e dos pareceres técnicos também em relação às medidas atinentes aos efeitos econômicos e sociais.

Por isso, em minha declaração de voto, fundada no que houvera percebido até ontem, estava sugerindo ao eminente Ministro-Relator, antes de Sua Excelência responder ao Ministro Ricardo Lewandowski, que estendesse a interpretação conforme não apenas ao inciso I, mas também ao inciso II.

Todas essas preocupações agora externadas pelo Ministro Gilmar Mendes evidentemente estão cobertas por uma interpretação conforme que leve em conta a opinião técnica da área nesse ambiente da covid.

O que se procura evidentemente afastar é a cláusula de imunidade do gestor? Não! Deve-se levar em conta a opinião técnica, portanto a opinião técnica diante da emergência sanitária e de saúde que se vivencia.

Do que pude captar do voto de Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, esse é o sentido do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Se for esse o sentido, acompanho o Relator e gostaria de ouvir, se o Presidente me permitir, o Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Exatamente. Tudo que contrarie o conhecimento convencional, os critérios científicos e os critérios objetivos está incluído na exceção que abri de interpretação conforme à Constituição.

O que me preocupou - e penso que ao Ministro Gilmar e ao Ministro Luiz Fux - é, por exemplo, o Ministro da Economia cogitar emitir papel moeda para acudir a emergência. Eu, que não sou economista, e isso não é da minha alçada, arrepio-me com a ideia de emissão de papel, porque a associa à escalada de inflação. Porém, há algumas decisões puramente técnicas em que haverá opiniões legítimas, de um lado e de outro. Nesses

ADI 6421 MC / DF

casos, penso, precisa-se de um erro grosseiro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Agora, há outras situações em que há conhecimento convencional estabelecido. Refugir a esse conhecimento convencional estabelecido será erro grosseiro.

Acho que isso vai ao encontro da preocupação que Vossa Excelência manifesta. Nesse sentido, meu voto e minha proposição abrangem, sim, a inobservância do conhecimento convencional nas matérias.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, estou esclarecido pela intervenção do eminente Ministro-Relator e acompanho Sua Excelência integralmente.

É como voto.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o relatório proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso. Apenas para rememorar as premissas que embasam minhas conclusões, permito-me consignar que se trata de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), com pedido de medida cautelar, propostas, respectivamente, por Partido Rede Sustentabilidade; Partido Cidadania; Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Partido Comunista do Brasil (PCdoB); Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Verde (PV). Na ADI 6421, questiona-se a constitucionalidade da Medida Provisória (MP) nº 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), com a redação determinada pela Lei 13.655/2018, e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, regulamentadores da LINDB. Na ADI 6428, o objeto refere-se à MP nº 966/2020 e a LINDB. As demais ações têm por objeto apenas a MP nº 966/2020.

A MP nº 966/2020 *“dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia da COVID-19”*. O art. 28 da LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018, trata, de forma mais ampla, da responsabilidade geral do agente público por decisões ou opiniões técnicas. O art. 12 do Decreto 9.830/2019 versa sobre a caracterização de erro grosseiro, e o art. 14 trata da ação de regresso do Poder Executivo perante o agente público que tenha gerado dano ao erário. Reproduzo o teor dos dispositivos:

“Medida Provisória nº 966/2020:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

ADI 6421 MC / DF

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º O meronexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

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.

ADI 6421 MC / DF

LINDB, art. 28 (com a redação dada pela Lei 13.655/2018):

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

Decreto 9.830/2019:

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.

§ 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 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.

ADI 6421 MC / DF

§ 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.

Direito de regresso, defesa judicial e extrajudicial

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.”

Os requerentes argumentam que a MP n.º 966/2020 padece de vício formal de inconstitucionalidade, eis que, em seu entender, não estaria revestida dos requisitos de relevância e urgência.

No que se refere à inconstitucionalidade material, aduzem que houve violação do § 6º do art. 37 da Constituição e dos princípios da moralidade e da eficiência, inscritos no *caput* do mesmo dispositivo. Articulam com a inexistência, no bojo do art. 37, § 6º, de distinção entre os tipos de culpa (grave ou simples) que ensejaria a possibilidade de regresso estatal. Sustentam que a MP objurgada cria uma anistia *a priori*, uma forma de “blindagem” dos agentes públicos. Questionam, ainda, os

ADI 6421 MC / DF

parâmetros interpretativos da norma para caracterização de erro grosseiro. Afirmam que a norma deveria, no contexto da pandemia, haver reforçado o princípio da transparência, ao invés de ter dificultado as hipóteses de responsabilização dos agentes públicos.

Reiteram que a MP n.º 966/2020 foi editada no contexto de agravamento da pandemia no Brasil e no momento em que determinadas autoridades públicas resistem em adotar recomendações científicas e sanitárias expedidas por organizações nacionais e internacionais, cenário no qual seria temerário cancelar normas que as isentariam de responsabilidade por seus atos.

Era o que cabia lembrar.

Em primeiro lugar, é importante referir que a teoria da irresponsabilidade administrativa, sintetizada nos brocardos *the king can do no wrong* ou *le roi ne peut mal faire*, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nunca foi acolhida pelo direito positivo brasileiro (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 644).

A responsabilização do Estado por seus atos e omissões, tal como insculpida no § 6º do art. 37, da Constituição da República, é primado do Estado Democrático de Direito.

Ressalto, ademais, que a MP n.º 966/2020, ora em debate, não tem o condão de derogar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), tampouco dispositivos de responsabilização dos servidores públicos presentes em outras normas, como o Código Penal.

Assentadas tais premissas, consigno que estou de acordo com o e. Relator quanto à delimitação do objeto do presente debate, em sede de medida cautelar. Anoto, tal como o e. Relator, que o art. 28 da LINDB já vigora há mais de dois anos, fato que, em princípio, descaracterizaria o *periculum in mora*, nos termos da jurisprudência consolidada desta Suprema Corte. Assim, na presente assentada, está em causa a MP n.º 966/2020, que é a norma que se refere à responsabilidade de agentes por atos relacionados ao combate à pandemia.

A pandemia de COVID-19, reconhecida pela Organização Mundial

ADI 6421 MC / DF

da Saúde em 11.03.2020, tem causado milhares de mortes e de infecções, bem como tem levado ao colapso sistemas de saúde de diversas localidades, em vários países do mundo, representando desafios sem precedentes que, no Brasil, conduziram a três ordens de crises: sanitária, política e econômica.

O debate referente à concessão de medida cautelar para suspensão ou não dos dispositivos da MP n.º 966/2020 está, portanto, inserto num contexto de múltiplas complexidades, que pode ser chamado de *VUCA*, no acrônimo em inglês: **volátil, incerto, complexo e ambíguo**.

É fato que, neste cenário, os gestores públicos precisam tomar decisões difíceis. De um lado, os requerentes das ações diretas temem administradores ímprobos, que cometam atos ilícitos e não sejam por eles responsabilizados, com fundamento na MP n.º 966/2020. Lado outro, é preciso evitar que os gestores se abstenham de tomar as medidas necessárias para proteção de população, no contexto da pandemia, receosos de serem responsabilizados por escolhas tomadas nesse cenário incerto. Trata-se do que se convencionou chamar de “*apagão das canetas*” ou “*Direito Administrativo do medo*”. Há quem entenda, na doutrina, que o gestor temeroso é mais cauteloso, como Alexandra Aragão (Princípio da precaução: Manual de instruções, in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente – CEDOUA, n.º 02/2008), e, na vertente oposta, os críticos, que percebem o risco de imobilidade do gestor, como Cass Sunstein (“*The Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*”, Cambridge University Press, 2005).

Não há respostas prontas. É imperioso responder aos desafios com rejeição aos apelos autoritários, com legalidade constitucional e com ampla garantia de direitos fundamentais. A democracia, o federalismo cooperativo e a dimensão humanista devem nos conduzir a um futuro comum de solidariedade, caminho a ser trilhado com amparo nos princípios da **prevenção** e da **precaução**.

A jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal determina que, quando em causa questões relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, as evidências científicas e os padrões

ADI 6421 MC / DF

técnicos devem ser observados. Outra não é a determinação da Lei n.º 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, no sentido de que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “*com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde*”.

Assim, o papel do Poder Judiciário em temas que envolvam a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica, a revelar necessidade de transferência do lócus da decisão definitiva para o campo técnico, está em reconhecer a necessidade de respeito aos princípios da precaução e da prevenção. Havendo *qualquer* dúvida científica acerca da adoção das medidas sanitárias a serem implementadas, a questão **deve** ser solucionada em favor da saúde da população.

Frise-se, uma vez mais, que, quando em causa, o direito à saúde exige que o Poder Público, ao elaborar a política pública, dê total transparência às decisões tomadas.

O erro grosseiro e a culpa grave não devem ser conceitos jurídicos vagos, cláusulas em branco a serem preenchidas de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração. Ao contrário: é o interesse público na consecução dos direitos fundamentais que deve ser observado para colmatar tais conceitos.

Quando em causa decisões que envolvem a saúde pública, os fundamentos devem ser verificáveis e o gestor deve enumerar as razões consideradas. Haverá erro grosseiro e culpa grave uma vez que o gestor público desconsidere o consenso mínimo da comunidade científica e deixe de fundamentar, com total transparência, as decisões tomadas na formulação de políticas públicas, ensejando a hipótese de responsabilização, nos termos do art. 2º da MP n.º 966/2020.

Verifico, portanto, presente a plausibilidade jurídica do direito alegado, consistente na necessidade de conferir interpretação conforme a Constituição aos art. 1º, incisos I e II, bem como aos parágrafos 1º e 2º, da MP n.º 996/2020; e assim também presente o perigo da demora, em razão do contexto da pandemia do SARS-CoV-2 e da importância de se gerar critérios seguros para a atuação dos gestores públicos.

ADI 6421 MC / DF

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

Acompanho, ainda, o e. Relator para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º, e, em maior extensão do que o e. Relator, não apenas ao parágrafo primeiro, mas também aos incisos I e II do caput do referido art. 1º, da MP n.º 966/2020, para explicitar que, para os fins de aplicação tal dispositivo, a autoridade a qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, entre elas o posicionamento da OMS e de outras organizações internacionais; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, não apenas no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do SARS-CoV-2 (objeto do inciso I do art. 1º, *caput*), mas também no combate aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes (objeto do inciso II do art. 1º, *caput*).

Registro que, na continuidade do julgamento, diante dos esclarecimentos do i. Relator, no sentido de abranger o voto de Sua Excelência a extensão acima proposta, voto por acompanhar o Relator.

É como voto.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, renovo minhas saudações a todos, cumprimentando, em especial, o eminente Relator, por seu voto, como sempre, correto; os Doutores Bruno Leonardo Gonçalves, André Maimoni, Paulo Machado Guimarães, Lucas de Castro Rivas e Jean Raphael Gomes Silva, bem como o Ministro José Levi, Advogado-Geral da União, pelas profícuas sustentações orais.

Agradeço, ainda, ao Doutor José Levi, suas generosas palavras a meu respeito, dizendo – como disse hoje na minha última sessão jurisdicional no TSE -, que presidir o Tribunal da Democracia constituiu uma honra para mim.

Cumprimento, também, com muita efusão, o Vice-Procurador-Geral da República, Doutor Humberto Jacques.

Quanto às ADIs em julgamento, especificamente as medidas cautelares nelas referidas, como bem delimitou o eminente Relator, restrinjo-me ao exame da Medida Provisória nº 966, pois apenas quanto a ela se faz presente o requisito do perigo da demora, ao dispor de forma restritiva sobre a responsabilidade de agentes públicos no cenário de pandemia em que vivemos.

Tenho voto escrito que juntarei aos autos.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade – n. **6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431** –, com pedido de medida cautelar, ajuizadas, respectivamente por: (i) Partido Rede Sustentabilidade; (ii) Partido Cidadania; (iii) Partido Socialismo e Liberdade – PSOL; (iv) Partido Comunista do Brasil; (v) Associação Brasileira de Imprensa – ABI; (vi) Partido Democrático Trabalhista – PDT; e (vii) Partido Verde – PV, todas em face da **Medida Provisória nº 966, de 13/05/2020**, que “Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19”.

Ademais, a primeira ação, a **ADI 6421**, tem também por objeto o **artigo 28 do Decreto-Lei 4.657** (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), com redação dada pela Lei n. 13.6655/2018, e os **artigos 12 e 14 do Decreto 9.830/2019**.

O objeto da penúltima ação – **ADI 6428** –, por sua vez, abrange, outrossim, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

2. Reproduzo os dispositivos normativos impugnados na presente ação direta:

Medida Provisória nº 966, de 13/05/2020

“Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 1º A responsabilização pela opinião técnica não se

ADI 6421 MC / DF

estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

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.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação”.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Decreto 9.830/2019

ADI 6421 MC / DF

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.

“Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

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.

§ 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

ADI 6421 MC / DF

atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

(...)

Direito de regresso, defesa judicial e extrajudicial

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade”.

3. Inicialmente, alega-se a configuração de vício de **inconstitucionalidade formal** da MP n. 966/2020, por desrespeitar os requisitos de relevância e urgência, que seriam inexistentes.

4. Em seguida, aponta-se a **inconstitucionalidade material** dos dispositivos impugnados por afronta “à *garantia da inafastabilidade* (CF, art. 5º, XXXV) – e, por desdobramento, à *separação de poderes* (CF, art. 2º) –, ao *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), ao *princípio republicano* (CF, art. 1º e 34, VII, “a”), à *proibição administrativa* (CF, art. 37, § 4º), à *responsabilidade por dolo ou culpa do agente público* (CF, art. 37, § 6º) e à *autonomia federativa* (CF, art. 18)” – grifos no original.

A tese inicial é no sentido de que a Lei Maior exige apenas a configuração de dolo ou culpa para a responsabilização do agente público. As normas combatidas, porém, teriam restringido o alcance constitucional ao indicarem o “erro grosseiro” como requisito para a caracterização da responsabilidade.

