



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O Pleonasmismo Jurídico da Medida Provisória nº 966/2020

The Legal Pleonasm of Provisional Measure nº 966/2020

Luiza Szczerbacki Castello Branco

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de fazer uma análise crítica da MP nº 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. A referida norma, todavia, apenas reproduziu dispositivos inseridos pela Lei nº 13.655/18 à LINDB, assim como do Decreto nº 9.830/19. A mencionada legislação, reforçando o pragmatismo jurídico, busca criar um ambiente propício para o gestor público bem intencionado e que quer agir de maneira inovadora, o que se afigura útil para suplantar a atual crise. Instado a se manifestar, o STF, utilizando-se do pragmatismo, estabeleceu parâmetros interpretativos a fim de harmonizar a MP nº 966/2020 à Constituição. A metodologia da pesquisa é de cunho qualitativo, porquanto pretende-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, da legislação correlata, assim como da jurisprudência superior sobre o tema. Conclui-se que, não obstante salutar a manifestação do Supremo, a Medida Provisória, ao repetir o que já normatizado, em nada inovou, incorrendo em um pleonasmismo jurídico.

Palavras-chave: Medida Provisória nº 966/2020; LINDB; Lei nº 13.655/2018; Decreto nº 9.830/19; Pragmatismo jurídico; Parâmetros interpretativos; STF.

Abstract: This article aims to make a critical analysis of Provisional Measure nº 966/2020, which provides about the accountability of public agents for action and omission in acts related to the pandemic of covid-19. The referred rule, however, only reproduced devices inserted by Law nº 13655/18 to LINDB, as well as from Decree nº 9830/19. The aforementioned legislation, reinforcing legal pragmatism, seeks to create an enabling environment for the well-intentioned public manager, who wants to act in an innovative way, which seems useful to overcome the current crisis. Urged to manifest itself, the Brazilian Federal Supreme Court, using pragmatism, established an interpretative framework in order to harmonize the Provisional Measure nº 966/2020 with the Constitution. The research methodology is qualitative nature, since it is intended to avail of the pertinent bibliography on the subject in focus, related legislation, as well as the higher jurisprudence on the theme. It is concluded that, despite the salutary manifestation of the Supreme Court, the Provisional Measure, in repeating what has already been standardized, did not innovate, incurring a legal pleonasm.

Keywords: Provisional Measure nº 966/2020; LINDB; Law nº 13655/18; Decree nº 9830/19; Legal pragmatism; Interpretative framework; The Brazilian Federal Supreme Court.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p254-270>

O PLEONASMO JURÍDICO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020

Luiza Szczerbacki CASTELLO BRANCO*

Sumário: 1. Introdução; 2. Análise crítica dos dispositivos da Medida Provisória nº 966/2020; 3. Breves considerações sobre o pragmatismo jurídico no direito público brasileiro; 4. Os parâmetros interpretativos definidos pelo STF; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou, na data de 11 de março de 2020¹, a doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), mais conhecida como covid-19, como pandemia². Para fazer frente a essa situação de emergência mundial, as autoridades nacionais foram desafiadas a adotar medidas inéditas de superação, mediante a tomada rápida de decisões e a assunção de providências excepcionais.

Esse panorama ímpar, em que uma crise sanitária trouxe impactos diretos na economia, demandou, por parte do Poder Público, a adoção de soluções arrojadas, a fim de combater os problemas relacionados com a saúde da população, ao mesmo tempo em que tentava mitigar os nefastos efeitos econômicos gerados pela paralisação dos serviços e do comércio. As ferramentas à disposição dos gestores públicos, todavia, nem sempre se mostraram adequadas ou suficientes para enfrentar essa nova realidade.

Como se sabe, a atividade estatal é norteada pelo princípio da legalidade, de forma que a atuação administrativa está adstrita ao que expressamente consignado em lei, ou seja, a Administração Pública encontra-se subordinada aos mandamentos legais (MELLO, 2015, p.78). Neste contexto, ao gestor estatal, por definição, só é permitido fazer o que a lei autorizar, o que, na prática, restringe a sua liberdade de atuação, devido à impossibilidade de o legislador prever todas as situações que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos (DI PIETRO, 2001, p.69).

Diante desse cenário, o Presidente da República entendeu relevante e urgente editar a Medida Provisória nº 966/2020 (MP nº 966/2020), a fim de disciplinar regras específicas de responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. A referida MP, contudo, não foi bem

* Mestre em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas - EBAPE/FGV. Especialização em Direito Público e Privado pela EMERJ. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogada.