Ferido estaria, assim o princípio republicano, na medida em que incumbe às autoridades públicas zelar pela coletividade com maior grau de cuidado e, conseqüentemente, com maior amplitude de responsabilização, fator ignorado pelos diplomas normativos em análise.

As normas teriam suprimido, nessa linha de raciocínio jurídico, a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito decorrentes da responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos, em violação

ADI 6421 MC / DF

da inafastabilidade da jurisdição e da separação dos poderes.

Argumenta-se que compete aos Estados e Municípios a produção normativa referente aos seus agentes públicos, razão pela qual estaria ferida a autonomia federativa.

Destacada também a inobservância dos princípios da moralidade e da eficiência da administração pública, e alude-se ao desrespeito à necessidade de indenização em caso de dano, conforme preceitua a Constituição da República. Quanto a este tema, assevera-se que *“Este é o entendimento do TCU (acórdãos 5547/19 e 2391/18), que a despeito da limitação da responsabilização dos agentes públicos pela Lei 13.655/18, entende que, com espeque no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilização financeira por dano ao erário não se restringe aos casos de dolo ou erro grosseiro, mas abrange o dolo ou a culpa, sendo esta em qualquer de suas modalidades, ou seja, sem qualquer gradação ou limitação. Assim, a limitação para as hipóteses de dolo e erro grosseiro, consistente na culpa grave, aplicar-se-ia apenas à responsabilização decorrente do poder sancionatório, quais sejam as sanções como multa, inabilitação para ocupar cargos, etc. Outra conclusão leva à nefasta socialização dos danos causados pelos agentes públicos, o que não possui respaldo constitucional”*.

5. Contextualizado ainda o momento em editada a **MP n. 966/2020**, caracterizado pelo enfrentamento da grave pandemia provocada pela COVID-19, que tem revelado posturas díspares entre as autoridades públicas na tomada de medidas direcionadas à prevenção e a seu combate.

6. À alegação de que presentes a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano (*periculum in mora*), requerido o deferimento da **medida cautelar**

“(...) liminarmente e com efeitos ex tunc, para suspender os efeitos da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, publicada no DOU em 14 de maio de 2020, e, por consequência, de textos equivalentes (art. 28 do Decreto-Lei 4.657/42, com a redação dada pela Lei 13.655/18, e arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/19), até a apreciação do mérito ou, subsidiariamente, até a

ADI 6421 MC / DF

análise da MP pelo Congresso Nacional; ou,

i. Subsidiariamente, o deferimento de medida cautelar, liminarmente e com efeitos *ex tunc*, para suspender os efeitos apenas da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, publicada no DOU em 14 de maio de 2020, até a apreciação do mérito ou, subsidiariamente, até a análise da MP pelo Congresso Nacional, na medida em que tal diploma normativo é o mais gravoso no âmbito daqueles aqui analisados; ou,

ii. Ainda subsidiariamente, a interpretação conforme à Constituição para excluir da hipótese de incidência da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, publicada no DOU em 14 de maio de 2020, e, por consequência, aos textos equivalentes (art. 28 do Decreto-Lei 4.657/42, com a redação dada pela Lei 13.655/18, e arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/19) as situações que envolvam o ressarcimento ao erário, mantendo o poder-dever da administração pública de cobrar os danos que seus agentes públicos causarem”.

7. Os objetos de controle em sede cautelar, como já supratranscrito, são a Medida Provisória nº 966, de 13/05/2020, o artigo 28 do Decreto-Lei 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), com redação dada pela Lei n. 13.665/2018, e os artigos 12 e 14 do Decreto 9.830/2019.

O artigo 1º da MP n. 966/2020 estabelece que “*Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa*”.

Conforme lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a responsabilidade do agente público abrange as seguintes categorias: (i) a responsabilidade política; (ii) a responsabilidade civil; (iii) a responsabilidade penal; (iv) a responsabilidade administrativa; e (v) a responsabilidade por atos de improbidade administrativa¹. No que atine à MP n. 966/2020, o objeto da

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do agente público. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Tratado de Direito Administrativo: Administração Pública e Servidores Públicos**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 560.

ADI 6421 MC / DF

presente ação direta limita-se, assim, apenas às categorias de responsabilidade civil e administrativa, expressamente mencionadas pela norma impugnada.

8. Para melhor compreensão da questão constitucional, transcrevo os dispositivos constitucionais indigitados como **parâmetros de controle**:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

ADI 6421 MC / DF

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

9. A questão constitucional em exame, como visto, envolve a responsabilidade de agentes públicos.

Quanto às ações diretas de inconstitucionalidade em julgamento, no que concerne às medidas cautelares requeridas, como bem delimitou o eminente Relator, **restringo-me ao exame da MP 966/2020**, pois apenas em relação a ela se faz presente também o **requisito do perigo da demora**, quando dispõe de forma restritiva sobre a responsabilidade de agentes públicos no cenário de pandemia decorrente da propagação do novo coronavírus.

10. Restrito o exame, pela necessária observância do requisito do *periculum in mora*, à MP n. 966/2020, observo que esta regula a

ADI 6421 MC / DF

responsabilidade de agentes públicos no cenário de pandemia decorrente da propagação do novo coronavírus, declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS – em 11.3.2020.

11. No que atine à alegada **inconstitucionalidade formal**, por alegada ausência dos requisitos de necessidade e urgência, afasto-a de plano, sobretudo considerado o contexto emergencial instaurado pela pandemia e a jurisprudência restritiva desta Casa quanto ao tema.

12. Quanto à **inconstitucionalidade material**, em juízo de delibação, comungo na íntegra com o bem lançado voto do eminente relator, subscrevendo os fundamentos esgrimidos por Sua Excelência, quanto à **interpretação conforme à Constituição** que propõe, à compreensão de que **também contemplado em seu voto o mesmo norte quanto ao art. 1º, inciso I, no tocante aos efeitos econômicos e sociais da pandemia provocada pelo novo coronavírus.**

13. Com efeito, o enfrentamento da expansão da COVID-19 (*Coronavirus Disease 19*) e a responsabilização de agentes em casos de omissão ou insuficiência das medidas adotadas não são temas alheios aos debates acadêmicos internacionais.

Refiro-me, por todos, no âmbito da **Associação Internacional de Direito Constitucional – IACL/AIDC** –, a artigo cujo título traduzo livremente como “**Inação como uma resposta estatal ao surto de coronavírus²**”, que analisa exatamente o panorama de necessidade de pronta resposta dos Estados, que envolve a ponderação entre saúde e vida, de um lado; e medidas como isolamento, restrição às liberdades de locomoção e de reunião, do outro. O autor, o professor grego Antonios Kouroutakis, desenvolve um raciocínio no sentido de que, em muitos países, o princípio da separação dos Poderes implica o monopólio do Executivo na resposta a emergências. Diante disso, conclui indicando a necessidade de formulação de um mecanismo constitucional para **instigar o Executivo – quando omissos –, a assumir a responsabilidade imprescindível em um momento de emergência.**

2 Antonios Kouroutakis. **Inaction as a State Response to the Coronavirus Outbreak.** IACL-AIDC Blog (24 March 2020) <https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/24/inaction-as-a-state-response-to-the-coronavirus-outbreak>.

ADI 6421 MC / DF

Recebeu, a publicação, comentário de Mark Tushnet, professor na Faculdade de Direito de Harvard, cogitando, no viés proposto, o desenvolvimento com fundamento no chamado estado de coisas inconstitucional.

No que concerne à **repercussão econômica e social** da pandemia, também palpável a preocupação internacional, como deflui das palavras de Winnie Byanyima, diretora executiva do **Programa das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS)**, em artigo intitulado “Coronavírus mostra a necessidade de uma saúde gratuita para todas as pessoas”: *“A maioria dos países de baixa renda já está altamente endividada; é imoral pressioná-los a pegar mais empréstimos para combater uma ameaça existencial que o mundo inteiro está enfrentando. É urgentemente necessário um processo amplo e equitativo de alívio da dívida, não apenas para responder à crise da COVID-19, mas também para encurtar o período de recuperação e criar condições para o crescimento”*³.

14. No Brasil, pontuo que o *contexto de incerteza*, referido pela **MP n. 966/2020**, é comum à situação mundial diante da crise sanitária sem precedentes provocada pelo **novo** coronavírus, gerador da COVID-19, que se caracteriza por uma heterogeneidade de sintomas, quando existentes, e por um alto poder de contágio.

Há, por certo, uma certa margem de discricionariedade aos gestores públicos na adoção de algumas medidas. Outras, porém, revestem-se, a meu juízo, da natureza de ato administrativo vinculado e, como tal, com requisitos e condições de obrigatoria observância. Relembro, no ponto, **especificamente quanto à saúde**, que promulgado no Brasil no dia **30 de janeiro último**, via **Decreto nº 10.212**, o **Regulamento Sanitário Internacional**, acordado na 58^a Assembleia Geral da **Organização Mundial de Saúde**, em 23 de maio de 2005, que ora transcrevo, na fração de interesse:

“Artigo 42 Implementação das medidas de saúde

As medidas de saúde tomadas consoante este Regulamento serão iniciadas e concluídas sem demora e

3 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-coronavirus-mostra-a-necessidade-de-uma-saude-gratuita-para-todas-as-pessoas-agora/>.

ADI 6421 MC / DF

aplicadas de maneira transparente e não discriminatória.

Artigo 43 Medidas adicionais de saúde

1. Este Regulamento não impede que os Estados Partes implementem medidas de saúde, em conformidade com sua legislação nacional relevante e as obrigações decorrentes do direito internacional, em resposta a riscos específicos para a saúde pública ou emergências de saúde pública de importância internacional, que:

(a) confirmam um nível de proteção à saúde igual ou superior ao das recomendações da OMS, ou

(b) sejam proibidas em outras circunstâncias, nos termos do Artigo 25, Artigo 26, parágrafos 1º e 2º do Artigo 28, Artigo 30, parágrafo 1º (c) do Artigo 31, e Artigo 33, desde que tais medidas sejam, em outros aspectos, consistentes com este Regulamento.

Tais medidas não deverão ser mais restritivas ao tráfego internacional, nem mais invasivas ou intrusivas em relação às pessoas do que as alternativas razoavelmente disponíveis que alcançariam o nível apropriado de proteção à saúde.

2. Ao decidir implementar ou não as medidas de saúde de que trata o parágrafo 1º deste Artigo ou as medidas adicionais de saúde contempladas no parágrafo 2º do Artigo 23, parágrafo 1º do Artigo 27, parágrafo 2º do Artigo 28 e parágrafo 2º(c) do Artigo 31, os Estados Partes basearão suas determinações em:

(a) princípios científicos;

(b) evidências científicas disponíveis de risco para a saúde humana ou, quando essas evidências forem insuficientes, informações disponíveis, incluindo informações fornecidas pela OMS e outras organizações intergovernamentais e organismos internacionais relevantes;
e

(c) qualquer orientação ou diretriz específica da OMS disponível.

3. Os Estados Partes que implementarem medidas adicionais de saúde, referidas no parágrafo 1º deste Artigo, que

ADI 6421 MC / DF

interfiram significativamente com o tráfego internacional, fornecerão à OMS a fundamentação de saúde pública e as informações científicas pertinentes. A OMS compartilhará essas informações com outros Estados Partes, assim como informações relativas às medidas de saúde implementadas. Para os fins deste Artigo, se entende como interferência significativa, em geral, a proibição de entrada ou de saída internacionais de viajantes bagagens, cargas, contêineres, meios de transporte, mercadorias e similares ou atrasos superiores a 24 horas.

4. Após avaliar as informações fornecidas consoante os parágrafos 3º e 5º deste Artigo e outras informações relevantes, a OMS poderá solicitar ao Estado Parte em questão que reconsidere a aplicação das medidas.

5. O Estado Parte que implementar medidas adicionais de saúde, referidas nos parágrafos 1º e 2º deste Artigo, que interfiram significativamente com o tráfego internacional, deverão informar à OMS, num prazo de 48 horas a contar de sua implementação, quais são essas medidas e a fundamentação de saúde para sua implementação, a não ser quando estiverem abrangidas por uma recomendação temporária ou permanente.

6. Os Estados Partes que implementarem medidas de saúde consoante aos termos dos parágrafos 1º ou 2º deste Artigo deverão revisar tais medidas num prazo de três meses, levando em consideração a orientação da OMS e os critérios indicados no parágrafo 2º deste Artigo.

7. Sem prejuízo de seus direitos nos termos do Artigo 56, qualquer Estado Parte que sofrer o impacto de uma medida tomada consoante os parágrafos 1º ou 2º deste Artigo poderá solicitar manter consultas com o Estado Parte que implementou tal medida. O propósito de tais consultas é esclarecer as informações científicas e a fundamentação de saúde pública subjacentes à medida e encontrar uma solução mutuamente aceitável.

8. As disposições deste Artigo podem aplicar-se à implementação de medidas referentes a viajantes que

ADI 6421 MC / DF

participem em grandes eventos de massa”. (destaquei)

A disciplina do Regulamento Sanitário Internacional é **vinculante** e estabelece que os Estados **basearão suas determinações** em: (i) princípios científicos; (ii) evidências científicas disponíveis de risco para a saúde humana ou, quando essas evidências forem insuficientes, informações disponíveis, incluindo informações fornecidas pela OMS e outras organizações intergovernamentais e organismos internacionais relevantes; e (iii) qualquer orientação ou diretriz específica da OMS disponível.

Trata-se de comando normativo cogente a ser necessariamente seguido pelo Estado-parte – e portanto pelo Brasil –, sob pena de responsabilidade a ser apreciada pela inafastável jurisdição.