1 Agência Brasil. Notícia. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>

2 O termo é usado para descrever situações em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas de forma simultânea no mundo inteiro.

recepcionada, sendo criticada por parte da imprensa, por órgãos de controle³ e por diversos partidos políticos, de forma que foram ajuizadas sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴ (ADIs) em face da norma. Tais ações sustentam, em síntese, que os critérios estipulados pela MP nº 966/2020 para relativizar a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia poderiam implicar a anistia ou o salvo-conduto a toda e qualquer atuação estatal desprovida de dolo ou erro grosseiro.

Assim, o presente trabalho tem o fito de fazer uma análise crítica da MP nº 966/2020, contrapondo-a com os dispositivos inseridos pela Lei nº 13.655/18 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), assim como o Decreto nº 9.830/19. A mencionada legislação, reforçando o pragmatismo jurídico no ordenamento pátrio, busca criar um ambiente propício para o gestor público bem intencionado e que quer agir de maneira inovadora, o que se afigura útil para suplantar a crise ocasionada pela pandemia.

Instado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu parâmetros interpretativos a fim de harmonizar a MP nº 966/2020 à Constituição Federal, não vislumbrando, em uma cognição superficial, nenhuma inconstitucionalidade. O Pretório Excelso, a partir de um julgamento pragmático, buscou evitar a inação do gestor público em um momento tão sensível. Todavia, ao que tudo indica, a Medida Provisória apenas repetiu o que já normatizado, em nada inovando, incorrendo em um pleonasma⁵ jurídico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho fazendo uma análise crítica da MP nº 966/2020 em cotejo, em especial, com o Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) – com as alterações da Lei nº 13.655/18 – e o Decreto nº 9.830/19. Segue-se, no segundo capítulo, fazendo breves considerações sobre o pragmatismo no ordenamento jurídico brasileiro. O terceiro capítulo comenta a cautelar deferida pelo STF no julgamento conjunto das ADIs propostas em face da Medida Provisória em estudo.

O trabalho é desenvolvido por meio de pesquisa jurídica com cunho qualitativo, porquanto pretende-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa. Adicionalmente, é examinada a legislação correlata, assim como a jurisprudência superior sobre o tema.

3 Vide, por exemplo, a nota pública da CONAMP. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/2790-nota-publica-ministerio-publico-reforca-compromisso-historico-de-atuacao-defensiva-dos-valores-protegidos-pela-constituicao-federal.html>

4 ADI 6421 (Rede Sustentabilidade), ADI 6422 (Cidadania), ADI 6424 (Partido Socialismo e Liberdade), ADI 6425 (Partido Comunista do Brasil), ADI 6427 (Associação Brasileira de Imprensa - ABI), ADI 6428 (Partido Democrático Trabalhista) e ADI 6431 (Partido Verde).

5 De acordo com a definição do Minidicionário Aurélio: pleonasma é a redundância de termos, que em certos casos é legítima, por conferir à expressão mais vigor, ou clareza (FERREIRA, 2000, p.540).

2. Análise crítica dos dispositivos da Medida Provisória nº 966/2020

Nesse primeiro momento, busca-se analisar de forma crítica os dispositivos legais da MP nº 966/2020, artigo por artigo⁶, cotejando-os com o ordenamento jurídico vigente, em especial com o Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) e o Decreto nº 9.830/19.

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.

O dispositivo inaugural da Medida Provisória em análise limita a responsabilização dos agentes públicos, nas esferas civil e administrativa, a atos inquinados com dolo ou erro grosseiro, quando relacionados ao enfrentamento da emergência pública de saúde e ao combate aos efeitos econômicos e sociais oriundos da pandemia da covid-19. De logo, cumpre destacar que a norma não abrange o âmbito penal, pois, nos termos do art. 62, § 1º, I, b, da CRFB/88⁷, é vedada a edição de medida provisória sobre direito penal.

Como se observa, o *caput* do art. 1º se aproxima daquilo que prevê o art. 28 da LINDB — recentemente incluído pela Lei nº 13.655/2018 —, buscando dar a segurança necessária para que o agente público possa bem desempenhar as suas funções, já que só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro:

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

Elimina-se, assim, o nefasto “crime de hermenêutica”⁸ (MELO, 2010), além de impedir aquilo que se convencionou denominar de “apagão das canetas” e o “Direito

6 À exceção do art. 4º, que versa tão somente sobre a vigência da norma, qual seja, a data de sua publicação: 14 de maio de 2020.