Já a **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**, editada com o propósito específico de regular o enfrentamento da pandemia, estabelece que:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

ADI 6421 MC / DF

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e

b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

§ 1º As 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". (destaquei)

Desse modo, a Lei brasileira editada com o propósito específico de regular o enfrentamento da pandemia também estabelece as evidências científicas e as informações estratégicas em matéria de saúde como requisito imprescindível para as medidas. Neste ponto, entendo, na linha do artigo do Prof. Kouroutakis, que os dados científicos são determinantes **seja da ação, seja da inação dos gestores. E ação e inação, como fundamentei, que hão de ser motivadas de forma vinculante.**

Também a jurisprudência desta Casa indica a necessidade de adoção dos padrões científicos que constroem um consenso idôneo a embasar decisões administrativas e jurisdicionais em matérias relacionadas ao direitos à saúde, à vida e ao meio ambiente equilibrado, de acordo com o que sustentei ao julgamento da **ADI 4066**, sob a minha relatoria, a versar sobre o amianto crisotila:

"Pode-se dizer que a tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer embasada nas conclusões da comunidade científica – **cuja natureza é descritiva.** É nesse

ADI 6421 MC / DF

sentido que, ao se debruçar sobre regra jurídica disciplinadora de fatos, a Corte adota, como premissa empírica, o conhecimento científico estabelecido sobre eles, considerado o estado da arte no momento do julgamento”.

E, mais adiante:

“Não se defende, com isso a ilação totalitária de que a Constituição, ao atribuir ao Estado o dever de proteger a saúde, legitima toda e qualquer restrição a direitos e liberdades cujo resultado, desejado ou esperado, seja algum nível de incremento no coeficiente de saúde da população. É por isso, aliás, que o sentido do direito constitucional à saúde deve ser preponderantemente construído pelo legislador, especialmente naquilo que implicará limitações a outros direitos fundamentais. Isso porque a restrição legítima dos direitos fundamentais tem lugar no contexto de uma negociação entre o constitucionalismo – direitos fundamentais, proteções contra majoritárias – e o princípio democrático – vontade da maioria”. (ADI 4066, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018)

Em reforço, ainda, o teor de recente **guia publicado pela OMS** para subsidiar a prevenção e o combate à pandemia:

“ A oportuna implementação de medidas de saúde pública medidas, especialmente o distanciamento físico, a higiene das mãos e a etiqueta respiratória, são importantes para retardar a transmissão de doenças respiratórias como COVID-19 e permitir que os serviços de saúde lidem melhor com a demanda do paciente. Dada a natureza de espaços densamente povoados, o distanciamento físico nas cidades e em outros assentamentos pode ser, para muitos, mais difícil de alcançar (por exemplo, várias famílias em um espaço compartilhado). Onde o distanciamento físico em ambientes domésticos não for viável,

ADI 6421 MC / DF

as autoridades locais devem identificar instalações públicas onde as pessoas possam ficar em quarentena.

(...)

Onde possível, cidades e áreas urbanas com assentamentos devem introduzir medidas para impor o distanciamento físico em espaços públicos, mercados e ruas, sem fechá-los completamente. Isso inclui colocar marcações no chão e restringir a direção da caminhada. Com o apoio de líderes religiosos também deve-se também buscar suspender ou modificar observâncias e cerimônias. Conselhos sobre o uso de máscaras no contexto do COVID-19 também devem basear-se na orientação provisória que foi publicada”⁴. (tradução livre)

Como corolários da necessidade de adoção dos padrões científicos, os **princípios da precaução e da prevenção**, prestigiados no entendimento jurisprudencial desta Casa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. MEDIDAS DE CONTENÇÃO DAS DOENÇAS CAUSADAS PELO Aedes Aegypti. ARTIGO 1º, §3º, INCISO IV DA LEI N. 13.301, DE 27 DE JUNHO DE 2016. PERMISSÃO DA INCORPORAÇÃO DE MECANISMOS DE CONTROLE VETORIAL POR MEIO DE DISPERSÃO POR AERONAVES MEDIANTE APROVAÇÃO DAS AUTORIDADES SANITÁRIAS E DA COMPROVAÇÃO CIENTÍFICA DA EFICÁCIA DA MEDIDA. POSSIBILIDADE DE INSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. VOTO MÉDIO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ARTIGOS 225, §1º, INCISOS V E VII, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INAFASTABILIDADE DA APROVAÇÃO PRÉVIA DA AUTORIDADE SANITÁRIA E DA AUTORIDADE AMBIENTAL COMPETENTE. ATENDIMENTO ÀS

4 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Strengthening preparedness for COVID-19 in cities and other urban settings: interim guidance for local authorities**. Geneva: World Health Organization; 2020 (WHO/2019-nCoV/ Urban_preparedness/2020.1), p. 9.

ADI 6421 MC / DF

PREVISÕES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE, AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO. 1. Apesar de submeter a incorporação do mecanismo de dispersão de substâncias químicas por aeronaves para combate ao mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika à autorização da autoridade sanitária e à comprovação de eficácia da prática no combate ao mosquito, o legislador assumiu a positividade do instrumento sem a realização prévia de estudos em obediência ao princípio da precaução, o que pode levar à violação à sistemática de proteção ambiental contida no artigo 225 da Constituição Federal. 2. **A previsão legal de medida sem a demonstração prévia de sua eficácia e segurança pode violar os princípios da precaução e da prevenção, se se mostrar insuficiente o instrumento para a integral proteção ao meio ambiente equilibrado e ao direito de todos à proteção da saúde.** 3. **O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica, a revelar a necessidade de transferência do lócus da decisão definitiva para o campo técnico, revela-se no reconhecimento de que a lei, se ausentes os estudos prévios que atestariam a segurança ambiental e sanitária, pode contrariar os dispositivos constitucionais apontados pela Autora em sua exordial, necessitando, assim, de uma hermenêutica constitucionalmente adequada, a assegurar a proteção da vida, da saúde e do meio ambiente.** 4. Em atendimento aos princípios da precaução e da prevenção, bem como do direito à proteção da saúde, portanto, confere-se interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao disposto no inciso IV do §3º do artigo 1º da Lei nº 13.301/2016, para fixar o sentido segundo o qual a aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes e a comprovação científica da eficácia da medida são condições prévias e inafastáveis à incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves, em atendimento ao disposto nos artigos 225, §1º,

ADI 6421 MC / DF

incisos V e VII, 6º e 196 da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente”. (ADI 5592, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2020 PUBLIC 10-03-2020, destaqueei)

“Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 479 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, à luz dos arts. 5º, caput e inciso II, e 225, da Constituição Federal, da possibilidade, ou não, de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por observância ao princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população. **2. O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.** 3. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a

ADI 6421 MC / DF

decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública. 4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado. 5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009. 6. Recurso extraordinário provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência". (RE 627189, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-066 DIVULG 31-03-2017 PUBLIC 03-04-2017, destaqueei)

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO

ADI 6421 MC / DF

TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. **Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser**

ADI 6421 MC / DF

observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e

ADI 6421 MC / DF

descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente”. (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011, destaquei)

Nessa linha de raciocínio jurídico, as **medidas tomadas ou omitidas** durante a pandemia não de se pautar **fundamentadamente também** nos critérios condicionantes acima indicados: (i) observância de parâmetros, evidências, análises e informações científicas, inclusive os posicionamentos oficiais da OMS; e (ii) respeito aos princípios da prevenção e da precaução.

15. Ante o exposto, defiro parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme aos artigos 1º e 2º da MP n. 966/2020, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senti muita simpatia – não havia pensado, reconheço – pela proposta do Ministro Alexandre quanto à exclusão do advérbio “somente” e a redução parcial de texto, no caso, com relação ao *caput* do art. 1º.

Quando o Ministro Luís Roberto observou que sua compreensão estava adequada à do Ministro Alexandre, exceto quanto à suspensão integral do inciso II do art. 1º, que diz com as questões dos efeitos sociais e econômicos, entendi que talvez o Ministro Luís Roberto também tivesse visto com simpatia a exclusão do “somente”. Não sei se o Ministro Luís Roberto poderia me esclarecer.

O art. 1º, no *caput*, diz:

“Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:”

Vossa Excelência, Ministro Alexandre – corrija-me se eu tiver interpretado de forma incorreta –, propõe que, em relação ao *caput* do art. 1º, se exclua ou se suspenda a eficácia do advérbio “somente”. Seria isso?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente, Ministra Rosa. Ao excluir o advérbio "somente", daríamos segurança jurídica para mostrar ao gestor e aos órgãos de fiscalização que a função do Tribunal de Contas não sofreu nenhuma restrição, tampouco a questão dos atos de improbidade administrativa. Por isso, parece-me que seria necessária a retirada do advérbio.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Vi com simpatia essa redução. Trazia meu voto acompanhando na íntegra o eminente Relator, com aquela compreensão mais ampla, hoje confirmada.

ADI 6421 MC / DF

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Ministra Rosa, o Ministro Alexandre e eu não temos divergência quanto a isso. Acho que a fiscalização do Tribunal de Contas é legítima e os atos de improbidade estão excluídos, mas não vejo problema no "somente". Não o tirei, porque acho que não faz diferença.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Está bem.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Só uma observação. Os próprios tribunais de contas mandaram memoriais dizendo da preocupação em relação a isso. Por isso, talvez fosse importante, ainda que a maioria não retire, deixar bem claro que não há nenhum obstáculo à fiscalização do Tribunal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Certo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - É claro que não há obstáculo, Ministra Rosa. Fiz questão de deixar. Só observo que o Tribunal de Contas já era contrário, inclusive, à LINDB. Já havia manifestação específica do Tribunal de Contas contra o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O Tribunal de Contas, em relação a essa medida provisória, reproduziu entendimento que já tinha, contrariamente ao art. 28.

Como disse, não acho que o advérbio "somente" faça diferença, mas explicito em meu voto e não me incomodo de enfatizar, na linha da preocupação de Vossa Excelência, que as fiscalizações previstas na Constituição e os atos de improbidade estão excluídos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Presidente, agradeço e estou acompanhando o eminente Relator.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Egrégia Corte, Excelentíssimo Senhor Presidente, Senhores Ministros, Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, ilustres Advogados que assumiram a tribuna.

Preliminarmente, Senhor Presidente, gostaria de deixar consignado a minha admiração pela maneira didática e profunda com que Sua Excelência o Ministro Barroso proferiu o seu voto. E não menos brilhantes os votos que me antecederam, do Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Edson Fachin e Ministra Rosa Weber.

Senhor Presidente, nós estamos aqui aferindo a compatibilidade da Medida Provisória nº 966 com a Constituição Federal; e, à semelhança de outros atos que foram expedidos neste momento de exceção, mas dentro do Estado de Direito, nós estamos aferindo essa norma que estabelece a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid. Isso é muito importante, quer dizer, o nexó entre atos que estão relacionados à pandemia da covid, ou seja, como é que se afere, digamos assim, a culpa ou dolo dos atos praticados neste momento - repito, momento excepcional, mas que é um momento que requer medidas de exceção -, mas dentro do Estado de Direito.

Confesso que a primeira impressão que tive foi que a medida era pleonástica, na medida em que a constitucionalidade do art. 28 da Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual agentes públicos só responde pessoalmente por decisões e opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, ela é reconhecida constitucional por toda a doutrina e toda a jurisprudência. De sorte que, nesse primeiro momento, pareceu-me uma medida pleonástica.

Entretanto, os debates me convenceram de que se faz efetivamente

ADI 6421 MC / DF

mister estabelecer critérios de aferição dessa responsabilização, principalmente porque, nesses momentos, como já afirmei em uma intervenção que me concederam a vênia de fazer, exige-se do gestor pública fazer bem e depressa. E, como sabemos, a pressa, efetivamente, é uma inimiga da perfeição, e, *fortiori*, da perfeição jurídica. Contudo, o que se visa coibir também é que se aproveitem desses momentos excepcionais para a prática de ilícitos.

Então, preliminarmente, assentaria que a Medida Provisória nº 966 não é uma válvula de escape para gestores mal-intencionados, gestores contrários à ciência, e também não abrange, como aqui já foi destacado diversas vezes, nem os delitos de corrupção, de lavagem, enfim, e nem atos de improbidade administrativa.

A realidade é que o poder sancionatório, em razão do estado de calamidade, é aferido de uma maneira um pouco diversa, considerando-se exatamente essa necessidade de uma pronta e célere atuação.

E foi por essa razão que, digamos assim, reincidindo do rigor técnico do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, essa medida provisória veio esclarecer o que se pode conceber como um erro grosseiro. Portanto, aqui, no meu modo de ver, na verdade, essa medida provisória traz critérios *in judicando* de como os juízes devem interpretar o erro grosseiro, tendo em vista que os atos foram praticados em um momento absolutamente intencional, mas que não encerra uma carta de alforria para gestores mal-intencionados.

Na realidade, nesse debate que se travou com o Ministro Alexandre, o Ministro Gilmar e o Ministro Barroso, a *ratio* que se está por detrás dessa norma é exatamente esse momento atual, o qual gera um certo receio de se atuar prontamente, incidindo em alguma irritualidade, porque é de irritualidade que se trata, e não de dolo ou de crimes que se possa esconder por detrás dessa Medida Provisória.

E não é por outra razão que ela trata não da responsabilidade do Estado, objetiva, mas trata da responsabilidade individual do agente e a maneira que se pode esmiuçar esse conceito de erro grosseiro. No fundo, essa medida provisória exacerbou o ônus da prova na ação contra o

ADI 6421 MC / DF

agente público, ao estabelecer esses critérios de aferição do erro grosseiro, explicitando alguns parâmetros que retiram, digamos assim, um certo subjetivismo sancionador. Nesse particular, ela é, talvez, uma medida pleonástica porque a jurisprudência já vem entendendo, até com relação aos atos ímprobos, que é preciso fazer uma distinção entre o administrador ímprobo e o administrador inepto.

Aliás, em várias ocasiões, na nossa Turma, tivemos a oportunidade de julgar casos em que exoneramos de responsabilidade o administrador, porquanto se baseara em opiniões jurídicas. E só poderíamos imputar-lhe uma conduta maliciosa, uma conduta passível de se encaixar na ação de improbidade, se se comprovasse o *consilium fraudis* entre o parecerista e o administrador público.

No meu modo de ver, Senhor Presidente, ressoa mais do que evidente que não é erro grosseiro, por exemplo, assistir a essas operações de superfaturamento que escancaram lamentavelmente um momento tão delicado, pessoas que, na verdade, se aproveitam para praticar atos de corrupção. Isso não é erro grosseiro. E essa medida provisória não é uma carta de alforria para esses atos. Exatamente porque a gestão em tempo de pandemia requer celeridade, pode ocorrer, eventualmente, a compra de um equipamento que chegue em momento posterior, ou autorização de uma despesa legítima, em que o administrador precise dessa medida provisória para se sentir confortável em realizá-la e não sofrer uma persecução *a posteriori*. Mas, de outro lado, essa medida provisória não protege a compra de equipamentos superfaturados ou completamente fora dos padrões necessários para efeito de enfrentamento de uma pandemia.

De sorte que, na vida prática, é bem diferente o caso de uma ambulância, dirigida por um motorista do Estado, embriagado, que venha a matar o paciente que está conduzindo, do caso em que a ambulância tem de percorrer inúmeras unidades para poder internar aquele paciente, que pode eventualmente até chegar sem vida, mas o motorista se utilizou de todos os instrumentos necessários para sanar eventualmente aquela situação aflitiva que se lhe impôs: sair à procura de

ADI 6421 MC / DF

diversas unidades de saúde.

Então, Senhor Presidente, é da vida prática, o Direito não vive fora da realidade. E nós assistimos a isso, na televisão, quando o Ministro Paulo Guedes ressaltou que, às vezes, ele tem de emitir uma ordem de pagamento para um determinado estado, e o funcionário que deve assinar teme o poder sancionatório.

Então, nesse particular, essa medida provisória trouxe um critério de aferição da responsabilidade, um critério de aferição da atuação de má-fé do administrador diante quadro de pandemia.

Por outro lado, eu entendo, Senhor Presidente, que a culpa continua a existir, porque a culpa é consequência dos elementos imperícia, imprudência e negligência. Evidentemente que, no caso do administrador negligente, imprudente, do administrador que não respeita as regras e comete uma imperícia, está caracterizada a culpa e, *a fortiori*, o erro grosseiro.

A questão que subjaz e que foi muito bem destacada no voto do Ministro Roberto Barroso é a médico-científica. Ou seja, a questão de que, neste momento de pandemia, se pretenda utilizar fármacos que, em vez de curar a doença, venham a matar o doente. E nós estamos efetivamente experimentando um momento desafiador para a medicina, porque ela não conhece esta doença. Isso me foi dito com todas as letras pelo ex-ministro da saúde, e o disse no ambiente do Supremo Tribunal Federal, tão logo nós o convocamos para dar explicações científicas, na medida em que nos falece capacidade institucional para conhecermos questões médicas.

Então, como a medicina não conhece essa doença, nessa área, o guardião da Constituição, como conhecedor do direito fundamental à saúde, que é um direito de todos e um dever do Estado, e, como nesse particular, a preservação da vida é um cânone fundamental, todo cuidado é pouco. E esse "todo cuidado é pouco", que é utilizado na linguagem coloquial, se reflete na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em várias causas em que foi analisado o direito à saúde, em que essa expressão se exterioriza através dos princípios da precaução e da

ADI 6421 MC / DF

prevenção, que foram os princípios evidenciados com mais expressão no voto do Ministro-Relator.

E é evidente que prevenção não significa inação. Então, no momento de agir, o Supremo Tribunal Federal, posto não ter a capacidade institucional para tanto, se utiliza dos órgãos especializados. Nós, por exemplo, proibimos o consumo das pílulas contra o câncer porque elas não tinham eficácia comprovada nos órgãos técnicos nacionais e internacionais e, por outro lado, faziam com que as pessoas abandonassem os seus tratamentos e acabassem falecendo.

Por isso, Senhor Presidente, que, sob essa ótica, no meu modo de ver, pelo tanto que já pude pesquisar, especificamente da parte médica - isso de fato se infere do voto do eminente Relator -, o erro grosseiro é o negacionismo científico voluntarista.

Nós temos diversos órgãos que informam o que é e o que não é eficiente, de sorte que o agente público que atua no escuro o faz assumindo os riscos de produzir severos resultados. E isso, no meu modo de ver, até se equipara - o Ministro Alexandre também foi promotor - muitíssimo ao denominado dolo eventual. E é claro que, assumindo os riscos de produzir severos resultados, o agente é responsável em todos os campos do direito, quer no civil, quer no administrativo, quer no campo criminal.

Então, por todas essas questões e pelo mais que já foi exposto de forma brilhante pelos votos que me antecederam, Senhor Presidente, eu acompanho integralmente o brilhante voto do Ministro Roberto Barroso, em todos os sentidos, inclusive nessa discussão relativa ao inciso II - porque isso, na verdade, se projeta para o futuro, na medida em que serão judicializadas essas questões, e parabênizo, no mais, também os votos que me antecederam, do Ministro Alexandre de Moraes, do Ministro Edson Fachin e da Ministra Rosa Weber.

Então, é assim como voto, Senhor Presidente.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, a quem cumprimento, Senhores Advogados que assomaram à tribuna, sempre com tanta percuciência, com tanta boa vontade em trazer dados para o conhecimento deste Supremo Tribunal.

Peço licença a Vossa Excelência, Senhor Presidente, para não iniciar meu voto sem antes cumprimentar - vou pedir licença também ao Ministro Alexandre - primeiro a Ministra Rosa Weber, que hoje tem a última sessão - pode ser até que em outra ocasião tenha de novo - na condição dúplice de Ministra do Supremo Tribunal Federal e de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.

A Ministra Rosa Weber é um orgulho para qualquer país do mundo, para qualquer povo do mundo, por sua condição de magistrada firme, mas serena, rigorosa, mas suave, que conduziu uma eleição, o que não é tarefa simples - todos os que por lá passamos no Tribunal Superior Eleitoral sabemos -, contando ainda, claro, com a participação eficiente do Ministro Luís Roberto Barroso, que agora assume como Presidente, e do Ministro Fachin.

Sei que a Ministra Rosa Weber sempre contribuiu decisivamente para os trabalhos do Supremo, mas, com sua condução no Tribunal Superior Eleitoral, também para o Brasil. Por isso não quero deixar de, como Colega de Sua Excelência, dizer da honra que tenho de fazer parte de um grupo que a tem como um dos seus integrantes e, mais, de saber que a história do Tribunal Superior Eleitoral contou com Sua Excelência em momentos que não foram fáceis. Não é fácil, acho, a tarefa de nenhum de nós quando passa por lá, mas Sua Excelência a honrou com brilhantismo, tranquilidade e enorme esforço pessoal. Por isso não queria deixar de apresentar esse cumprimento público, que vai muito de minha amizade pela Ministra, mas não faria isso - não é do meu feitio fazer -, se não fosse algo que passasse pela racionalidade cívica de alguém que tem compromisso com as instituições judiciárias e com o País.

Agradeço a Ministra Rosa Weber, como cidadã e Juíza, por tudo que tem feito e pelo que fez no Tribunal Superior Eleitoral.

Cumprimento o Ministro Alexandre de Moraes, que assume agora naquela Casa como titular, sabendo que terá pela frente a colaboração

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF.

que já vem prestando, com o brilhantismo que lhe é peculiar. O Brasil pode ficar tranquilo quanto à composição do Tribunal Superior Eleitoral e à dinâmica do Tribunal da Democracia. No que se refere àquele órgão e àquele ramo da Justiça especializada, o Brasil vai bem, obrigada, tendo essas pessoas como seus integrantes.

Quanto ao caso aqui posto para julgamento, cumprimento o Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, pela percuciência do voto.

Farei a juntada de voto escrito, Presidente, mas quero fazer algumas brevíssimas observações. Disse há pouco tempo, em conversa com o Ministro Alexandre de Moraes, que duas instituições têm dado certo no Direito brasileiro, em que pese um ou outro percalço próprio da vida: a responsabilidade do Estado e a criação do mandado de segurança.

Essas duas instituições, desde sempre, são consideradas dos melhores frutos criados pelo Brasil, desenvolvidos pelo Brasil. A responsabilidade civil do Estado ou a responsabilidade administrativa do Estado não é criação brasileira, por óbvio, mas, no Brasil, teve desenvolvimento e efetividade inegáveis.

No caso da Medida Provisória n. 966, que dispõe, em sua epígrafe, sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19, a primeira referência que faço, em meu voto, é que, a despeito de a epígrafe de lei ser apenas um enunciado, e não ter força normativa, circunscreve o campo do que trata e como hão de ser tratadas e interpretadas as normas que no diploma se contém. Acho que foi isso que o Ministro Barroso - se bem entendi - fez em seu voto.

Tal como o Ministro, manifesto-me apenas quanto a essa medida provisória, deixando de fazer considerações de qualquer natureza sobre os elementos que constam de algumas das petições iniciais que se referiam também à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Lembro, Senhor Presidente, de celeberrima frase, de Ruy Cirne Lima, que nós todos, como estudantes de Direito, aprendemos no segundo ou terceiro ano e é ouro em pó: "a Administração é atividade daquele que não é senhor absoluto". Ou como diria Seabra Fagundes: "administrar é aplicar a lei de ofício". Tudo que tiver fora da lei, tudo que estiver fora, portanto, do direito posto não há de ser validado.

Neste caso, o cuidado com a responsabilidade do Estado e

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF.

especificamente do agente público - matéria de norma expressa da Constituição - há de ser cuidado, interpretado e aplicado quanto a essa medida provisória ou eventual lei na qual ela se converta, exatamente considerando atos relacionados com a pandemia da covid-19. Acho que foi isso que extraí do voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso e é nesse texto e contexto que me pronuncio quanto a ela.

Concordo com todos os votos até aqui manifestados, postos e expostos no sentido de nem a impunidade de agente público - o direito brasileiro não permite -, nem a imobilidade decorrente do temor do agente público honesto. Este quer praticar atos dentro da lei, mas, em um quadro de incertezas, acaba por ficar atento a destempero de práticas que precisam de ser adotadas. Daí também advirão consequências.

Não tenho dúvidas sobre o que o Ministro Gilmar afirmou. Chegou-se em um momento em que, por ações inoportunas, intempestivas e até maliciosas, judicialmente ajuizadas, temos casos de pessoas que sequer aceitam mais cargos na Administração Pública, muito mais quando se tem um desafio que se põe em uma situação de tantas incertezas como esta.

Acho que a interpretação conforme a Constituição dada pelo Ministro Barroso atende, em grande parte, a restrição ou circunscrição do que se tem no tratamento da matéria por essa Medida Provisória.

Afasto também, em meu voto, qualquer tipo de tratamento sobre os requisitos da medida provisória. Tudo o que diga respeito a essa pandemia efetivamente é urgente, mas concordo com o Ministro Alexandre que não há que se permitir uma excludente de ilicitude civil e administrativa para servidores públicos.

Em meu voto, Senhor Presidente, fiz anotação referente à responsabilidade, no Brasil, do estado, em que pese ser muito próprio do regime republicano. No caso brasileiro, basta ir a Pimenta Bueno para se constatar que é direito individual que os servidores públicos possam ser responsabilizados.

Dizia Pimenta Bueno, em um governo monárquico, que a responsabilidade dos agentes do poder constitui condição e necessidade essencial de ordem e liberdade pública, garantia indispensável a governos constitucionais. Se, pois, inobstante os fundamentos, o funcionário público, violando a lei e seus deveres morais, converte o emprego em meio de interesse pessoal, como instrumento de suas

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF.

paixões, não só o cidadão injustamente lesado deve ter o direito de promover sua responsabilidade, mas seus próprios superiores estão na obrigação de provocá-la ou fazê-la efetiva.

Isso está na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como agora mencionado pelo eminente Ministro Fux, como base do sistema constitucional brasileiro. Em todas as Constituições brasileiras, até em Cartas outorgadas e não cumpridas, como a Carta de 27 e a Emenda Constitucional nº 1, está expresso o dever de se responsabilizar o Estado e aqueles que agirem nos termos lembrados pelo Ministro Alexandre de Moraes no voto que proferiu, nos casos de dolo ou culpa.

Não acho que possa ser interpretado nada, como foi realçado pelo Ministro-Relator, no sentido da definição de dolo ou erro grosseiro. Ainda que conceitos indeterminados e indetermináveis, só o juízo poderá, em caso concreto, concluir se havia espaço de irresponsabilidade. Nesse sentido, acompanho o voto do Ministro-Relator.

Porém, parece-me que a ponderação feita no voto do Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que o advérbio "somente", no art. 1º, poderá efetivamente levar a que se imagine que se tenha introduzido uma cunha de irresponsabilidade incabível no Direito brasileiro, permitindo que condutas não possam ficar ao acesso do Judiciário. Parece-me o melhor caminho a se tomar, quanto a essa interpretação, a supressão do texto do art. 1º, com o deferimento da cautelar com a retirada do "somente". Parece-me de salutar conveniência e prudência.

Diferentemente, com as vênias do eminente Ministro-Relator, não me parece que seja algo que não tenha muito peso. Acho que tem, até porque ao interpretarmos, por exemplo, relativamente aos Tribunais de Contas ou ao Tribunal de Contas da União isso se mantém. Mas, com relação aos outros Tribunais de Contas, a todas as condutas de juízes brasileiros, é bom que fique claro que há perquirição da responsabilidade - estará nos termos, claro, quanto a esse cuidado específico da pandemia. A atos relativos a essa pandemia que se façam sem que se tenha, pelo menos, preocupação, somente nesses casos é que se vai dar a fiscalização.

Também, como o Ministro Alexandre de Moraes, há preocupação quanto às medidas do inciso II do art. 1º, que combate os efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia do covid-19, de que se mantenham nos termos apresentados. E a razão é simples. Aqui não é, como disse, um conceito, apenas uma abertura de possibilidades sobre

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF.

esses efeitos: quanto tempo, quais são eles, em qual medida e como é que se vai providenciar para que haja verificação e fiscalização. Nesse sentido, também estou acompanhando.