7 “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a: (...)

b) direito penal, processual penal e processual civil;”

8 Termo de autoria de Rui Barbosa, usado no STF durante a defesa que fazia do juiz Alcides de Mendonça Lima que fora processado e condenado em 1896 pelo TJRS por interpretação inexata dos textos legais, porque se negara a aplicar lei que considerava inconstitucional, firmando a doutrina da inexistência do que Barbosa denominou “crime de hermenêutica”.

Administrativo do medo”: quando o gestor público opta pela omissão; pela abstenção da tomada de decisões, em razão do temor de uma eventual responsabilização (GUIMARÃES, 2016).

Almeja-se, com isso, assegurar aos administradores públicos, maior segurança jurídica, já que qualquer juízo reparatório ou sancionatório, passam a exigir a avaliação dos obstáculos e das reais dificuldades do agente, avaliando-se a complexidade da matéria; a circunstância de incompletude das informações nas situações de urgência e/ou emergência; assim como as consequências de ordem prática advindas da decisão.

Frise-se que não se trata de uma irresponsabilização desmedida do gestor público, mas, ao revés, busca-se proteger o administrador probo, honesto e responsável, evitando-se a paralisia e a inação da Administração Pública. Afinal, o agente inábil ou desastrado, não deve ser equiparado ao gestor desonesto, este último, exigente de conduta dolosa ou, ao menos, eivada de culpa grave, punido pela Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa⁹.

A regra do art. 1º, portanto, interpreta e densifica o art. 28 da LINDB, estipulando balizas para a responsabilidade pessoal do agente público, afastando um foco específico de insegurança jurídica, qual seja, a ausência de proteção legal do gestor público bem intencionado que comete erro escusável.

O § 1º do artigo em comento, por seu turno, aduz que a responsabilização pela opinião técnica - cuja formalização ocorre por meio de pareceres – não se estenderá de modo automático aos gestores que a houverem adotado como razão de decidir, confira-se:

§ 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.

Verifica-se que o § 1º e seus incisos reproduzem, *ipsis litteris*, o art. 12, § 6º do Decreto nº 9.830/19:

§ 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

9 Essa a *ratio decidendi* do REsp 213.994/MG, rel. min. Garcia Vieira, do Superior Tribunal de Justiça, Julgamento: 17 ago. 1999 (BRASIL, 1999).

suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

Em verdade, a norma apenas consolida a jurisprudência dominante no STF sobre o tema, exarada no MS 24.631/DF (BRASIL, 2007), no qual se estipulou a existência de três tipos de pareceres: o facultativo, o obrigatório e o vinculante. No que concerne aos dois primeiros, o parecerista só poderia ser responsabilizado se ficasse configurada a existência de culpa ou erro grosseiro, enquanto no parecer vinculante haveria a responsabilidade solidária.

Essa jurisprudência, inclusive, foi recentemente rememorada pela Suprema Corte, no MS 35.196 AgR/DF (BRASIL, 2019), que evocou a relevância da tripartição dos graus de culpa, quais sejam, levíssima, leve e grave; novamente em evidência devido ao artigo 28 da LINDB.

É importante assinalar que a responsabilização nos termos enunciados no parágrafo anterior atinge, tão somente, as ações ou omissões que estejam relacionadas, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e o combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19. Portanto, decisões ou opiniões técnicas desvinculadas desse contexto não estão abrangidas pela Medida Provisória nº 966/2020.

Vale ressaltar, ainda, que o simples fato de ter ficado comprovado que o parecerista agiu com dolo ou erro grosseiro não levará, obrigatória e automaticamente, à responsabilização do decisor, na medida em que, conforme os incisos I e II do parágrafo retromencionado, mister a demonstração de que ele, decisor, tinha condições de aferir que o parecerista agia com dolo ou erro grosseiro; ou se estivesse em conluio com este.