Registro e apenas registro, Presidente, que não estou retirando, até porque estamos em sede de cautelar, o § 2º do art. 1º, que afirma que o mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica na responsabilização do agente público. Para dizer o mínimo, vai ser cuidado em cada caso, porque a responsabilidade objetiva do Estado e, no caso de dolo ou culpa, do agente público, do servidor público, dá-se nos termos da Constituição e não de norma infraconstitucional - o parágrafo 6º é expresso. A responsabilidade objetiva só se firma pela circunstância de termos o nexos de causalidade. É exatamente essa a responsabilidade objetiva do Estado.

Norma infraconstitucional - neste caso, medida provisória - afirmar que este mero nexos não implica responsabilidade seria excluir essa responsabilidade. Como afirmado desde o voto do Ministro Barroso, estamos assentando que não há espaço de irresponsabilidade na República Federativa do Brasil. Estamos apenas afirmando que a norma que venha quanto a atos relativos a esta pandemia, adotados para que se tenham as políticas públicas necessárias, será adotada sem que o servidor ou agente público fique em desvalia ou sem segurança quanto às medidas que tomaria.

Nesse sentido, parece-me que as ponderações e, principalmente, o voto formulado pelo Ministro Alexandre de Moraes atendem perfeitamente o que eu dizia antes: nem a impunidade de um lado, nem um espaço de irresponsabilidade; nem a possibilidade de se manter situação de temor por parte do agente público que o leve à imobilidade.

Senhor Presidente, estou acompanhando o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Como bem asseverou o Ministro Barroso, não diverge, mas dá passo além no sentido de tornar mais clara, parece-nos, e mais segura a interpretação a ser dada a este diploma legal.

É como voto, cumprimentando mais uma vez, acompanhando o voto do Ministro Barroso, também acompanhado pelo Ministro Alexandre.

É como voto, Senhor Presidente.

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL****OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, gostaria de observar que eu não toquei nesse § 2º, porque, quando ele alude ao nexo de causalidade, ele quer dizer que a norma está regulando o agente público; não está regulando a responsabilidade do Estado. A responsabilidade do Estado é objetiva.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A responsabilidade do Estado é objetiva. A responsabilidade do servidor, nos casos de dolo ou culpa, depende desta pesquisa para depois aferir dolo ou culpa. Se não há nexo de causalidade, se o dano não foi provocado pelo Estado, ele nem tem que aferir nada. Por isso eu mantenho, mas faço apenas a anotação para que, no julgamento de mérito, inclusive relativo a outros dados, isso seja considerado por mim, no meu voto. Quer dizer, o que é a responsabilidade do Estado hoje? Ela é objetiva. Aqui, é do servidor, depende de dolo ou culpa. Mas eu só responsabilizo alguém se o dano vier do Estado. Se não age na qualidade de agente público, eu não tenho nem que me preocupar com isso. A responsabilidade subjetiva é depois de se ter responsabilizado. Se eu afasto de pronto o nexo de causalidade, eu não tenho que me movimentar nesse espaço. Por isso que eu só chamei a atenção sem retirar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu só chamei a atenção para este dado, porque a lei diz assim: o simples nexo de causalidade, que geraria a responsabilidade objetiva, não é suficiente, tem de dar um passo mais além. Eu só queria tocar nesse ponto do § 2º, que eu não mencionei por isso. Mas estou satisfeito. Só esta rápida intervenção.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL****OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, gostaria de observar que eu não toquei nesse § 2º, porque, quando ele alude ao nexo de causalidade, ele quer dizer que a norma está regulando o agente público; não está regulando a responsabilidade do Estado. A responsabilidade do Estado é objetiva.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A responsabilidade do Estado é objetiva. A responsabilidade do servidor, nos casos de dolo ou culpa, depende desta pesquisa para depois aferir dolo ou culpa. Se não há nexo de causalidade, se o dano não foi provocado pelo Estado, ele nem tem que aferir nada. Por isso eu mantenho, mas faço apenas a anotação para que, no julgamento de mérito, inclusive relativo a outros dados, isso seja considerado por mim, no meu voto. Quer dizer, o que é a responsabilidade do Estado hoje? Ela é objetiva. Aqui, é do servidor, depende de dolo ou culpa. Mas eu só responsabilizo alguém se o dano vier do Estado. Se não age na qualidade de agente público, eu não tenho nem que me preocupar com isso. A responsabilidade subjetiva é depois de se ter responsabilizado. Se eu afasto de pronto o nexo de causalidade, eu não tenho que me movimentar nesse espaço. Por isso que eu só chamei a atenção sem retirar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu só chamei a atenção para este dado, porque a lei diz assim: o simples nexo de causalidade, que geraria a responsabilidade objetiva, não é suficiente, tem de dar um passo mais além. Eu só queria tocar nesse ponto do § 2º, que eu não mencionei por isso. Mas estou satisfeito. Só esta rápida intervenção.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de julgamento conjunto de medida cautelar nas ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, propostas contra a Medida Provisória - MP 966/2020, o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamentaram o último dispositivo.

O Relator, Ministro Roberto Barroso, circunscreveu o debate, na análise da cautelar, à apreciação da MP 966/2020, dado que dispõe, especificamente, sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia da COVID-19, que é o contexto de calamidade pública que vivenciamos na atualidade.

Ao final, Sua Excelência votou pelo deferimento parcial da cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de padrões, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Conferiu, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º, §1º, da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, entre elas o posicionamento da OMS; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

É o breve relatório. Passo ao exame do pedido cautelar.

ADI 6421 MC / DF

Bem examinados os autos, adianto, desde já, que estou de acordo com o deferimento parcial da cautelar nos termos propostos pelo Relator.

Penso ser importante, porém, pontuar algumas questões que considero relevantes para o julgamento do feito.

Em primeiro lugar, tenho sempre ressaltado, inclusive em sede doutrinária, os deveres políticos de todos os cidadãos – e hoje dou especial ênfase aos agentes públicos – políticos em face do Estado e da sociedade. Isto porque

“se as pessoas numa república são titulares de direitos, hão de ter também, em contrapartida, obrigações para com a comunidade, como ocorria em Roma antiga ou, mais recentemente, na Alemanha, sob a Constituição de Weimar, que enunciava um rol de deveres fundamentais.

Ainda que hoje os textos constitucionais, como regra, não façam menção a obrigações, é possível deduzi-las a partir da multiseular tradição republicana, a exemplo do dever de tolerância, de solidariedade, de respeitar os outros, de superar o egoísmo pessoal, de defender a liberdade, de observar os direitos das pessoas e de servir o bem comum.” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 100, 2005, pp. 506/526).

Esse ideal não pode ser exercido como mero voluntarismo ou arbítrio, mas sim com o compromisso real e efetivo para com o bem comum. Se sob a égide da Constituição de 1824 havia agentes públicos cuja pessoa era “inviolável e sagrada”, as cartas republicanas subsequentes previram como aplicáveis, a todos os representantes eleitos, assim como os demais servidores estatais, “os postulados de *accountability* e *responsiveness*, caso pratiquem atos incompatíveis com o múnus público que lhes é cometido” (*Id.*, p. 194).

ADI 6421 MC / DF

Ressalto que, embora o corpo teórico da tradição republicana não seja uniforme, há um certo núcleo principiológico que o caracteriza, em especial aquele segundo o qual se impõe aos cidadãos o dever de participar da vida pública, engajando-se com os demais na busca de soluções compartilhadas para os problemas que decorrem da vida em sociedade. Assim, nas precisas palavras de John Pocock, a ideia central da tradição republicana reside no protagonismo do indivíduo no que respeita à condução de seu próprio destino, mas supre por meio da atividade política, para promoção de uma cidadania virtuosa (POCOCK, J.G.A. *The Machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition*. Princeton University Press, 1975, pp. 506-526.)

Neste momento de infinito sofrimento coletivo, em que suportamos, apenas na data de ontem, mais 1.179 óbitos no período de 24 horas, o agente público não pode tergiversar, devendo guiar-se pelos parâmetros expressos na legislação, quais sejam, as evidências científicas e as análises sobre as informações estratégicas em saúde, conforme consta do art. 3º, do §1º, da Lei 13.979/2020, a respeito de cuja constitucionalidade já tive oportunidade de me debruçar no julgamento da ADI 6.343 MC Ref. Nessa ocasião, afirmei que “nada é mais razoável e harmônico com o que consta na Constituição do que as decisões sejam tomadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

Trago à baila esta reflexão para fundamentar o meu voto por entender que o princípio republicano não só constitui um mandamento de otimização, ou seja, um preceito que determina que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, como também, um complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, a ser expandido em sua extensão máxima.

ADI 6421 MC / DF

Noutro vértice, o dever do agente público de guiar-se conforme as evidências científicas e as análises sobre as informações estratégicas em saúde deve pautar-se, como bem enunciou o Relator, pelos princípios da prevenção e da precaução. O primeiro tem incidência nas hipóteses de certeza (relativa) de danos e riscos, ao passo que o princípio da precaução, diversamente, tem incidência nas hipóteses de riscos e danos incertos. Quanto a este último, muito estudado no âmbito do Direito Ambiental, acentua Álvaro Mirra que,

“Cuida-se de um princípio com *status* de princípio constitucional, dotado de valor jurídico autônomo, a ser aplicado direta e obrigatoriamente por todos aqueles que se encontram na posição de tomadores de decisões, sejam agentes públicos, sejam pessoas privadas.

Se assim é, ou seja, se o princípio da precaução está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se imprescindível uma tutela jurisdicional que permita a sua implementação concreta” (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública ambiental: aspectos da tutela jurisdicional de precaução relacionada à questão das mudanças climáticas. In: PALMA, Carol Manzoli; SACCOMANO NETO, Francisco; OLIVEIRA, Taísa Cristina Sibinelli de (org.). Direito ambiental: efetividade e outros desafios: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Lex Magister, 2012. p 41-47).

Portanto, estando em jogo a saúde dos cidadãos brasileiros em tempo de grande incerteza, é mandatório que o princípio da precaução sirva de norte ao tomador de decisões. E, neste aspecto, as orientações e consensos da Organização Mundial de Saúde – OMS terão destacada importância, por se tratar, conforme entendimento jurisprudencial do STF, de entidade abalizada para propor parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante dos riscos à saúde.

Considero relevante, porém, estender o raciocínio que guiou o

ADI 6421 MC / DF

relator para além da área sanitária, o que me parece pertinente, em especial, pela menção expressa, no art. 1º, II, da MP 966/2020, ao “combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19”.

Relembro que, também na área econômica e social, existem organizações internacionais e nacionais especializadas, que têm apresentado pesquisas e consensos a respeito da atuação governamental no combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho – OIT e a Organização dos Estados Americanos - OEA, notadamente por meio da CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm vocalizado as preocupações de trabalhadores e de grupos sociais sistematicamente excluídos de direitos a respeito do peso que irá recair sobre eles na pandemia.

Assim, parece-me que as recomendações de tais entidades não poderão ser ignoradas pelos agentes públicos responsáveis pela elaboração e execução de políticas para o combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19, sob pena de configuração de dolo ou erro grosseiro.

Parece-me relevante, outrossim, fazer algumas ponderações finais.

Em primeiro lugar, uma ressalva importante: a meu ver, a medida provisória em questão deveria ser expressa quanto ao seu prazo de duração, para que não se cogite de produção de efeitos por prazo indefinido, sob o manto da alegação de que se está a atuar em face dos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19. Penso que sua eficácia estará condicionada ao prazo em que perdurar a pandemia, reconhecida como tal por ato do Congresso Nacional.

ADI 6421 MC / DF

Em segundo lugar, sublinho que o texto constitucional tem uma diretriz clara quanto à responsabilização civil por atos antijurídicos, ao dispor 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, **assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**” (art. 37, § 6º).

Ao que parece, a responsabilidade do agente público estaria condicionada apenas à ocorrência de dolo ou culpa, sem que o texto constitucional tenha feito qualquer gradação quanto ao nível de culpa, se leve ou grave. Digo isso porque “[...] a responsabilidade do funcionário cifra-se às hipóteses em que este haja atuado com dolo ou culpa, seja esta por negligência, imprudência ou imperícia, implicando violação do Direito” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32 ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1064).

Recentemente, na assentada de 14/08/2019, o Plenário desta Suprema Corte, ao debater a respeito do direito de regresso da Administração Pública, firmou a seguinte tese de julgamento (Tema 940 de Repercussão Geral): “A teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato” (RE 1.027.633 /SP, Rel. Min. Marco Aurélio). Nesse sentido, verifica-se que:

“A culpa e dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais, que escapa à indagação do prejudicado. **Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente**, para fim de mover-lhes ação regressiva, assegurado no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. **Se o agente não se houver com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem que**

ADI 6421 MC / DF

pagar” (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 349; grifei).

Como se percebe, a responsabilidade do agente é subjetiva, de modo que, por meio de ação de regresso, o ente estatal, “[...] cabe ao Estado, autor da ação, o ônus de provar a culpa do agente, com estabelece o art. 373, I, do CPC” (CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016p. 615).

Não é difícil compreender que a redação do art. 37, § 6º, da CF insere no debate que estamos a travar uma questão sobre o grau de liberdade conferido ao legislador ordinário, diante do mandamento constitucional, para, no âmbito de gradação da culpa, estipular que a responsabilização do agente público somente se dará no caso de erro grosseiro - ou seja, do mais intenso grau de culpa do ordenamento jurídico. Diante da complexidade da questão, reservo-me ao direito de esmiuçá-la quando do julgamento do mérito, e de eventualmente alargar o entendimento quanto à inconstitucionalidade dos artigos ora impugnados, em conformidade com o referido mandamento constitucional.

No entanto, neste exame preambular, entendo prudente acompanhar o voto proferido pelo Eminentíssimo Relator do feito. Digo isso porque vislumbro, em determinadas situações, a necessidade de resguardar a atuação de servidores públicos durante esse período gravoso de pandemia.