Essa regra decorre da ideia de responsabilidade pessoal e subjetiva dos administradores públicos, contida no artigo 37, § 6º, da CRFB/88. Os pressupostos para essa responsabilidade são: conduta culpável, dano e nexos causal; culpa essa *lato sensu*, ou seja, abrange o dolo - tanto os casos de dolo direto como também eventual -, e a culpa propriamente dita (CAVALIERI FILHO, 2014, p.37). Neste sentido, vedando a responsabilização objetiva, o § 2º do art. 1º, abaixo transcrito:

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

O § 2º do art. 1º não traz nenhuma novidade, apenas repete o art. 12, § 3º, do Decreto nº 9.830/19, confira-se:

§ 3º O mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

A conceituação do que seria erro grosseiro, veio disposta no art. 2º da MP nº 966/2020, que associa o referido erro à culpa grave, *verbis*:

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.

Mais uma vez não há qualquer inovação, já que o art. 2º apenas copia o texto do art. 12, § 1º, do Decreto nº 9.830/19, abaixo transcrito:

§ 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.

Assim, o erro grosseiro é somente aquele em que o agente atuou com culpa grave, de modo que se o agente teve culpa leve ou levíssima, ele não poderá ser responsabilizado. Caio Mário (2018, p.100) explica que a culpa grave se equipara ao dolo, de modo que, embora o agente não tenha agido com a intenção de causar o dano, comportou-se como se o tivesse querido. A culpa leve, por sua vez, corresponderia à falta de diligência de um homem médio, enquanto a culpa levíssima, diria com a conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentissimo pater familias*, observaria.

Dessarte, reafirma-se, ao estabelecer uma gradação da culpa, a norma estipula que o erro passível de ensejar a responsabilidade do agente não é qualquer erro, mas ao revés, pressupõe um juízo de culpabilidade grave, colocando o erro denominado de grosseiro ao lado do dolo. Afinal, admitir a responsabilização por culpa levíssima ou leve significa negar a falibilidade humana, o que inibiria o esforço de novas práticas administrativas.

Nessa toada, o erro – salvo o efetivamente grosseiro - deve ser tolerado, pois, sem admitir o equívoco - necessário a qualquer pessoa que tenta algo diferente -, não seria viável estimular a criação de novas soluções. Destarte, deve-se admitir que haja tentativas fracassadas, assegurando-se que meros equívocos de prognoses não impliquem imediata responsabilização. Do contrário, incentivar-se-ia o gestor a cumprir com os ritos, todavia, sem se preocupar com os resultados (BINENBOJM & CYRINO, 2018, p.213/214).

Frise-se ainda que a tutela do gestor honesto contribui para o experimentalismo na Administração Pública, criando um ambiente propício à inventividade, em que se concede espaço ao engano. Deste modo, o administrador, dentro dos parâmetros de legalidade, precisa aprender errando, o que vai ao encontro de uma visão declaradamente pragmatista. Afinal, erros, desde que não sejam grosseiros, devem ser permitidos (PALMA, 2018, p.13/14).

Cabe destacar, todavia, que a tolerância ao erro não significa condescendência ou anuência, devendo-se ponderar o equívoco com as motivações e cuidados que foram tomados, podendo, eventuais erros que não tenham sido graves, ensejar algum tipo de ação do superior hierárquico ou dos órgãos de controle, mas não a aplicação de uma sanção (BINENBOJM & CYRINO, 2018, p.214).

Por fim, o art. 3º descreve o que deve ser considerado para efeito de aferição do erro grosseiro do agente:

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.

Observa-se que os incisos I e IV já se encontravam disciplinados pelo art. 22 e § 1º da LINDB, veja-se:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

De igual modo, o inciso II já estava disposto no art. 12, § 4º do Decreto nº 9.830/19, compare-se:

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

Dessarte, o art. 3º da MP nº 966/2020, adicionalmente ao que já prevê a LINDB e seu decreto regulamentador, incluiu a necessidade de verificação da circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência (inciso III),

bem como o contexto de incerteza em relação às medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia (inciso IV). Nada, portanto, que já não pudesse ser extraído implicitamente das mencionadas normas.

Cumpra registrar, por fim, que as regras da MP nº 966/2020 se aplicam a todos os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. Breves considerações sobre o pragmatismo jurídico no Direito Público Brasileiro

O art. 22 da LINDB, repetido pela MP nº 966/2020, busca reforçar, no Direito Público brasileiro, o pragmatismo jurídico. Este surge como um método para orientar a tomada de decisão, não apenas dos órgãos julgadores, como também dos próprios gestores públicos, já que possui um viés realista (JORDÃO, 2018).

O pragmatismo admite que nas hipóteses em que o Direito é indeterminado, a sua interpretação, a partir do contexto fático, e condicionada a uma análise empírica de suas eventuais consequências práticas, corresponda a uma escolha entre os diferentes sentidos possíveis. Desta forma, dá-se maior efetividade ao ordenamento jurídico, possibilitando a obtenção de resultados mais satisfatórios, úteis ou benéficos para a sociedade (OLIVEIRA, 2011).

Desse modo, o pragmatismo jurídico, valendo-se da metodologia comparativo-consequencialista, impõe que sejam levados em consideração na tomada de decisões, os seus possíveis desdobramentos práticos e as suas consequências e aplicações de ordem concreta nos contextos social e econômico. Destarte, abre-se a possibilidade, principalmente para os gestores públicos, buscarem, em outras fontes do conhecimento, que não só o jurídico, os parâmetros e fundamentos para sua decisão (BRANCO, 2021, no prelo).

Deve-se destacar que no Direito Administrativo, muitas vezes, as previsões contidas nas normas, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, o que reverbera na concretização do princípio da eficiência (ARAGÃO, 2015, p.20). Explica-se: se o gestor cumprir cegamente o que disciplinado na letra fria da lei, deixará perecer alguma necessidade pública, contudo, se interpretá-la adequando-a aos seus fins sociais, sujeitar-se-á a sanções.

Nesse sentido, ao se possibilitar aos administradores públicos certa tranquilidade no seu atuar, em especial quando requerem a prática de atos mais arrojados, melhora-se a qualidade decisória, já que esta passa a ser menos arraigada a meras subsunções normativas. Com isso, há o destravamento da máquina estatal, que passa a poder se utilizar de expedientes inovadores, mais consentâneos com a realidade, reforçando a eficiência administrativa e conseqüentemente, trazendo maiores benefícios para a coletividade.

Dessarte, o *caput* do art. 22 da LINDB é o fundamento para a adoção, pelo ordenamento pátrio, de uma teoria semelhante à doutrina Chevron, segundo a qual os tribunais, diante de uma indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica, devem ser deferentes às interpretações razoáveis realizadas pelos gestores (JORDÃO, 2018, p.79). Incide, no caso, o princípio da realidade, que sugere, em alguns casos, a inaplicabilidade e a ineficiência da utilização de parâmetros meramente teóricos.

Irene Nohara (2016) traz um contraponto interessante ao referido primado, ao arguir que não se deve utilizá-lo no sentido de que a realidade vence o Direito. Acaso admitido esse tipo de inversão, viver-se-ia num estado de exceção permanente, em que o Direito poderia ser flexibilizado sempre que o gestor se deparasse com algum obstáculo prático. Não é isso. Almeja-se que os órgãos de controle intensifiquem o monitoramento, todavia, baseado não apenas em uma fiscalização punitiva, mas também ponderada, em função das reais dificuldades existentes.

No atual cenário de crise internacional, a incerteza, não só jurídica, mas também científica, torna tortuosa qualquer tomada de decisão, exatamente pelo ineditismo da situação, assim como pela imprevisibilidade do porvir. Desta feita, acaso não houvesse uma flexibilização da legalidade administrativa e uma ponderação dos órgãos de controle, o Poder Público encontrar-se-ia tolhido no seu proceder e o bom gestor, desincentivado a criar soluções inovadoras.

Não por outro motivo, toda e qualquer atuação e controle de atuação deve considerar os itens I a IV do art. 3º da MP nº 966/2020, sintonizados com o art. 22 da LINDB, o que contribui para assegurar certa tranquilidade ao administrador público para agir nesse momento sensível. Ademais, segundo Marçal Justen Filho (2020, p.2), seria contraditório exigir a intervenção estatal para adotar medidas urgentes e inafastáveis, algumas de grande complexidade, sujeitando os agentes públicos à responsabilização pessoal em virtude de qualquer falha ou defeito.

Mais uma vez, refuta-se a argumentação de que a MP nº 966/2020 presar-se-ia a legitimar a corrupção e os desvios de agentes mal intencionados. Basta considerar que o ato de corrupção somente se afigura mediante conduta dolosa, e os atos ímprobos, ao menos com culpa grave, não sendo juridicamente possível a configuração dos referidos atos por meio de culpa levíssima ou leve (JUSTEN FILHO, 2020, p.3).