Corroborando tal pensamento, chamo a atenção para notícias lidas nos sítios eletrônicos da Folha de São Paulo e do Estado de São Paulo, por meio das quais tomei conhecimento de que duas grandes sociedades médicas, a saber, a Amib - Associação de Medicina Intensiva Brasileira - e a Abramede - Associação Brasileira de Medicina de Emergência - lançaram o "Protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por covid-19" (<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/05/chances-sobrevida-e-idade-como-e-a-escolha->

ADI 6421 MC / DF

de-pacientes-na-fila-de-uti.htm?cmpid=copiaecola).

Mencionado protocolo “sugere parâmetros para os médicos escolherem quais pacientes terão prioridade para ir para UTISs ou respiradores – procedimentos que podem ser fundamentais para que não morram” (<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,protocolo-sugere-parametros-para-medicos-escolherem-quais-pacientes-com-covid-19-terao-prioridade,70003297367>).

Ora, diante da enorme demanda e da escassez dos leitos de Unidades de Terapia Intensivas (UTIs) e de respiradores verificadas em alguns entes da federação, médicos, sobretudo aqueles da rede pública, estarão diante de escolhas trágicas a respeito de quais pacientes receberão os cuidados nestas unidades. Ou seja, servidores públicos deverão, com base em critérios éticos e científicos, é claro, definir quais pacientes, em detrimentos de outros, serão admitidos em unidades de cuidados intensivos e para uso de respiradores.

Em que pese o estudo produzido, com base em vasta literatura médica nacional e internacional - e que levou em consideração a experiência de outros países durante esta pandemia -, ao que parece, os profissionais de saúde, para a aplicação regular do referido protocolo, precisam se sentir seguros de que o seu ato não será, por si só, objeto de responsabilização civil ou administrativa.

Pretendo enfatizar, portanto, que olhar do julgador deve voltar-se a peculiaridade da atuação do agente público no contexto da pandemia. A esse respeito, observo que no art. 3º, II, da MP 966/2020, o qual reprisou o art. 12, § 4º do Decreto 9.830/2019, consignou-se a necessidade de levar em consideração a complexidade da matéria e as atribuições exercidas pelo agente, para a aferição do erro grosseiro.

Neste sentido, porém, preocupa-me que a leitura conjunta da MP

ADI 6421 MC / DF

966/20 com a MP 961/2020, que “autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”, transmita uma mensagem equivocada e autoritária de imunidade do agente público por atos e omissões, o que evidentemente não é o escopo da norma e nem poderia ser, diante do comando constitucional já citado.

De toda forma, em face do atual contexto, a indicar que algumas classes de agentes públicos, especialmente aqueles diretamente vinculadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19 mereceriam ter maior resguardo jurídico para a tomada dessas relevantes decisões, acompanho o voto do Relator, no sentido de que os padrões, as normas e os critérios científicos e técnicos das mais renomadas organizações nacionais e internacionais, sobretudo aquelas integrantes das Nações Unidas, deverão nortear os agentes públicos responsáveis elaboração e execução das políticas setoriais, sob pena de caracterização de dolo ou erro grosseiro.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

APARTE

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Eu refleti sobre essa preocupação de Vossa Excelência, Ministro Ricardo Lewandowski, acho que é relevante, mas imagino que, como seja uma medida provisória que vai à deliberação do Congresso, caberá a eles, ou caberia ao Congresso essa eventual delimitação de prazo, como bem observou Vossa Excelência, para que não fique em aberto.

Como a pandemia tem uma certa indefinição, penso que o Congresso pode ir testando o prazo. No caso do decreto de calamidade, até o final do ano. Portanto, imaginei que essa fosse uma atribuição que o Congresso devesse exercer.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -
CANCELADO**

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Ministro Lewandowski, nessa versão em que eu menciono a OMS, eu de fato restringi. Mas, ontem, no voto que não distribuí, mas foi o texto que li, eu já atendi a observação de Vossa Excelência.

A referência ficou:

...tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias nacional e internacionalmente reconhecidas.

Portanto, coloquei um gênero, e não mais uma específica.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -
CANCELADO**

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Não tenho nenhuma dificuldade em fazer essa adaptação. Basta tirar o qualificativo "médicas e sanitárias" e colocar "organizações nacional e internacionalmente reconhecidas".

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu compreendi que Vossa Excelência, em um ponto, anota um prazo de validade, que seria o do Decreto Legislativo nº 6. Então, seria um pouco mais abrangente.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Acho que foi um mal-entendido, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu não posso, como eu disse - e nenhum de nós pode - atuar como legislador positivo. Nós não podemos acrescentar à Medida Provisória que ela teria validade tão somente no prazo estabelecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020.

Mas eu acredito, como *obiter dictum*, que nós devamos, ou pelo menos eu o farei em meu voto, que nós deixemos consignado que o prazo de validade desta Medida Provisória deve se vincular a uma preocupação exarada pelo Congresso Nacional - que representa todos nós, o povo brasileiro, os cidadãos - de delimitar no tempo esse período de calamidade pública.

Então, Senhor Presidente, apenas para esclarecer, sem divergir do Relator, eu consignarei como *obiter dictum* esta minha preocupação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Compreendi bem agora. Vossa Excelência acompanha **in totum** o Relator, Ministro Luís **Roberto Barroso**.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL****VOTO - CONJUNTO****ADI 6.421 MC, ADI 6.422 MC, ADI 6.424 MC, ADI 6.425 MC, ADI 6.427
MC, ADI 6.428 MC e ADI 6.431 MC**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com pedidos de medidas cautelares que, conjuntamente, impugnam três blocos normativos: (i) a Medida Provisória 966/2020; (ii) o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018; e ainda (iii) os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019.

De início, pontuo que acompanho o voto-relator quanto à delimitação da questão a ser enfrentada em sede cautelar. Embora algumas das ADIs impugnem dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e do Decreto 9.830/2019, verifica-se que esses atos normativos já se encontram em vigor, no caso da primeira lei, há mais de 2 (dois) anos. Esse dado fático, por si só, afasta a alegação de perigo na demora que autorizaria a suspensão cautelar das legislações. Assim, o presente voto examinará tão somente as alegações de inconstitucionalidade endereçadas à MP 966/2020.

Especificamente em relação à MP 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados à pandemia da Covid-19, argumenta-se, em síntese, que a legislação restringe indevidamente a responsabilização de qualquer ação ou omissão dos agentes públicos durante a pandemia da Covid-19, ao estabelecer que esta se dará apenas em casos de dolo ou erro grosseiro na conduta.

Aduz-se que o art. 37, § 6º, da Constituição estabelece, além da proteção direta do administrado – que está amparado pela responsabilidade objetiva do Estado –, uma vertente de proteção indireta,

ADI 6421 MC / DF

segundo a qual a Administração precisará buscar o regresso da responsabilização no agente público responsável pelo dano, nos casos em que ele tenha atuado com dolo ou culpa.

Defende-se que a legislação ora impugnada rompe esse paradigma para as ações de ressarcimento, ao possibilitá-las apenas em casos de erro grosseiro (culpa grave) ou dolo, indo de encontro ao princípio republicano. Critica-se, ainda, a falta de critérios objetivos para a configuração de erro grosseiro do agente público, o que conduziria a verdadeiro regime de impunidade.

Diante dessa conjuntura, postula-se o deferimento de medida cautelar para suspender as normas atacadas e, no mérito, a procedência dos pedidos formulados, para declarar a inconstitucionalidade da MP 966/2020.

O processo foi distribuído, por sorteio, ao Ministro Roberto Barroso, no dia 15.5.2020, tendo Sua Excelência apresentado o feito em mesa para exame do pedido de medida cautelar na sessão plenária seguinte.

2 – Constitucionalidade formal

Em relação ao controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário quanto à obediência aos requisitos do artigo 62 da CF, entende esta Corte pela excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição (ADI MC 1.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 12.6.1998).

Destaco que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional passado, rejeitava a competência do Judiciário para exercer crítica sobre o juízo de existência dos mesmos pressupostos do decreto-lei. Sob a carta atual, porém, e desde o julgamento da liminar na ADI 162, esse entendimento mudou.

Em 1989, a jurisprudência do STF sofreu alteração e passou a admitir que esses pressupostos não são totalmente alheios à crítica judiciária. Sem que se desmentisse o caráter discricionário da avaliação política desses pressupostos, reservou-se ao Judiciário a verificação, em cada caso, de

ADI 6421 MC / DF

eventual abuso manifesto.

Em precedentes diversos, o STF afirmou a possibilidade de censurar a medida provisória por falta dos requisitos da urgência e da relevância, sem, contudo, encontrar nas hipóteses que analisava caso para tanto. Em 1998, porém, ocorreu a desaprovação pela falta do pressuposto formal.

O Supremo Tribunal Federal já realizou controle de constitucionalidade de leis oriundas de medidas provisórias, oportunidades em que entendeu haver desobediência aos mencionados critérios constitucionais. No entanto, tal fato ocorreu de forma excepcional, quando verificado que a matéria tratada na MP apresentava cunho estritamente processual ou quando flagrante o desrespeito aos critérios da urgência e relevância.

É o caso do julgamento da ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 29.3.2011, na qual foi reconhecida inconstitucionalidade de medida provisória, ante ausência de relevância e urgência, aliada ao trato de matéria processual de iniciativa exclusiva do Poder Legislativo (antes da EC 32/2001). Segue a ementa:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 9.º da Medida Provisória n.º 2.164-41/2001. Introdução do art. 29-C na Lei n.º 8.036/1990. Edição de medida provisória. Sucumbência. Honorários advocatícios. Ações entre FGTS e titulares de contas vinculadas. Inexistência de relevância e de urgência. Matéria, ademais, típica de direito processual. Competência exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa aos arts. 22, inc. I, e 62, caput, da CF. Precedentes. Ação julgada procedente. É inconstitucional a medida provisória que, alterando lei, suprime condenação em honorários advocatícios, por sucumbência, nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais”. (ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 29.3.2011, grifo nosso)

Contrariamente ao caso supra, a matéria tratada na Medida

ADI 6421 MC / DF

Provisória 1950-62/2000, e suas sucessivas reedições, visava a, precipuamente, realizar medidas complementares ao Plano Real para livrar o país da extorsiva inflação que gerava descontrole dos gastos públicos, corrosão do poder aquisitivo da moeda e desconcentração de renda.

Não se afirma, todavia, que, no caso em questão, houve obediência aos requisitos da relevância e urgência, mas tão somente que se trata de escrutínio restrito considerado o fato de a matéria em questão fazer juízo apreciativo quanto ao preenchimento dos requisitos taxados constitucionalmente, especialmente ante o caráter discricionário do qual são revestidos os pressupostos das medidas provisórias, mais notadamente quando a análise perpassa os critérios técnico-administrativos de condução da máquina pública e dos destinos nacionais.

Por oportuno, cito o atual posicionamento da Corte:

“CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em

ADI 6421 MC / DF

se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido”. (RE 592.377, Redator p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 20.3.2015, grifo nosso)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MP Nº 1.195/1996. ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO. EXAME DA RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. CASOS EXCEPCIONAIS. CONVERSÃO 1/3 FÉRIAS EM ABONO PECÚNIARIO. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 1. A decisão agravada está alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firme no sentido de que somente se admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. Precedentes. 2. Hipótese em que, para divergir da conclusão do Tribunal de origem, acerca do preenchimento dos requisitos ao direito à conversão do terço de férias em abono pecuniário, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, o que inviabiliza o recurso extraordinário. Precedentes 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 526.353 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 8.10.2015, grifo nosso)

Na mesma linha, já me pronunciei no caso de medida provisória que modificava a indenização do seguro DPVAT, cuja ementa descreve:

“Recurso extraordinário com agravo. Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT). 2. Redução dos valores de indenização do seguro DPVAT pela Medida Provisória 340/2006, convertida na Lei 11.482/2007. 3. Constitucionalidade da modificação empreendida pelo art. 8º da Lei 11.482/007 no art. 3º da Lei

ADI 6421 MC / DF

6.194/74. **4. Medida provisória. Pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Discricionariedade. Precedentes.** 5. Princípio da dignidade da pessoa humana. Ausência de violação. 6. Repercussão geral. 7. Recurso extraordinário não provido”. (ARE 704.520, de minha relatoria, Tribunal Pleno, repercussão geral, DJe 2.12.2014, grifo nosso)

Nesses termos, no caso da MP 966/2020, não cabe ao Poder Judiciário perscrutar a respeito do atendimento dos requisitos da relevância e urgência, pois se trata de situação aparentemente necessária para conferir segurança jurídica ao agente público no combate à pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2), na qual deve prevalecer, em regra, o juízo do administrador público.

Entendo apenas que, afastada hipótese de abuso, no caso em tela, deve-se adotar orientação já consolidada por esta Corte e, portanto, rejeitar a alegação de inconstitucionalidade por afronta ao art. 62 da Constituição Federal.

Além disso, a medida provisória será apreciada no Parlamento. Sendo o Poder Legislativo o titular do poder legiferante por excelência, tem-se que, nesse caso, o reconhecimento da existência de inconstitucionalidade prévia poderia configurar ataque frontal ao princípio da Separação dos Poderes.

2 – Constitucionalidade material

A questão colocada nas medidas cautelares das ADIs em exame consiste em saber se a Medida Provisória 966/2020 teria violado o texto constitucional ao restringir a responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de **dolo** ou **erro grosseiro** pela prática de atos relacionados ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19.

Eis o inteiro teor da Medida Provisória 966/2020:

“Art. 1º. Os agentes públicos somente poderão ser

ADI 6421 MC / DF

responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da **covid-19**; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da **covid-19**.

§ 1º. A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º. O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2º. Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

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.

ADI 6421 MC / DF

Art. 4º. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação”.