4. Os parâmetros interpretativos definidos pelo STF

Como sobredito, a MP nº 966/2020 foi questionada por sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431) (BRASIL, 2020), que impugnaram, em resumo, além da própria Medida Provisória, o art. 28 da LINDB - inserido pela Lei nº 13.655/2018 - e os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentam o último dispositivo.

As principais alegações dos requerentes foram: (i) violação ao art. 37, §§ 4º, 5º e 6º da CRFB/88¹⁰; (ii) que a definição de “erro grosseiro” na norma é vaga e imprecisa, o que criaria obstáculos para a fiscalização e o controle dos atos administrativos; (iii) subversão ao princípio republicano (art. 1º, CRFB/88)¹¹; (iv) desrespeito aos princípios da moralidade e da eficiência na administração pública (art. 37, *caput*, CRFB/88)¹²; (v) comprometimento do direito constitucional à indenização em caso de dano (arts. 5º, V, X, XXIV, XXV e LXXV, CRFB/88)¹³; bem como à garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/88); à separação dos poderes (art. 2º, CRFB/88)¹⁴; ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88) e à autonomia federativa (art. 18, CRFB/88)¹⁵.

De início, o relator das ações, o Ministro Luís Roberto Barroso, delimitou o objeto e o alcance da matéria a ser analisada, restringindo-a à apreciação da MP nº 966/2020, sob o argumento de que esta é a norma que efetivamente trata da responsabilidade de agentes por atos relacionados ao combate à pandemia, a caracterizar perigo na eventual demora. Assim, o exame das demais normas (LINDB e Decreto nº 9.830/2019) foi postergada para o exame do mérito das demandas.

Ainda nesse introito, o ministro excluiu da incidência da Medida Provisória os atos capituláveis na Lei nº 8.429/92, pois, segundo ele, existe legislação especial e jurisprudência específica sobre a matéria. Com isso, repudiou a alegação de abrandamento das hipóteses de improbidade pela norma impugnada, na medida em que propinas, superfaturamento ou favorecimentos indevidos são condutas ilegítimas, com ou sem pandemia (BRASIL, 2020, p.19).

Um dos principais temas suscitados no julgamento foi a ação e/ou omissão dos gestores públicos, tendo em vista o excepcional contexto em que, não só o Brasil, mas o mundo, passava. O Pretório Excelso externou sua preocupação com eventual inação e inércia do agente estatal, em especial devido às graves repercussões que daí poderiam advir para as searas sanitária, econômica e social.

10 Ao tratar da responsabilização por danos causados por agentes públicos, a Constituição não faz qualquer distinção entre os tipos de culpa que ensejariam a possibilidade de ação regressiva estatal, de forma que a limitação imposta pela MP nº 966/2020 acabaria por excluir os ilícitos e os danos causados por culpa leve ou levíssima.

11 As autoridades públicas, por lidarem com bens coletivos que não lhes pertencem, sujeitam-se à responsabilidade reforçada perante a sociedade e não poderiam gozar de regime mais brando do que aquele a que se submetem os demais cidadãos, passíveis de responsabilização por mera culpa simples.

12 A norma minimizaria a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade.

13 A norma subverteria a lógica do princípio da responsabilidade civil, ao dispor que o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implicaria a responsabilização do agente público.

14 Seria suprimido do Poder Judiciário a capacidade de fornecer proteção efetiva contra lesão ou ameaça a direito, infringindo a independência entre os Poderes.

15 Ao fundamento de que competiria a Estados e Municípios legislar sobre regime jurídico aplicável aos agentes públicos (art. 39, CRFB/88).

O Ministro Gilmar Mendes, ao abordar a responsabilização do agente público, invocando o art. 28 da LINDB e o art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019, asseverou que em muitos casos, não é dado ao gestor público antever todos os desdobramentos positivos e negativos de uma eventual medida, de forma que sustentar um cenário de insegurança jurídica contribuiria para uma inaceitável paralisia sistemática da Administração Pública (BRASIL, 2020, p.128).

Nessa lógica, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que o cenário que levou à edição da Medida Provisória era a tentativa de se evitar o receio e, em consequência, o bloqueio, na hora da tomada de medidas e decisões urgentes pelos agentes estatais, por medo de responsabilização futura (BRASIL, 2020, p.37). Alinhado com esse entendimento, o Ministro Edson Fachin fez alusão ainda ao “apagão das canetas” ou “Direito Administrativo do medo” (BRASIL, 2020, p.62).

Nesse sentido, após expor o contexto em que foi editada a MP nº 966/2020, o relator, o Ministro Barroso, propôs conferir-lhe interpretação conforme à Constituição. A referida técnica de decisão consiste na eleição de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, mas excluindo expressamente algumas outras interpretações possíveis, porém, incompatíveis com a Carta Magna (BARROSO, 2008, p.189).

Em seu voto, o relator observou que, de acordo com a jurisprudência do STF em matéria de saúde e de proteção à vida, as ações devem observar padrões técnicos e evidências científicas sobre a temática, além dos princípios da prevenção e da precaução, que recomendam a autocontenção no caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício de alguma ação ou medida. Destarte, esses parâmetros devem ser observados na interpretação dos arts. 1º e 2º da MP nº 966/2020, especialmente na qualificação de “erro grosseiro”.

Assim, seguindo o entendimento do ministro relator, em 21 de maio de 2020, o Plenário do STF, por maioria de votos¹⁶, deferiu parcialmente a cautelar, firmando 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:

16 Acompanharam o relator os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Edson Fachin, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. Os Ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia acompanharam o relator em relação à tese proposta, contudo, concediam o pedido em maior extensão para suspender parcialmente a eficácia do art. 1º, a fim de afastar do alcance da norma os atos de improbidade administrativa e os objetos de fiscalização dos tribunais de contas; ademais, concediam a cautelar para suspender integralmente a eficácia do inciso II do artigo 1º, sob o argumento de que o dispositivo estabelece uma excludente de ilicitude civil e administrativa. O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, votou pela suspensão da eficácia da MP, sob o fundamento de que a norma, ao prever a responsabilização do agente público apenas em relação aos atos cometidos com dolo ou erro grosseiro, traz uma restrição não prevista na Constituição Federal.

- (i) de normas e critérios científicos e técnicos;
 - (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.

De acordo com a decisão, os agentes públicos deverão observar *standards* e evidências técnico científicas, além do princípio da precaução e da prevenção, no caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício das medidas a serem implementadas. No mais, as opiniões técnicas em que as decisões se basearem deverão tratar expressamente dos mesmos parâmetros (critérios científicos e autocontenção), sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. A desconsideração de tais critérios por opiniões técnicas constitui indício de erro grosseiro.

Cumprir destacar que a Medida Provisória apenas reproduziu legislação em vigor, conforme, aliás, citado pelos Ministros Barroso - que aduziu ter o art. 1º, II da MP nº 966/2020 reproduzido o art. 28 da LINDB (BRASIL, 2020, p.47) - e Cármen Lúcia - que alegou ter o art. 3º, II, da MP nº 966/2020 reprisado o art. 12, § 4º do Decreto 9.830/2019 (BRASIL, 2020, p.109). O Ministro Fux também se manifestou sobre a redundância da norma, acrescentando que a jurisprudência já vem entendendo, até com relação aos atos ímprobos, que é preciso fazer uma distinção entre o administrador desonesto e o administrador inepto (BRASIL, 2020, p.92).

Em suma, sem prejuízo da MP nº 966/2020 ser pleonástica, a manifestação da Corte Suprema se mostrou prudente e salutar: franqueou segurança aos gestores públicos probos para que pudessem agir em um momento de excepcionalidade, que lhes exigiu tomar decisões complexas, de forma rápida, em uma conjuntura de indefinição e incertezas; reforçando e conferindo maior vigor ao que já estava normatizado.

5. Conclusão

Conforme se observou no desenvolvimento deste artigo, boa parte das críticas dirigidas ao texto da MP nº 966/2020 referem-se à lógica e ao conteúdo dos dispositivos acrescidos pela Lei nº 13.655/18 à LINDB, assim como seu decreto regulamentador, o Decreto nº 9.830/19. Observa-se, assim, que a Medida Provisória apenas reproduziu normatização existente, contextualizando-a à pandemia de covid-19.

Cumprir destacar que as supracitadas normas legais versam sobre hermenêutica jurídica, buscando fixar critérios orientadores para a interpretação e a aplicação do Direito, de forma a nortear tanto o exercício dos operadores do direito, como o proceder dos próprios gestores públicos. Devido ao caráter interpretativo da referida legislação, não se mostra razoável que ela tenha uma textura normativa fechada, pois limitaria o seu próprio desiderato.

Nesse sentido, o cerne da censura dirigida a referidas normas é exatamente essa, qual seja, a inserção de valores jurídicos abstratos no sistema ampliaria o subjetivismo das normas, alargando, de forma deletéria, a discricionariedade deixada aos agentes estatais, o que, para seus críticos, ocasionaria um ambiente permissivo durante e após a pandemia, além de blindar indevidamente as autoridades administrativas.

Deve-se considerar, no entanto, que o atual cenário de crise exige maleabilidade, estratégia e inovação por parte dos gestores estatais, que sem o respaldo de normas que flexibilizem a estrita legalidade administrativa, teriam tolhido o seu atuar. Destarte, acredita-se que o objetivo da MP nº 966/2020 foi dar segurança, e mesmo incentivo, ao gestor público honesto e bem intencionado, para que este pudesse agir.

No mais, cabe à doutrina e à jurisprudência delimitar o alcance das normas, interpretando-as de maneira sistemática, amparadas no restante do ordenamento jurídico, que deve, ademais, ser analisado sob o prisma da realidade. Neste sentido, tendo em vista que a Medida Provisória possui dispositivos com conceitos indeterminados, julga-se benéfica a definição, pelo Pretório Excelso, de parâmetros interpretativos, a fim de conformar a norma impugnada à Constituição, refutando, por ora, qualquer vício de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que a emergência internacional não implica, nem muito menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual, como visto, o Supremo evidenciou a importância de uma atuação prudente do agente público, calcada em critérios técnicos e científicos.

Dessarte, de acordo com as balizas definidas pelo STF, abre-se, ao gestor público, a possibilidade de buscar em critérios metajurídicos os parâmetros e fundamentos para sua decisão. Verifica-se com isso, a invocação do pragmatismo jurídico, propalado pelo art. 22 da LINDB – e repetido pela Medida Provisória -, no processo decisório da própria Corte, que se baseou na conjuntura atual e no consequencialismo para decidir.

Em suma, o estudo desenvolvido neste trabalho permitiu concluir que a MP nº 966/2020, talvez no desvelo de proteger o administrador público bem intencionado, reforça ou repete aquilo que não precisava, já que existente normatização sobre o tema, acarretando um pleonasma jurídico. Não obstante o conteúdo material ser

positivo, contribuindo para aprimorar a gestão pública e a qualidade decisória nacional, a redundância normativa mostrou-se desnecessária.

Por fim, cumpre destacar que a Medida Provisória - que ganhou sobrevida ao ser prorrogada na data de 13 de julho de 2020 por sessenta dias -, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 10 de setembro de 2020¹⁷, de modo que as ADIs propostas deverão ser julgadas prejudicadas, ante a perda superveniente de objeto.

6. Referências bibliográficas

- AGÊNCIA BRASIL. *Notícia*, 11 mar. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília, Senado Federal, 2015.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP. *Nota Pública*, 15 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/2790-nota-publica-ministerio-publico-reforca-compromisso-historico-de-atuacao-defensiva-dos-valores-protegidos-pela-constituicao-federal.html>>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6º ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro: FGV, p. 203-224, 23 nov. 2018.
- BRANCO, Luiza Szczerbacki Castello. A Nova Hermenêutica Jurídica da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, in *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, 2021. No prelo.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

17 Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141949>

- _____. *Decreto nº 9.830*, de 10 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. *Medida Provisória nº 966*, de 13 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 24.631-6*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 9 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 35.196 AgR*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 12 nov. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751913839>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADIS nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento: 21 mai. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15344951023&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 213.994*. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgamento: 17 ago. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900415612&dt_publicacao=27-09-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CONGRESSO NACIONAL. Medidas Provisórias, MPV 966/2020. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141949>>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo, Atlas: 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. 4ª ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 71, 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-domedo-a-cri-se-da-inefici-encia-pelo-controle>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro: FGV, p. 63-92, 23 nov. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A MP 966 não é inconstitucional. *Revista JOTA*, 20 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-mp-966-nao-e-inconstitucional-20052020>>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- MELO, Gustavo de Medeiros. CNJ ou Conselho de Segurança Nacional? *Revista Consultor Jurídico*, 6 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-06/conselho-nacional-justica-ou-conselho-seguranca-nacional>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- NOHARA, Irene Patrícia. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Di- reito Administrativo*, 24 jun. 2016. Disponível em: <<https://direito- adm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, jan./abr., p. 129/163, 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas*, São Paulo: SBDP, 2018. Dispo- nível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uplo- ads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizada por Gustavo Tepe- dino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.