Em manifestações recentes neste Plenário, tenho ressaltado que a grave crise econômica, financeira e social desencadeada pela pandemia do novo Coronavírus impõe a necessidade de nos mantermos abertos a interpretações do texto constitucional que se amoldem ao contexto fático subjacente. Com esteio sobretudo nas lições do Professor *Peter Häberle*, tenho destacado que devemos estar abertos a um pensamento de possibilidades (*Möglichkeitsdenken*). Como destaca o autor:

“O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para novas realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”. (HÄBERLE, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980. p. 3).

No caso em tela, diante dos imensos desafios impostos à gestão pública pela pandemia do novo Coronavírus, poderíamos até mesmo estar inclinados a debater em que extensão seria razoável e proporcional flexibilizar o regime jurídico de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos.

Todavia, bem analisada a norma impugnada, entendo que **as balizas nela trazidas não se distanciam do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos constitucionalmente vigente mesmo em circunstâncias de normalidade.**

É cediço que a regra constitucional de Responsabilidade Civil do Estado, assentada na clássica Teoria do Risco Administrativo, impõe a responsabilização objetiva dos Entes Federativos, ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros. Esse regramento

ADI 6421 MC / DF

decorre da literalidade do § 6º do art. 37 da CF, *in verbis*:

“§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

No que se refere à responsabilidade dos agentes públicos, a norma constitucional, portanto, é clara no sentido de exigir a configuração de dolo ou culpa como elementares necessárias para a configuração do dever de reparar.

A jurisprudência do STF relativa ao art. 37, § 6º, da CF/88 consagrou entre nós a chamada **Tese da Dupla Garantia**, que, inspirada no princípio da impessoalidade, assegura regime de proteção dupla: (i) **uma em favor do particular**, possibilitando ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, dado que maior é a probabilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido; e (ii) **outra em favor do servidor**, que somente responde administrativa e civilmente à pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincula. (AgR 908.331, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 18.5.2016).

Na mesma linha, cito também o RE 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, Dj 8.9.2006; o RE-AgR 470.996, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Dje 11.9.2009; o AI-AgR 522.832, de minha relatoria, Segunda Turma, Dje 28.3.2008; o RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 14.11.2008; e o RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, Dj 12.4.2002.

Em decisões recentes, o STF reconheceu alguns desdobramentos importantes da Tese da Dupla Garantia. Ao apreciar o tema 777, da repercussão geral, o Tribunal assentou que "*o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa*". (RE 842.846, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, Dje 13.8.2019).

ADI 6421 MC / DF

No mesmo sentido, ao julgar o tema 940, o STF pacificou que “*a teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato*”. (RE 1.027.633, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 6.12.2019). Nessa ocasião, a propósito, a Corte conscientemente superou a posição do STJ que reconhecia a legitimidade passiva *ad causam* do agente público nas demandas indenizatórias por ato do Estado.

A partir do regramento constitucional apresentado, não há dúvida de que seria incompatível com o art. 37, § 6º, da CF/88 eventual ato normativo que buscasse imunizar o agente público pela prática de ato ilícito culposo ou doloso.

Todavia, dada a própria abertura semântica do conceito de culpa no campo da Responsabilidade Administrativa, não parece que seria defeso ao legislador ordinário, com o intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor público, prever **elementares culposas qualificadas**, que pudessem trazer especificação normativa da conduta culposa moldada à *práxis* da gestão pública regulamentada.

É justamente com esse intuito de **qualificar** a modalidade culposa da responsabilidade dos agentes públicos que normas como o art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – com redação vigente desde 2018 – prevê que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”. No caso específico da LINDB, o conteúdo jurídico da expressão “*erro grosseiro*” é objeto de regulamentação pelo art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019, o qual define: “*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*”.

No caso em tela, a densificação do regime de responsabilidade dos agentes públicos na adoção de medidas de enfrentamento à pandemia é igualmente buscada pela MP 966 com a restrição às ações ou omissões do Poder Público por “*dolo*” ou “*erro grosseiro*”. A convalidação da modalidade de responsabilidade subjetiva, a propósito, encontra-se

ADI 6421 MC / DF

espelhada no art. 1º, § 2º, da MP, o qual dispõe que “o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público”.

A rigor, **a norma impugnada não ilide tampouco atenua a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos**, mas apenas *qualifica* a modalidade culposa aplicável ao prever: “*considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*” (art. 2º).

Também bem andou a MP ao buscar fixar parâmetros de aferição do erro grosseiro. Esses parâmetros são indicativos para o próprio Judiciário e órgãos de controle externo, que deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e **assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão**. Em especial, deve-se considerar “*a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência*” (inciso III) e ainda “*o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas*” (inciso V).

Alinhado às considerações feitas pelo Ministro Relator, ressalto, também, a importância de as decisões tomadas pelos gestores durante a pandemia se fiarem, ao máximo possível, em *standards* técnicos, em especial aqueles decorrentes de normas e critérios científicos e aplicáveis à matéria, entre elas as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Nesse ponto, compreendo que uma interpretação possível do diploma normativo em exame poderia, na realidade, fazer incidir sobre a categoria de erro grosseiro quando configurado tratamento não deferente do gestor público às normas técnicas aplicáveis.

Caso um agente público conscientemente adote posição contrária às recomendações técnicas da OMS, entendo que isso poderia configurar verdadeira hipótese de imperícia do gestor, apta a configurar o erro grosseiro, nos termos do próprio art. 2º da MP. Já manifestei – e manifesto novamente – que **a Constituição Federal não autoriza ao**

ADI 6421 MC / DF

Presidente da República ou a qualquer outro gestor público a implementação de uma política genocida na gestão da saúde.

Assim, fazendo coro à técnica de interpretação conforme veiculada pelo relator, defiro parcialmente a cautelar apenas para estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro previsto na MP 966/020, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

3 – Premissas para um regime constitucional de responsabilização administrativa dos agentes públicos

Antes de concluir, gostaria de fazer algumas advertências sobre os fundamentos constitucionais que devem estruturar regime republicano de responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos;

Nos últimos anos, publicistas de escola do Direito Administrativo brasileiro têm levantado sérias preocupações com a ausência de critérios para a definição da responsabilidade administrativa de gestores públicos nas três esferas da administração direta e indireta. Autores como **Floriano de Azevedo Marques Neto** (MARQUES NETO, Floriano. FREITAS, Rafael Vêras. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto*, maio de 2018. Consultor Jurídico. 25 de maio de 2019), **Gustavo Binenbojm**, **Carlos Ari Sundfeld** (SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. Portal Jota, 31 de outubro de 2017), e outros de igual calibre têm diagnosticado, no Brasil, a ocorrência de verdadeiro **“Apagão das Canetas”** – expressão utilizada para designar sentimento generalizado de temor e de inação de nossos gestores públicos frente aos riscos de responsabilização pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. O pior que poderia acontecer, em um momento como o que estamos vivendo, em que - como já disse a Ministra Rosa - é necessária a ação, era a inação, era a inércia.

Na sua essência, esse fenômeno decorre de visão da Administração

ADI 6421 MC / DF

Pública que projeta, no gestor, o ideário de que ele deve ser mero “aplicador” da lei; como se todas as escolhas importantes para a funcionamento do Estado já tivessem sido tomadas pelo legislador, cabendo ao servidor apenas desvendá-las.

Para além de todos os desafios que essa visão de mundo implica, em termos de hermenêutica jurídica, qualquer aplicador do direito minimamente atento à realidade consegue reconhecer suas limitações. Como bem destacam **Binebojm** e **Cyrino**, embora “*o mundo da aplicação da lei de ofício seja um lugar bastante seguro para o agente público, esse mundo não existe e talvez nunca tenha existido*”. Sobretudo em sociedades complexas como a nossa, é inegável que “*administrar envolve tomar decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo legislador*”. (BINENBOJIM, Gustavo e CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, nov 2018, p 205).

Esse fenômeno apontado pela doutrina impõe que façamos uma autocrítica das nossas instituições de controle. Em belíssimo texto sobre o tema, a professora do Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) **Juliana Bonacorsi de Palma** buscou identificar, a partir da análise de 133 acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU), o que seria, na visão do Tribunal, o chamado “administrador médio”. Como descreve a professora:

“Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos

ADI 6421 MC / DF

administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)”.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>

Essa figura utópica, que é utilizada como régua no controle externo dos atos administrativos parece presumir que o gestor público deveria atuar como verdadeiro exegeta oitocentista. Esse tipo de idealização, infelizmente, não parece ser exclusividade dos órgãos de controle. Alguns casos de escola no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário placitam abordagens semelhantes.

Sobretudo, em cenários em que as dificuldades de uma crise econômica, financeira ou sanitária demandam dos gestores públicos medidas invasivas e urgentes, o exame *a posteriori* da responsabilidade do agente público pelos órgãos judiciais e também pelo Ministério Público deve considerar o contexto informacional contemporâneo à tomada de decisão.

Considere-se como exemplo esse caso – quase que banal – da liberação dos recursos pelo Governo para pagar o benefício emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos) reais. Temos notícias de que militares ou mesmo pessoas de melhores condições econômicas acabaram recebendo o benefício. Esse é o resultado do Brasil que nós criamos.

E, aqui, como nós sabemos, temos visto, inclusive noticiado, essa realidade, esse vexame nacional, é não saber onde estão esses pobres. É um vexame! É vergonhoso! A imprensa timbrou dizendo: São os invisíveis. Desenvolveu esse nome. Vejam, não se sabe onde encontrar

ADI 6421 MC / DF

essas pessoas, embora estejam passando fome em algum lugar, perderam seu emprego ou a única atividade que tinham: biscate, autônomos. Não se sabia como encontrar. Nós temos que enfrentar essa realidade.

É ruim para nós como nação. É vergonhoso que a oitava, nona ou décima economia do mundo tenha que conviver com esse regime de *apartheid*. Isso, sim, precisa ser enfrentado. E vejam o risco de quem decide, porque o dinheiro ou não chegou nas mãos de quem precisa, ou pode ter chegado **em mãos outras**. Mas não podemos imputar, por exemplo, a quem distribuiu como má-fé.

Nesse episódio, o próprio Ministro da Economia, mesmo após obter uma liminar do Ministro Alexandre de Moraes suspendendo a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal durante o período de pandemia, discutia-se se ainda seria necessária a edição de uma Proposta de Emenda Constitucional, tendo em vista o cenário de abuso que se pode perpetrar contra os gestores públicos.

Espero que o resultado dessa crise seja a colocação na agenda política nacional de uma política de combate à desigualdade. Nós não sabemos sequer ainda quem são as pessoas que precisam de ajuda nos nossos cadastros, o que faz com que equívocos como esse sejam cometidos.

Mas agora imaginemos que um agente do Ministério Público entre com uma ação de improbidade contra o presidente da Caixa Econômica Federal por não ter tido cuidado no pagamento desse benefício assistencial. Imagina que isso aconteça e um agente da Caixa Econômica Federal ou do Ministério da Economia seja responsabilizado pela operação dos recursos.

Claro que todos nós queremos repudiar fraudes. Se houver fraudes e conluíus, é claro que isso deve ser combatido. É claro que todos nós ficamos chocados com as notícias que aparecem todo dia quanto ao superfaturamento na compra dos equipamentos necessários para o combate a covid-19. É evidente que isso choca a todos, o consumo dos recursos que são pagos de maneira ineficiente, inadequada, abusiva. É

ADI 6421 MC / DF

preciso, de fato, que isso seja combatido e repudiado. É preciso, de fato, que isso seja combatido e repudiado.

Mas, talvez, aqui os órgãos de controle pudessem até atuar de uma maneira preventiva, aqueles especialmente que tenham alguma *expertise* para evitar controvérsias que surgem *a posteriori*. O Ministro relator falou de *standarts* para orientar as ações dos agentes públicos e eu digo que também precisamos ter *standarts* na avaliação da responsabilidade por parte dos órgãos de controle e das câmaras técnicas do Ministério Público. Muitas vezes as decisões desses agentes vão ser examinadas daqui a dois, três, quatro ou cinco anos. Isso tem um efeito grande sobre o processo decisório. Por isso, seria importante termos súmulas e orientações técnicas que orientam a atuação dos órgãos de controle externo.

Somente na história recente da nossa República, o Governo Federal já implementou, por exemplo, nos últimos 30 anos, quatro planos monetários.

Isso foi um jogo de tentativas e erros. Imputar má-fé agora, às vezes, poderia ocorrer. Os planos fracassaram, de maneira retumbante, ao longo desses anos. Eu vivenciei essa realidade em um governo. Eu vi a crise cambial, em que o mundo desaparecia, e todos estavam tentando fazer o seu melhor. É fácil, depois, entrar com uma ação de improbidade para dizer que houve alguma coisa de errado. É preciso olhar isso, Presidente! É preciso saber, valorar e valorizar o trabalho que essas pessoas exercem nas suas funções. Eu vivi a crise do apagão. Eu sei aquilo que significava. E, claro, a toda hora, encontrávamos esses professores de Deus nos ensinando a fazer as coisas. Como se diz no interior: "quem não sabe não faz, critica".

Em muitos casos, não é dado ao gestor público antever todos os desdobramentos positivos e negativos de uma eventual medida. Como já destaquei em estudo acadêmico, políticas econômicas como as reformas monetárias são de notável complexidade, existindo diversos modelos disponíveis. (MENDES, Gilmar Ferreira. A Reforma Monetária de 1990 –

ADI 6421 MC / DF

Problemática Jurídica da Chamada ‘Retenção dos Ativos Financeiros’”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, out./dez. 1991).

nesse estudo, eu demonstro que uma boa parte das reformas ocorridas, entre o final dos anos 1940 até 1954, tinha este viés de retenção de ativos financeiros. Isto fica muito claro, inclusive numa tabela que eu faço publicar nesse estudo.

E não se pode esquecer que aquela medida teve alguma aceitação naquele momento, porque nós tínhamos uma inflação - essa é a inflação que se registra no Plano Collor - de 84,32% ao mês e em ascendência. Portanto, era um estágio de hiperinflação.

Julgar isto depois e dizer: "Ah, mas há uma inconstitucionalidade." É muito fácil. Especialmente se nós estivermos numa inflação próxima a zero. Perdemos até a noção.

Quando nós falamos para o nosso público, hoje, de estudantes, que houve uma inflação de 84,32%, eles parecem crianças alemãs. Não sabem o que era inflação. Só que isso não ocorre na Alemanha, porque a Alemanha insiste, inclusive, em mostrar o que significou a inflação no período de *Weimar*.

Preciso dizer isto, preciso que as pessoas saibam disto, como também as pessoas precisam saber no Brasil. Que houve ditadura no Brasil e que a ditadura foi lamentável. Precisamos trabalhar a história para valorizar as conquistas que nós tivemos, valorizar a democracia.

Em hipóteses delicadíssimas de adoção de políticas públicas como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas, por exemplo, o pior cenário possível é que ocorra o já referido aqui "**Apagão das Canetas**", situação em que os gestores públicos ficam paralisados pelo medo de responsabilização.

O temor da caneta só direciona o agir para a solução formal que nada agrega à construção de políticas públicas. Nas palavras precisas do saudoso professor carioca Marcos Juruena: "***Dorme tranquilo quem indefere***". (Como destacado em MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o Ato Administrativo. **Revista Colunistas – Direito do Estado**, n. 289, 2016).

ADI 6421 MC / DF

Talvez um dos episódios mais icônicos da nossa história recente – e que entra para o folclore jurídico – seja a do ajuizamento, pelo Ministério Público Federal, no começo dos anos 2000, de ações de improbidade contra os ex-ministros do Governo FHC Pedro Malan, José Serra e Pedro Parente.

Essas ações questionavam a assistência financeira no valor de R\$ 2,97 bilhões do Banco Central aos bancos Econômico e Bamerindus, em 1994, dentro do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), que socorreu bancos em dificuldades. Ela foi subscrita pelos ilustres Procuradores da República Oswaldo José Barbosa Silva, Wellington Cabral Saraiva, Antônio Carlos Alpino Bigonha, José Leovegildo Oliveira Moraes, Humberto Jacques de Medeiros e Franklin Rodrigues da Costa.

Os três ex-ministros acusados de improbidade chegaram a ser condenados em primeira instância a restituir aos cofres públicos R\$ 200 milhões. O ilícito civil praticado por eles teria sido a autorização do pagamento, com recursos públicos, de prejuízos dos correntistas dos bancos que sofreram intervenção em 1995 pelo Proer – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, do governo FHC.

Em 2016, a Primeira Turma do STF acolheu recurso da Procuradoria-Geral da República e determinou o desarquivamento das mencionadas ações de improbidade, que, hoje, quase 30 (trinta) anos depois da implementação do Proer, continuam a correr na Justiça Federal de Brasília. Transcreve-se a ementa abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA DE FORO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE. COMPETÊNCIA DO PRIMEIRO GRAU. AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE NA ADI 2.797/DF NÃO CONFIGURADA. Sedimentou-se, nesta Corte Suprema, o entendimento de que competente o primeiro grau de jurisdição para julgamento das

ADI 6421 MC / DF

ações de improbidade administrativa contra agentes políticos, ocupantes de cargos públicos ou detentores de mandato eletivo, independentemente de estarem, ou não, em atividade. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido”. (Rcl 3.004 AgR, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15.3.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13.4.2016 PUBLIC 14.4.2016)

Outro caso atual bem ilustra o drama que mesmo servidores públicos experientes enfrentam. Em janeiro de 2020, o MPF ofertou denúncia em face de ex-executivos e ex-conselheiros de fundos de pensão que realizaram aportes financeiros no Fundo de Investimentos e Participações (FIP) Sondas, veículo de investimentos da Sete Brasil Participações pelo crime de gestão temerária. Um dos denunciados é Esteves Colnagno, hoje assessor especial do Ministério da Economia. Trata-se de um dos mais brilhantes servidores públicos da União, que conta sólida formação acadêmica e vasta experiência pública: é servidor de carreira do Banco Central, atuou como diretor de programa e secretário-executivo-adjunto do Ministério do Planejamento e chegou a ser Ministro do Planejamento no governo Temer.

Em entrevista publicada na Folha de São Paulo, o experiente gestor narrou as circunstâncias fáticas e projeções econômicas da época. Explicou que, quando a reunião do Conselho de Administração aconteceu, nos idos de 2012, a projeção do investimento era amplamente favorável à operação, o que inclusive era subsidiado em pareceres técnicos. :

“Você tinha os pareceres dizendo que o investimento era bom. Vamos supor que, **se pela minha ação, não exercêssemos o direito de preferência e aí o negócio dá certo.** Poderiam falar: ‘Você causou um prejuízo à Funcef por ter sido muito conservador’. Até porque houve três diretores durante a reunião falando que aquilo tinha boas perspectivas. **Eu poderia ser acusado do outro lado. O cenário era muito positivo.**

(...) O **investimento era bom, aparentemente era bom.**

ADI 6421 MC / DF

Todo o mundo falando que tinha que entrar. Mas houve uma queda muito forte no preço do petróleo, de US\$ 100 o barril para US\$ 30. Teve a Operação Lava Jato, que maculou a imagem da Petrobras e acionou regras de *compliance* [normas de conduta] dos bancos, que não tinham mais como emprestar. Os pilares do projeto ruíram. Deixaram de existir.

(Disponível

em:

[-https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/nao-me--](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/nao-me--)

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/nao-me-->

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/nao-me-->

Esses são apenas alguns exemplos arquetípicos, que revelam como um cenário insegurança jurídica, no regime de responsabilização de gestores públicos, pode contribuir para uma paralisia sistemática da Administração Pública.

Sobretudo no campo da responsabilização por improbidade administrativa, fica bastante clara a necessidade de repensarmos o regime jurídico para dar mais segurança jurídica ao gestor e reduzir o espectro de discricionariedade dos órgãos de persecução.

Uma pesquisa recentemente realizada por docentes do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e apresentada na Confederação Nacional dos Municípios (CNM) analisou 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, publicados entre 2005 e 2018, contra prefeitos. De acordo com a pesquisa, menos de 10% das ações de improbidade contra prefeitos que chegam ao STJ estão relacionadas a situações de enriquecimento ilícito, previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992. Mais da metade dos casos no STJ envolvem tão somente a modalidade de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública contemplada no art. 11. Além disso, há uma intensa discussão sobre a proporcionalidade das sanções aplicadas pelos atos de improbidade.

Da experiência institucional acumulada, fica claro que precisamos pensar com urgência em uma reforma da Lei de Improbidade. O Ministro Barroso, em seu voto, falou muito disso, das pessoas que hoje têm medo, inclusive, de assumir as funções públicas e elas, às vezes, as funções

ADI 6421 MC / DF

públicas, ficam inclusive, no decorrer, ocupadas por aventureiros. O caso a que nos referimos, a perplexidade do Ministro Guedes e de sua equipe, tem a ver exatamente com a noção de responsabilidade dessas pessoas.

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 10887/2018, que resultou do trabalho de comissão de juristas criada pelo presidente da Câmara, Rodrigo Maia, e coordenada pelo ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

E aqui a gente tem que dizer: a associação, o consórcio espúrio, o conúbio espúrio, que infelizmente não se encerrou, entre, muitas vezes, membros do Ministério Público e determinada força política faz com que se entre com ação de improbidade quando podia ser uma ação civil de cobrança. "Ah, o Ministro Gilmar está exagerando nas suas imputações!" Não, reconheço a importância do trabalho do Ministério Público, e é preciso que faça essa crítica e essa autocrítica.

O Projeto de Lei mencionado visa a conferir maior estabilidade ao regime de improbidade administrativa. Sua principal inovação consiste justamente na supressão da modalidade culposa de improbidade. Como destacado na Justificativa do PL:

“De um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento. O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamento de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados”.

Além disso, o PL busca garantir maior proporcionalidade nas

ADI 6421 MC / DF

sanções decorrentes dos atos de improbidade de baixo potencial ofensivo, permitindo que, nessas situações, a sanção se concentre na pena pecuniária, e não necessariamente envolva a suspensão de direitos políticos.

“Perseguindo o desiderato de proporcionalidade entre ato e sanção, consequências jurídicas e ofensividade do ato, o anteprojeto inova criando a possibilidade de que atos ímprobos de baixa ofensividade sejam apenados de forma distinta daqueles atos ofensivos a uma maior gama de valores da administração pública ou que causem prejuízos relevantes. Sem prejuízo do ressarcimento, devido, atos de baixa relevância serão apenados com multa, sem suspensão de direitos políticos ou proibições de relacionamento com o poder público ou desligamento da função ou do cargo público.

Existem atos administrativos que são meramente irregulares, jamais atos de improbidade administrativa, e entre aqueles ilícitos caracterizáveis como atos de improbidade existem os que não implicam relevante dano ao erário, embora sejam atos que ofendam a moralidade e às vezes ao patrimônio administrativo. Possuem baixo poder ofensivo –ou baixa relevância, ou baixa significância –, mas são ontologicamente atos de improbidade. Desta maneira, merecem sanções previstas nesta lei, mas de forma proporcional à ofensa perpetrada, e não nos moldes da sanção aplicável aos relevantíssimos atos de improbidade”.

Essas alterações parecem ser bastante oportunas para conferir maior segurança jurídica à Administração Pública brasileira. Em verdade, a estrutura de incentivos criada por um sistema que projeta a figura do agente público formalista exegeta mina totalmente as oportunidades de soluções inovadoras.

O cultivo de uma cultura judicial que persegue, reprime e cerceia a boa gestão jamais pode ser compatível com os preceitos constitucionais da eficiência, da moralidade e da impessoalidade da Administração

ADI 6421 MC / DF

Pública.

3 - Dispositivo

Feitas essas considerações e ante todo o exposto, acompanho o relator.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, imaginei não sobrasse tempo para votar! Já são, como disse Vossa Excelência, 18h25. Serei breve.

Tudo muito belo, tudo muito formoso. Acontece que o Supremo não é protagonista único da vida política e social do País. A esta altura, de duas, uma: ou o Supremo acaba de assumir a postura de consultor do Congresso Nacional, ou acaba, se acolhido o que veiculou, por substituir-se ao Presidente da República na edição de medida provisória.

A regra, Presidente, é não se ter a judicialização de medida provisória; a ressalva corre à conta de casos excepcionais. E digo casos de excepcionalismo, em que haja risco irreparável no cenário.

E tem-se que o sistema não fecha. O sistema não fecha, porque a medida provisória fica submetida ao crivo do Congresso. É o que está no artigo 62 da Constituição Federal. De duas, uma: ou o Congresso simplesmente subscreve a Medida Provisória no texto examinado do Executivo, ou examina o novo normativo sinalizado pelo Supremo e exerce crivo em relação à decisão deste último.

A Medida Provisória segue, repito, figurino em termos de tramitação e é encaminhada, já que se trata de ato precário e efêmero, ao Congresso. Pode, na tramitação no Congresso, trancar a pauta – e isso ocorrerá, ante o tempo, no dia 28 de junho, se não houver a apreciação – do próprio Congresso.

Não vejo como acolher a judicialização, que se faz neste momento, da Medida Provisória nº 966. Tenho como inadequadas – é como voto inicialmente – as ações diretas ajuizadas, e que o foram por partidos que, como já disse em outra assentada, não estão na base de sustentação política do governo.

Indo à matéria de fundo, porque vencido nessa óptica, Presidente, não posso deixar de pronunciar-me quanto à matéria de fundo, o que ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de

ADI 6421 MC / DF

2020? Ocorreu, como se fosse possível, a alteração da Lei das leis, da Constituição Federal.

Sabe-se que a responsabilidade do Estado por atos pode ser de duas espécies: objetiva, se se trata de ato comissivo, ou subjetiva, quando se tem ato omissivo. O Estado tem o direito de regresso – e a Medida Provisória versa sobre essa matéria, ou seja, a responsabilidade do servidor –, em relação ao servidor que haja praticado o ato. Por texto claríssimo da Constituição Federal, essa ação pressupõe culpa ou dolo do servidor. Constata-se que, no tocante à culpa, a Medida Provisória restringe, restrição que não está na Constituição Federal. E, mediante a utilização do advérbio "somente", revela que o servidor apenas responde por erro grosseiro. A teor da Constituição Federal e de acordo com a melhor doutrina, pode responder por culpa leve. Evidentemente, o instrumental é superimpróprio, para se ter o afastamento do que previsto na Constituição Federal.

Num primeiro passo, concluo pela inadequação das ações diretas de inconstitucionalidade e por aguardar-se a atuação do Congresso. E, num segundo passo, defiro a liminar pleiteada para suspender o ato normativo – e não reescrevo a Medida Provisória, porque devo atuar, como salientou o ministro Ricardo Lewandowski, como legislador negativo e não positivo – editado pelo Presidente da República.

É como voto.

21/05/2020

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.421 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Pedindo vênias aos Ministros **Alexandre de Moraes**, **Cármem Lúcia** e, agora, ao Ministro **Marco Aurélio**, acompanho o eminente Relator. Louvo os votos proferidos, a partir do do Relator, assim como os votos divergentes. Louvo a profundidade do debate, que realmente engrandece esta Corte, nesta análise de um tema tão importante, tão candente, sobretudo se considerarmos, ainda, o momento que estamos vivendo.

Portanto, acompanho o Relator.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.421

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERISSIMO (46534/DF) E

OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que: a) deferia parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; b) conferia, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º, § 1º, da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e c) firmava as seguintes teses: "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos", o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Bruno Lunardi Gonçalves; e, pelo interessado, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, analisou a medida cautelar, vencido, preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela inadequação da ação direta. Na sequência, por maioria,

deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Foram firmadas as seguintes teses: "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos". Tudo nos termos do voto do Relator. Ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia, que concediam a medida cautelar em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que a concedia para suspender a eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário