
AS RESPONSABILIDADES CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS FACE À PANDEMIA DE COVID-19 CONFORME A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020 E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE “ERRO GROSSEIRO” EXARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO DOS DESASTRES

THE TORT AND ADMINISTRATIVE LIABILITIES OF PUBLIC AGENTS IN VIEW OF THE COVID-19 PANDEMIC UNDER PROVISIONAL MEASURE NO. 966/2020 AND THE RESTRICTIVE INTERPRETATION OF “GROSS ERROR” RENDERED BY THE FEDERAL SUPREME COURT: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF DISASTER LAW

DÉLTON WINTER DE CARVALHO

Pós-Doutor em Direito Ambiental e Direito dos Desastres pela University of California, Berkeley, CA, USA (2013). Doutor (2006) e Mestre (2001) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Atualmente é Professor Adjunto I no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Membro da Associação Brasileira dos Professores de Direito Ambiental – APRODAB e do Instituto o Direito por um Planeta Verde. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental e da Revista Direito Ambiental e Sociedade. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade" (CNPq).



GUSTAVO VINÍCIUS BEN

Mestre em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (CAPES 6)
- bolsista CAPES (Proex). Advogado.

RESUMO

Objetivo: Analisar a MP nº. 966/2020 e a interpretação restritiva exarada pelo STF para averiguar de que modo os agentes públicos brasileiros podem ser responsabilizados civil e administrativamente por suas atuações no combate aos efeitos da pandemia de COVID-19, tendo em vista a necessidade de observação dos *standards* científicos e dos princípios preventivo e precaucional no que tange à mensuração e ao gerenciamento de riscos vinculados à pandemia.

Metodologia: Utiliza-se a perspectiva metodológica sistêmico-constructivista, as matrizes teóricas do direito dos desastres e da teoria do risco, as abordagens de pesquisa jurimétrica e descritiva, bem como as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Resultados: Demonstra-se que a desconsideração de informações científicas por agentes públicos é conduta negligente, imprudente e imperita, incidindo em erro grosseiro aquele que o fizer. Constata-se, também, que a insuficiência de informações sobre determinado ponto relacionado à COVID-19 não exime o agente de responsabilização, tendo em vista os princípios da prevenção (aplicável a cenários de maior certeza) e da precaução (aplicável a cenários de maior incerteza), os quais exigem atuações segundo graus de incerteza envolvidos (risco propriamente dito, ambiguidade, incerteza *stricto sensu* e ignorância). Se o agente público tiver atuado de acordo com a ciência e os graus de incerteza, tem-se que os princípios da prevenção e da precaução foram respeitados, de maneira que eventual erro não pode ser considerado grosseiro, não atraindo, por si só, a sua responsabilização pessoal nas esferas civil e administrativa.

Contribuições: O presente trabalho delinea a aplicação da MP 966/2020 e da interpretação restritiva do termo “erro grosseiro”, proferida pelo STF, de maneira a esclarecer para gestores e juristas a amplitude da incidência da responsabilidade civil e administrativa no combate aos efeitos da pandemia de COVID-19.

Palavras-chave: COVID-19. MP nº 966/2020. Direito dos Desastres. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Administrativa. Agente Público.



ABSTRACT

Objective: To analyze the Provisional Measure No. 966/2020 and the restrictive interpretation issued by the STF to find out how Brazilian public agents can be held civilly and administratively responsible for their actions in coping with the effects of the COVID-19 pandemic, given the need for observation of scientific standards and the preventive and precautionary principles with respect to the measurement and risk management linked to the pandemic.

Methodology: It uses the systemic-constructivist methodological perspective, the theoretical matrices of disaster law and risk theory, the approaches of juridical and descriptive research, as well as the techniques of bibliographic and documentary research.

Results: It is demonstrated that the disregard of scientific information by public agents is a negligent, imprudent and unskilled conduct, incurring a gross error whoever does it. It is also noted that the lack of information on a certain point related to COVID-19 does not absolve the agent from liability, considering the principles of prevention (applicable to scenarios of greater certainty) and precaution (applicable to scenarios of greater incertitude), which require actions according to the degree of incertitude involved (risk per se, ambiguity, uncertainty and ignorance). If the public agent has acted in accordance with science and the degrees of incertitude, it follows that the principles of prevention and precaution have been respected, so that any error cannot be considered gross, not attracting, by itself, his personal liability in the tort and administrative spheres.

Contributions: The present paper outlines the application of the Provisional Measurement No. 966/2020 and the restrictive interpretation of the term “gross error”, issued by the Supreme Court, in order to clarify for managers and jurists the extent of the incidence of tort and administrative liability in coping with the effects of COVID-19 pandemic.

Keywords: COVID-19. Provisional Measure No. 966/2020. Disaster Law. Tort Liability. Administrative Liability. Public Officer.



1 INTRODUÇÃO

Face à pandemia de COVID-19, a sociedade passou a ter de considerar em suas operações os riscos excepcionais atrelados a esse desastre biológico de proporções globais. Nesse contexto, o governo brasileiro promulgou a Medida Provisória nº 966/2020, voltada à adequação da responsabilidade civil e administrativa de funcionários públicos no enfrentamento da pandemia, passando-se a considerar, para tal, a complexidade e as incertezas desse cenário.

Tendo em vista o conteúdo da medida provisória e a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida em meio ao temor de impunidade generalizada de agentes públicos, este artigo realiza um estudo sobre a incidência da responsabilidade civil e administrativa dos agentes em sua atuação no enfrentamento à pandemia. Para tal, formula-se o seguinte problema de pesquisa: diante da MP nº 966/2020 e da interpretação restritiva exarada pelo STF na decisão cautelar conjunta das Ações Direitas de Inconstitucionalidade nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, de que maneira os agentes públicos brasileiros podem ser responsabilizados civil e administrativamente por suas atuações no combate aos efeitos da pandemia de COVID-19, tendo em vista as especificidades relativas à necessidade de observação dos *standards* científicos e dos princípios preventivo e precaucional no que tange à mensuração e ao gerenciamento de riscos vinculados à pandemia?

Para responder a essa questão, expõe-se, primeiramente, a maneira como pandemia de COVID-19 caracteriza-se como um desastre biológico, explicando-se, também, o papel desempenhado pelo direito nesse cenário. Depois, faz-se um aprofundamento na matéria tratada pela MP nº 966/2020 e na interpretação restritiva dada pelo STF ao conceito de “erro grosseiro” nela constante. A partir disso, apresentam-se as mudanças trazidas pela medida provisória quanto à responsabilização dos agentes públicos para, ao final, demonstrar-se a importância de os agentes públicos observarem os critérios científicos e os princípios da prevenção e da precaução na lida com os efeitos desse desastre.



O presente estudo se utiliza da perspectiva metodológica sistêmico-construtivista, das matrizes teóricas do direito dos desastres e da teoria do risco, das abordagens jurimétrica e descritiva, e das técnicas de pesquisa bibliográfica (com consulta a livros e revistas especializadas) e documental (centrado no exame de textos legais).

2 A ATUAÇÃO JURÍDICA PERANTE O DESASTRE BIOLÓGICO DA PANDEMIA DE COVID-19

Diante das disrupções sociais desencadeadas pela pandemia de COVID-19, doença causada pelo vírus SARS-Cov-2 (*severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*¹), esta pode ser considerada um desastre biológico de grandes proporções, incidente sobre o sistema de saúde pública mundial. Trata-se de um fenômeno de alta complexidade e com impactos multifacetados que tem atingido um grande número de pessoas e acarretando, dessa maneira, um grande número de óbitos. Além disso, a pandemia tem efeitos colaterais nos setores econômico, social e fiscal, decorrentes das restrições às operações sociais que visam ao controle da doença, fator que não pode ser ignorado face à degradação da qualidade da vida humana atrelada a essas dimensões (CARVALHO, 2020, p. 2).

Ante os profundos impactos causados pela COVID-19, o direito é chamado a atuar em situações conflituosas próprias do cenário excepcional estabelecido pelo desastre (CARVALHO, 2020, p. 3-4). Ocorre que as decisões tomadas pela sociedade em meio à pandemia passam a ter de considerar as consequências atreladas à doença, isto é, consequências inexistentes em um contexto de normalidade. Com isso, é dada aos diferentes ramos do direito a missão de cumprir com a função jurídica de estabilização das expectativas normativas da sociedade em um cenário excepcional, fazendo-se necessárias alterações no seu modo de operação. Dessa maneira, o sistema jurídico, ao mesmo tempo em que se refere à

¹ “Coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2”. Tradução nossa.



sua estrutura (decidindo segundo a Constituição, a lei e a jurisprudência), precisa estar aberto às comunicações surgidas em meio à pandemia de COVID-19, abrindo-se cognitivamente à comunicação dos riscos atrelados ela.

Nesse cenário, o direito dos desastres assume grande relevância, uma vez que se trata de ramo jurídico que detém o papel de fornecer padrões de decisão (*standards*) para orientar o direito, como um todo, na situação de Emergência Constitucional decorrente do desastre em questão (CARVALHO, 2020, p. 6), de modo que as excepcionalidades da situação não violem os princípios do Estado Democrático de Direito.²

O *modus operandi* desse ramo do direito autônomo consiste na irradiação de sua lógica – voltada ao gerenciamento dos riscos nas diferentes fases dos desastres – às demais áreas jurídicas, de modo a possibilitar a redução do sofrimento em curto, médio e longo prazo mediante a instituição de mudanças sociais capazes de prevenir ou, ao menos, reduzir os efeitos destrutivos da catástrofe. Dessa maneira, a partir do conceito de risco, o sistema jurídico, como um todo, adquire ferramentas para atuar preventiva e precaucionalmente face ao cataclismo.

Em suma, o direito dos desastres desempenha a função de informar e melhorar a tomada de decisões relacionadas a eventos disruptivos como a pandemia de COVID-19, de modo a permitir a adoção de políticas eficientes de gestão de riscos. Dessa maneira, o direito dos desastres possibilita que o sistema jurídico, em face da severa desestabilização social causada pela pandemia, mantenha a sua coerência sistêmica ao mesmo tempo em que atende às especificidades de cada ramo jurídico. Estes, por seu turno, uma vez ativados pelos conceitos voltados ao gerenciamento de riscos, despertam para responder aos conflitos oriundos do cenário de anormalidade, permitindo a continuidade das operações sociais.

² Para um maior aprofundamento sobre a função do direito dos desastres em meio à pandemia de COVID-19, ver: CARVALHO, 2020..



3 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020 E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS FACE À PANDEMIA DE COVID-19

No que pode ser vislumbrado como uma irradiação da lógica do direito dos desastres sob os ramos jurídicos civil e administrativo, houve, em 14 de maio de 2020, a publicação da MP nº 966/2020 (BRASIL, 2020a), a qual objetiva tornar o grau de responsabilização civil e administrativa³ de agentes públicos proporcional à situação de complexidade e incerteza sanitária, social e econômica atrelada à pandemia de COVID-19 e o seu enfrentamento.

A MP nº 966/2020 determina, em síntese, que os agentes públicos podem ser responsabilizados por medidas de combate à pandemia de COVID-19 somente caso tenham agido ou se omitido com dolo ou erro grosseiro (art. 1º, *caput* e § 2º, da MP nº 966/2020). Ela prevê, ainda, que a responsabilidade não pode recair automaticamente sobre o agente por decisão que ele tenha tomado com base em opinião técnica. Nessa circunstância, a responsabilização é possível apenas quando houver elementos suficientes para se aferir dolo ou erro grosseiro na opinião técnica ou, então, conluio entre o agente e o *expert* (art. 1º, § 1º, da MP nº 966/2020).

Quanto ao conceito de erro grosseiro, o conteúdo do art. 2º da própria MP nº 966/2020 expressa que, “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.” (BRASIL, 2020a). Além disso, a MP determina que, para a aferição desse erro devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do agente, a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente, a incompletude de informações na situação de urgência ou emergência, as circunstâncias práticas que levaram à ação ou à omissão do agente, e o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia.

Para um maior aprofundamento a respeito da MP nº 966/2020, é feita, a seguir, uma breve análise da possibilidade de responsabilização civil do Estado em

³ Importante ressaltar que o art. 62, § 1º, I, “b”, da Constituição Federal, veda a edição de medidas provisórias relativas a direito penal.



casos de desastres. A partir disso, possibilita-se uma melhor compreensão da maneira como o agente público pode ser responsabilizado civilmente mediante ação regressiva ajuizada pelo Estado face à condenação por culpa de seu funcionário. Trata-se de um ponto relevante pelo fato de a MP nº 966/2020 tratar da responsabilidade de agente por dolo ou erro grosseiro não só na esfera administrativa, mas também na esfera cível.

3.1 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO POR FALHAS NO GERENCIAMENTO DOS RISCOS DE DESASTRES

Considerando que a pandemia de COVID-19 é um desastre, é possível se pensar na responsabilização do Poder Público sob a luz do direito dos desastres diante de decisões falhas, incrementadoras do potencial destrutivo da doença. Ocorre que, em casos de perdas decorrentes de desastres, aqueles que corroborem, de alguma forma, com os seus efeitos destrutivos estão suscetíveis à responsabilização. O Estado, tendo em vista as atribuições legais de proteger seus cidadãos, bem como o seu grande poder para regulamentar o funcionamento da sociedade dentro de sua jurisdição, tem grandes chances de ser chamado a responder civilmente nesses casos. Basta, para tal, que ele detenha ou possa deter o conhecimento dos riscos e das incertezas, bem como a competência institucional para agir face às vulnerabilidades da população, mas, apesar disso, tenha se omitido de maneira relevante ou atuado de modo a ampliar substancialmente os prejuízos morais e materiais atrelados à catástrofe.

Nesse sentido, compete aos entes federados atuarem de maneira articulada para a realização de estudos referentes a desastres de qualquer origem – inclusive biológicos, como a pandemia de COVID-19 –, de modo a mensurar a sua extensão e as suas consequências. Isso permite a construção de um corpo coerente de informações a serem prestadas à população e compartilhadas entre os órgãos públicos e os agentes privados com o intuito de incentivar tomadas de decisões que



avaliem probabilidades e consequências baseadas no esclarecimento proporcionado pelo conhecimento técnico e científico.

Nesse sentido, não se pode negar que o Poder Público, em prol do bem-estar de seus cidadãos, tem obrigações de atuação nas fases do círculo de gerenciamento de riscos dos desastres.⁴ No caso da pandemia de COVID-19, isso se torna ainda mais nítido ante o dever constitucional de o Estado garantir a saúde da população mediante a redução dos riscos de doenças e ações que visem à sua promoção, proteção e recuperação.⁵

A atuação da Administração Pública nesse cenário engloba, por exemplo, (a) o reconhecimento de situação de emergência ou de estado de calamidade pública, (b) a aquisição e na prestação de informações sobre riscos relacionados à COVID-19, (c) o monitoramento da propagação do vírus e a mensuração de suas possíveis consequências, (d) a prestação de alertas aos cidadãos quanto aos riscos oferecidos pela doença e ao significado conjunto dos dados levantados, (e) a elaboração e a execução de planos de proteção à população em momento adequado, tal qual a prestação de tratamentos médicos apropriados, a adaptação das estruturas de saúde ao cenário pandêmico, a promulgação de leis emergenciais eficientes e o proferimento de decisões judiciais voltadas à redução do risco de contágio. Falhas nesses aspectos, uma vez demonstrado que o Estado, por força de lei, deveria agir para mitigar os riscos oferecidos pela pandemia, são circunstâncias ensejadoras da sua responsabilização civil subjetiva por omissão.⁶

⁴ Como explica Farber (2012 p. 5-7), para que o sistema jurídico consiga lidar adequadamente com as situações de risco em um contexto de desastres, assume um papel de suma relevância o chamado “ciclo do direito dos desastres”. Esse ciclo se caracteriza por um conjunto de estratégias que inclui “mitigação, respostas de urgência, compensação e reconstrução”, com a reconstrução completando o ciclo ao incluir (ou falhar em incluir) medidas de mitigação dos riscos. A partir da fase de reconstrução, o ciclo se reinicia, havendo uma nova fase de mitigação, na qual os gestores buscam evitar um novo desastre ou, ao menos, reduzir seus efeitos caso ele ocorra. Nesse ponto, mostra-se importante o processo de aprendizagem a ser desenvolvido ao longo do ciclo, no qual devem ser observadas as falhas e os acertos no gerenciamento dos riscos, de maneira a possibilitar a elaboração de um plano de preparação mais preciso, com medidas mitigatórias mais adequadas para um eventual desastre futuro.

⁵ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

⁶ Como explicado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 996-1001), o dano causado por omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) atrai a aplicação



Além dessas circunstâncias omissivas, a responsabilização civil estatal também é possível no caso de o Poder Público agir de maneira a causar ou agravar as consequências do desastre. Trata-se de situações em que o Estado toma uma postura ativa que representa um mau gerenciamento dos riscos, o que tende a ocorrer com a adoção de medidas em desconformidade com a ciência e com os princípios da prevenção e da precaução, de maneira a causar lesões a bens juridicamente tutelados, como a saúde humana, os cofres públicos ou a ordem econômica e financeira. Nesse caso, tendo os danos sido causados por ato comissivo da Administração Pública, aplica-se a teoria do risco administrativo, a qual atrai a imputação objetiva da responsabilidade civil. Em outras palavras, para ser responsabilizado civilmente por uma postura ativa em um contexto de desastre, não importa se o Poder Público agira com culpa ou dolo ou incorrera em algum ilícito, bastando, apenas, que seja demonstrado o nexo causal entre a sua atuação e os danos em questão.⁷

3.2 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE AGENTES PÚBLICOS PERANTE O ART. 28 DA LINDB E O PROBLEMA DO “APAGÃO DAS CANETAS”

Além das pessoas jurídicas de direito público, os próprios agentes públicos, que são as todas as pessoas que exercem atividade inerente ao serviço público (CAHALI, 2014. p. 79), podem ser responsabilizadas civilmente. Uma vez que a

da teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, a responsabilização civil do Poder Público por omissão só é possível quando ele, tendo a obrigação legal de impedir o dano, tiver incorrido em ilicitude por descumprir culposa ou dolosamente esse dever. É verdade que a culpa do Estado é presumível quando apresentados argumentos verossímeis nesse sentido, mas isso não enseja a sua automática responsabilização civil. O que a presunção de culpa faz é inverter o ônus probatório em desfavor do Estado, contudo, ela não retira a possibilidade de ele comprovar a inexistência de culpa e ilicitude de sua parte. Uma vez afastada a sua culpa e a ilicitude, não há base para a responsabilização civil do Poder Público por omissão.

⁷ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isto, não há se cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal *comissivo* gera, produz, causa, dano a alguém.” (MELLO. 2008. p. 994-995).



peessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público tiver sido responsabilizada na esfera civil por ato de agente no exercício de sua função, abre-se a possibilidade de a pessoa jurídica condenada ajuizar ação de regresso contra os funcionários responsáveis, desde que eles tenham se comportado com *dolo* ou *culpa* (MELLO, 2008, p. 1017).

Esse direito da Administração está consubstanciado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o mesmo dispositivo legal que consagra o princípio da responsabilidade do Estado, conforme o qual “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.” Trata-se instituto jurídico com suma importância para o bom funcionamento da Administração e para a concretização dos seus princípios básicos, em especial a moralidade e a eficiência.

Porém, o controle dos atos estatais, quando tomados por excessos punitivos e burocracias exageradas, pode desencadear efeitos contrários à eficiência administrativa, tendo em vista a possibilidade se de instaurar um medo paralisante quanto às consequências legais das decisões. Segundo Campana, era o que acontecia no Brasil, onde “o atual modelo de controle, em vez de inibir a corrupção, inibe a liberdade e a eficiência da atuação administrativa” (CAMPANA, 2017, p. 207-208). Tratava-se do chamado “apagão das canetas”, jargão utilizado para denominar a situação em que “tomar decisões no cotidiano da Administração, mesmo aquelas mais rotineiras, passou a atrair riscos de toda ordem ao gestor público que, num instinto de autoproteção, acaba restringindo sua atuação à sua zona de conforto” (CAMPANA, 2017, p. 208). Esse é um fenômeno comum quando a responsabilização dos administradores se dá por meros erros, e tende a desencadear injustiças e tornar a Administração Pública ineficiente em situações altamente complexas ou sem precedentes.

A verdade é que a responsabilização do agente público face a um simples erro assume um caráter simplório, incapaz de vislumbrar toda a complexidade da sociedade contemporânea. Isso porque, na sociedade pós-industrial, de risco, pós-



moderna ou reflexiva, dotada de alta complexidade, surgem situações que demandam decisões não corriqueiras por parte dos gestores, decisões que trazem, consigo, maiores riscos de equívocos (pois, nesses casos, pode não haver aprendizados com lições passadas, uma vez que não existem precedentes). Como resultado, o administrador público poderia ser injustamente responsabilizado por erro cometido em um cenário obscuro, fato que o coibiria de agir de maneira inovadora e mais adequada à situação.

Como reação ao apagão das canetas, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, inseriu o art. 27 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL, 1942). Binenbojm e Cyrino explicam que esse dispositivo funciona como uma cláusula geral do erro administrativo, o qual oferece “segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa.” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 221).

Quanto ao conteúdo do dispositivo, pode-se dizer que não há maiores dúvidas quando à responsabilização de agente público que tenha agido com dolo, uma vez que esse elemento volitivo existe quando o funcionário tem a intenção de praticar ato lesivo, seja a terceiro (o qual poderá entrar com ação judicial contra a Administração, mas não diretamente contra o agente causador da lesão⁸), seja a Administração Pública. Em relação ao dolo, cabe anotar, apenas, a existência de entraves para a sua verificação em casos concretos, já que se faz necessária a difícil comprovação de que o administrador atuou com intenção de causar prejuízo. (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 211).

Já a respeito do erro grosseiro, percebe-se a existência de uma indeterminação conceitual, a qual demanda o estabelecimento de critérios interpretativos para a sua aplicação de maneira justa. Como explicam Binenbojm e Cyrino (2018, p. 211), o conceito de erro se refere à tomada de ação a partir de uma falsa interpretação da realidade fática ou jurídica por parte do agente (técnico,

⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo, os seguintes julgados do STF: RE 344.133, RE-AgR-segundo 593525, RE 235.025, ARE-AgR 908.331, RE 327.904, RE-AgR 470.996.



parecerista ou gestor administrativo), de modo que o seu ato não corresponda à vontade que ele teria caso conhecesse a verdade. O erro grosseiro, por sua vez, consiste em um erro enorme, tosco, decorrente do fato de o agente público não ter tomado o mínimo razoável de cuidado ao decidir.

Enfim, com a vigência do art. 28 da LINDB, apenas agentes públicos que tenham atuado de maneira dolosa ou cometido erros graves (que sejam culposos, sendo necessária a comprovação de negligência, imperícia ou imprudência) poderão ser responsabilizados pessoalmente nas esferas civil ou administrativa. No caso de erro não grosseiro, até é possível que incida ação de caráter administrativo movida por superior hierárquico sobre o gestor público culpado, mas nunca uma sanção administrativa ou uma obrigação cível (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 214).

3.3 AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA MP Nº 966/2020 AOS CASOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE COVID-19

Como explicam Sundfeld *et al.* (2020), a MP nº 966/2020 especificou a incidência do art. 22 e 28 da LINDB para casos de gestão vinculados à pandemia de COVID-19. Além disso, ela incluiu regra que havia sido vetada por suposta inconstitucionalidade na época da promulgação da Lei nº 13.655/2018, a qual eximia de responsabilização administrativa e civil os agentes públicos que decidissem de boa fé em conformidade com pareceres técnicos.

Para a compreensão da amplitude dos efeitos da MP nº 966/2020, faz-se importante expor a lição de Oliveira (2020a), segundo quem os atos administrativos se dividem em duas espécies: atos de execução e atos de interpretação. Interpretativos são os atos pelos quais o agente interpreta leis ou opiniões técnicas, enquanto executivos são os atos que exigem o cumprimento de comandos pelo agente público, como ordens de superior hierárquico ou atos normativos (embora a atuação executiva de comandos englobe, em parte, uma atuação interpretativa). Observa-se que, dentro dos atos interpretativos, há, ainda, os chamados atos *per relationem*, praticados pelo agente público em conformidade com opinião técnica de



outrem, proferida em cenário de indeterminação (em que existe mais de uma opção razoável à luz da ciência disponível, havendo pareceres que apontem para um ou outro caminho) (OLIVEIRA, 2020b).

Nos casos de atos de interpretação (inclusive naqueles parcialmente presentes nos atos de execução), incide o chamado “regime especial” de responsabilização administrativa, formado pelos arts. 22 e 28 da LINDB.⁹ Já em se tratando de atos de execução, ocorre, em regra, a aplicação do regime comum de responsabilização administrativa, o qual é constituído pelas normas dos arts. 186 e 927 do Código Civil¹⁰, bem como o art. 22 da LINDB (OLIVEIRA, 2020a).

Basicamente, para a responsabilização administrativa de agente público que tenha praticado ato interpretativo, considera-se a existência de dolo ou erro grosseiro em sua conduta (art. 28 da LINDB), sempre se levando em conta as particularidades do cargo exercido pelo gestor (art. 22 da LINDB). Já para a responsabilização por ato de execução, não se faz necessária a verificação de dolo ou erro grosseiro, aplicando-se os artigos 186 e 927 do Código Civil, ainda que se considere, tal qual nos casos de atos interpretativos, as particularidades do cargo do gestor previstas no art. 22 da LINDB. Além disso, destaca-se que, em ambas as circunstâncias, faz-se necessária a ilicitude da conduta do gestor, ou seja, que o seu ato tenha violado o ordenamento jurídico.

Quanto à responsabilização civil dos agentes públicos (o que pode ocorrer somente mediante ações regressivas por parte da Administração Pública), aplica-se, no que couber, os pressupostos de responsabilidade administrativa do regime comum e especial, inclusive a exigência da ilicitude (OLIVEIRA, 2020b). Desse modo, para a responsabilização civil do agente por ato interpretativo, é preciso

⁹ “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.” “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

¹⁰ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”



observar o art. 22 da LINDB (que exige a consideração de particularidades do cargo), bem como o art. 28 da LINDB (que exige a existência de dolo ou erro grosseiro). Para a responsabilização civil do agente por ato executivo, por seu turno, aplicam-se o art. 22 da LINDB e os arts. 186 e 927 do Código Civil.

No entanto, com a vigência da MP nº 966/2020, ocorreram mudanças na aplicação dos regimes especial e comum em casos de decisões de gestores públicos que envolvam a pandemia de COVID-19. Oliveira explica que “a MP nº 966/2020 estende o ‘regime especial de responsabilização’ para todos os atos de agentes públicos relacionados direta ou indiretamente com a pandemia do novo coronavírus (Covid-19)”. (OLIVEIRA, 2020c). Ou seja, para qualquer ato administrativo que trate da pandemia de COVID-19 (seja interpretativo, seja executivo), aplica-se o regime especial de responsabilização administrativa, agora determinado pela MP nº 966/2020, regime que passa a valer, também, para circunstâncias de responsabilização civil do agente diante de ação regressiva do Poder Público.

Portanto, os agentes públicos estão suscetíveis à responsabilização civil e administrativa prevista pela MP nº 966/2020 tanto por atos referentes a interpretações de leis e informações técnicas (sejam jurídicas, sejam de outras áreas do conhecimento), tanto por executar comandos normativos ou de superior hierárquico. Para isso, basta que tenham, no exercício de suas funções, causado danos por condutas dolosas ou eivadas de erros graves relacionadas ao combate dos efeitos sanitários, econômicos e sociais desencadeados pela pandemia de COVID-19.

Dito isso, cabe expor o entendimento cauteloso do STF no sentido de fechar a textura do conceito de “erro grosseiro”, demasiadamente aberta a interpretações. A decisão da Suprema Corte se mostra imprescindível face aos questionamentos e desconfianças que circundam a MP nº 966/2020. Isso porque uma grande abertura interpretativa poderia dar azo a arbitrariedades capazes de, por um lado, estabelecer um cenário de impunidade a agentes mal-intencionados ou desqualificados e, por



outro lado, comprometer a própria segurança jurídica aos agentes públicos bem-intencionados e qualificados a que o ato normativo se propõe.

3.4 A CONSTITUCIONALIDADE DA MP Nº 966/2020 E A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME AS INFORMAÇÕES CIENTÍFICAS E OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Diante do temor de que a MP nº 966/2020 abriria espaço para uma série de impunidades de agentes públicos, foram propostas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6421 (Rede Sustentabilidade), 6422 (Cidadania), 6424 (Partido Socialismo e Liberdade – PSOL), 6425 (Partido Comunista do Brasil – PC do B), 6427 (Associação Brasileira de Imprensa – ABI), 6428 (Partido Democrático Trabalhista – PDT) e 6431 (Partido Verde – PV). As sete ações pleiteiam, em suma, a declaração de inconstitucionalidade da totalidade da MP nº 966/2020, bem como do art. 28 da LINDB (introduzido pela Lei nº 13.655/2018) e do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019 (regulamentador dos arts. 20 a 30 da LINDB), em cujo conteúdo a MP nº 966/2020 se espelhou (BRASIL, 2020e).

O fundamento central das ADIs são os parágrafos 4º, 5º e 6º do art. 37 da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, da improbidade administrativa, da responsabilidade civil do Estado, e do direito de regresso contra o servidor que tiver dado causa ao dano. Além disso, elas invocam o princípio republicano (estabelecido pelo art. 1º da CF), sustentando que, uma vez que a responsabilidade dos governantes é uma das pedras angulares da república, a impunidade que supostamente decorreria da medida provisória violaria esse princípio. Destacam-se, por fim, os pedidos preliminares de inconstitucionalidade formal da MP nº 966/2020 por suposta violação ao art. 62 da CF, que prevê a necessidade de situação de urgência e relevância para a adoção de medidas provisórias pelo Presidente da República (BRASIL, 2020e).

Diante disso, o STF proferiu decisão cautelar em 21 de maio de 2020, na qual entendeu, primeiramente, não caber julgamento de constitucionalidade quanto



ao art. 28 da LINDB e ao art. 12 do Decreto nº 9.830/2019. Acontece que esses dispositivos foram saudados como importantes avanços institucionais, sem que tenha se detectado algum tipo de malefício ou transtorno nos seus mais de dois anos de vigência. Quanto à MP nº 966/2020, o STF afastou a preliminar de inconstitucionalidade formal, pois a responsabilização de agentes públicos em meio à pandemia de COVID-19 configura caso de urgência e relevância justificadora da adoção de medida provisória (BRASIL, 2020c; 2020d).

No mérito, o STF entendeu que a questão central a ser resolvida seria o sentido e o alcance da expressão “erro grosseiro”, por ser essa a razão do temor de uma restrição excessiva da possibilidade de responsabilização dos administradores públicos. Quanto a isso, o Tribunal decidiu, por maioria (BRASIL, 2020b), deferir parcialmente os pedidos cautelares para (a) conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP nº 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância (a.1) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas e (a.2) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Além disso, decidiu (b) conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP nº 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente (b.1) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente e (b.2) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

O parâmetro para o estabelecimento do critério de respeito a *standards*, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas foi a decisão anterior proferida pelo STF nas ADIs nº 3460, 3470, 3356 e 3357, em 2017. Trata-se da decisão que, na prática, banuiu o amianto do Brasil diante da existência de consenso científico de que a exposição à substância, inclusive da espécie crisotila, é extremamente nociva ao ser



humano, tendo a própria Organização Mundial da Saúde – OMS – se posicionado nesse sentido.

Quanto à necessidade de respeitar os princípios da prevenção e da precaução, o STF utilizou como parâmetros os julgamentos da ADI 5592, de 2020, e do Recurso Extraordinário nº 627189, de 2016. Na ADI 5592, a Suprema Corte havia determinado que medidas cuja eficácia e segurança ambiental e sanitária não tivessem sido demonstradas violam os princípios da prevenção e da precaução. O RE nº 627189, por sua vez, tratava de discussão sobre a exposição de pessoas a campos eletromagnéticos, ocasião em que o STF assentou o posicionamento de que o princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado em casos de incertezas científicas.

Ambos os parâmetros foram adotados por terem sido proferidos em situações que versavam sobre a vida, a saúde e o meio ambiente, questões muito próximas àquelas levantadas em meio à pandemia de COVID-19. A partir dessa lógica, o STF decidiu pela aplicabilidade dessas diretrizes também aos casos que envolvem tomadas de medidas de enfrentamento aos efeitos desse desastre biológico. Assim, em se tratando de medidas que repercutem nos direitos à vida e à saúde da população, as decisões dos agentes públicos devem se pautar pela observação tanto de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações dotadas de credibilidade, quanto dos princípios da prevenção e da precaução. Estando-se diante desses temas, a observação desses critérios é básica para o gerenciamento adequado dos riscos de desastres, consistindo em erro grotesco a sua desconsideração por agentes públicos.

Observa-se que a utilização de informações científicas é importantíssima na elaboração de cálculos de riscos, os quais devem ser embasados em dados confiáveis de probabilidades e consequências, sem os quais é impossível se traçar um cenário para evitar ou mitigar potenciais efeitos catastróficos. Do mesmo modo, têm grande relevância os princípios da prevenção e da precaução, uma vez que eles possibilitam a determinação de obrigações face a riscos quantificáveis e não-quantificáveis.



Desse modo, ressalta-se a importância da decisão do STF quanto à necessidade de agentes públicos observarem os *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, bem como os princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Isso porque esses são pontos cruciais para o gerenciamento de riscos, mesmo em cenários permeados por incertezas, ocupando, inclusive, posição de destaque no estudo do direito dos desastres, voltado, justamente, à atuação jurídica para a gestão dos riscos em todas as fases dos desastres.

3.4.1 A Importância da Observação de Informações Científicas para o Gerenciamento dos Riscos

As ciências naturais ocupam uma posição nuclear na sociedade humana contemporânea, tendo em vista a sua função na aquisição de conhecimento sobre os fenômenos que despertam algum interesse da sociedade. Obviamente, o surgimento de um patógeno desconhecido, facilmente transmissível e mortal para uma parcela significativa da população, e com potencial disruptivo social global (uma pandemia é um desastre de nível global), assume posição nuclear nas observações humanas. Em um cenário pandêmico, a aquisição de conhecimento científico – isto é, certificadamente verdadeiro – é condição para que a sociedade encontre vias para mitigar o sofrimento humano e desenvolva tecnologias aptas a combater as ameaças à saúde mundial.

Tendo em vista o papel central das informações científicas para a análise de danos e riscos atrelados à pandemia de COVID-19, impõe-se a necessidade de um diálogo entre a ciência e os demais subsistemas sociais (como o político, o jurídico e o econômico). Diante disso, todos os agentes sociais, mas especialmente aqueles que exercem funções públicas – cujas decisões executivas, legislativas ou judiciárias têm o potencial de irradiar efeitos mais significativos em diversos sistemas sociais – precisam se sensibilizar às opiniões e às constatações técnicas de especialistas ou organizações dotadas de credibilidade científica.



Respeitar as orientações científicas é agir em conformidade com a realidade, muitas vezes imperceptível de imediato por nossos sentidos ou incompreensível por nossa cognição nua, isto é, desnudada de cálculos e instrumentos voltados ao mapeamento da complexidade do mundo. Os dados científicos e as projeções realizadas a partir da ordenação desses dados permitem-nos imaginar os cenários prováveis conforme o que está posto, possibilitando que tomemos decisões mais próximas da realidade compreensível.

Por isso, é acertado o estreitamento interpretativo exarado pela decisão do STF, segundo o qual se considera grosseiro o erro cometido por desrespeito a *standards*, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações dotadas de credibilidade. Credibilidade, esta, que pode ser atribuída a entidades imparciais e utilizadoras de métodos reconhecidos pela comunidade científica.

Dentre essas organizações, destaca-se, na situação atual, a OMS, a qual, além de proferir orientações baseadas em informações cientificamente respaldadas, desempenha um papel de governança global, fator de grande importância no contexto de um desastre sanitário de repercussões globais. Acontece que, para serem eficientes, a avaliação e o gerenciamento dos riscos de desastres demandam a atuação coordenada de toda a comunidade afetada. Em um cenário pandêmico, a OMS desempenha um papel central mediante o estabelecimento de diretrizes capazes de coordenar as ações dos diversos governos nacionais em prol de soluções correspondentes com a realidade.

É importante destacar, enfim, que a ausência de informações científicas não exime os decisores da responsabilização civil e administrativa por erro grosseiro. É certo que algo tão recente, como a COVID-19, constitui um fenômeno envolto por um grande desconhecido, o que dificulta a tomada de decisões. Contudo, no caminho da total ignorância em direção ao esclarecimento, forma-se, paulatinamente, um corpo de informações científicas constituído pelas inúmeras e incessantes pesquisas globais. Assim, embora não haja certezas absolutas, existem dados suficientemente fiáveis para que os agentes públicos possam atuar de maneira mais ou menos adequada conforme a situação com as quais se deparam.



Com isso, mesmo erros em situação de incerteza científica podem ser considerados grosseiros, e, portanto, capazes de motivar a responsabilização do agente à luz da MP nº 966/2020. Ocorre que os funcionários públicos, além de observarem os *standards* científicos, precisam respeitar os princípios constitucionais da prevenção e da precaução. A esse respeito, cabe elucidar, a seguir, a existência de graus de incerteza (*incertitude*) – o risco propriamente dito, a incerteza *strictu sensu* (*uncertainty*), a ambiguidade e a ignorância –, os quais são tipos ideais que desempenham um papel bastante útil na determinação da aplicação desses princípios.

3.4.2 A Importância dos Princípios da Prevenção e da Precaução para o Gerenciamento dos Riscos

Uma pandemia, tal qual a de COVID-19, coloca a sociedade em estado de alerta ante as ameaças ao bem estar humano decorrentes dos grandes riscos de colapso dos sistemas de saúde globais. O ser humano é tomado pelo medo face ao desconhecido, nesse caso, representado pelo SARS-Cov-2, patógeno muito recente, que escancara a ignorância do ser humano. A humanidade, diante disso, não vê alternativa racional senão recorrer à ciência para desenvolver um corpo coerente de conhecimento que lhe ilumine o caminho para um abrigo contra a tormenta implacável.

O conhecimento, porém, não é algo adquirido de imediato, como se, dada uma ordem, pudéssemos conceder a nós mesmos a luz. Dadas as múltiplas interações possíveis entre os elementos constituintes do universo, o conhecimento sobre cada partícula existente (ou não existente) demanda um sem fim de pesquisas, impossibilitando aquisição do conhecimento absoluto. Assim, tem-se a incerteza em relação a dimensões ainda não exploradas, e, no caso de um novo patógeno como o SARS-Cov-2, essas dimensões são muitas.

Diante disso, ainda que o STF tenha estabelecido interpretação segundo o qual os gestores públicos devem ser responsabilizados por decisões em



desconformidade com o conhecimento científico vigente, não há como se ignorar que a situação da pandemia de COVID-19 é dotada de muitas lacunas no conhecimento. Então como responsabilizar gestores públicos por decisões tomadas em um cenário permeado por tantas incertezas? A verdade é que, nesse contexto, a maioria das decisões tem probabilidades muito grandes de frustração, já que as suas consequências podem ser desconhecidas.

Por esse motivo, o STF acertou ao estabelecer a necessidade de os gestores, além de respeitarem a ciência, atuarem segundo os princípios da prevenção e da precaução, os quais demandam a tomada de decisões racionais em contextos de certeza (aplicação do princípio da prevenção) e de incerteza (aplicação do princípio da precaução).

O princípio da prevenção é aplicável a casos de riscos quantificáveis, em que existem determinações matemáticas capazes de guiar os decisores quanto à maneira como os prováveis danos serão enfrentados. Para o cálculo da medida preventiva, consideram-se os cenários quantificáveis, a probabilidade de ocorrência de efeitos, e a magnitude mediana desses efeitos. Além disso, introduzem-se, no cálculo, os níveis de aversão que a sociedade tem aos riscos em questão, considerando-se, assim, os benefícios que indivíduos e organizações possam obter com as medidas preventivas.

A aplicação do princípio da precaução, por seu lado, dá-se em situações de maior incerteza, exigindo a adoção de medidas mesmo ante a ausência de informações sobre as probabilidades e magnitudes das consequências de efeitos com causas passadas, presentes ou futuras. As medidas precaucionais voltam-se à identificação de efeitos potencialmente perigosos decorrentes de fenômenos, produtos ou processos, e ao estímulo de pesquisas científicas direcionadas à determinação dos riscos que, devido à insuficiência de dados, ainda não podem ser quantificados de forma segura.

Nesse ponto, interessa a observação de Stirling e Gee (2002. p. 521), de que o princípio da precaução, tal qual o princípio da prevenção, tem uma aplicação prática, a qual é possibilitada pela consideração de graus de incertezas científicas.

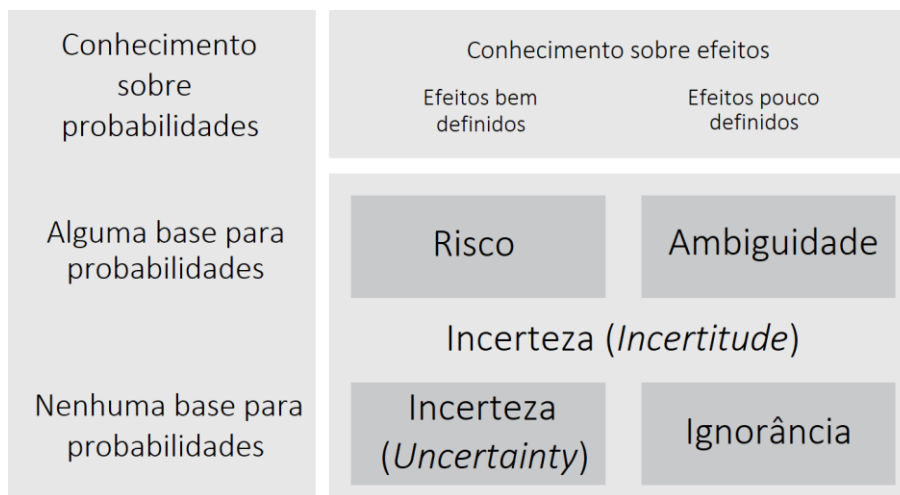


Os autores chamam a atenção para a existência de quatro categorias lógicas, que, funcionando como tipos ideais, fornecem uma heurística para se pensar em riscos na era atual, de modo a auxiliar na tomada de decisões em consonância com os princípios da prevenção e da precaução. Essas categorias permitem uma melhor racionalização da incerteza *lato sensu* (no inglês, *incertitude*), servindo como uma classificação para os diferentes graus de incerteza. Elas são: (a) o risco propriamente dito, (b) a incerteza *stricto sensu* (no inglês, *uncertainty*), (c) a ambiguidade e (d) a ignorância (STIRLING; GEE, 2002, p. 524-525).

(a) O risco propriamente dito refere-se ao conhecimento das probabilidades, que são calculadas em cima de uma base científica sólida, e dos efeitos, que são bem definidos. (b) O termo incerteza em sentido estrito (*uncertainty*) é aplicável a condições em que, apesar de haver confiança na integridade e na plenitude de um conjunto definido de efeitos, não há base teórica ou empírica válida para atribuir probabilidades com confiança de que ocorrerão tais efeitos. (c) Já a ambiguidade trata de condições em que, embora haja bases que sustentem probabilidades, os efeitos ainda são indefinidos ou definidos de forma precária em razão de uma multiplicidade de efeitos possíveis, que variam conforme o enfoque da pesquisa. (d) A ignorância, finalmente, aplica-se a circunstâncias em que não há base para a atribuição de probabilidades nem definição de um conjunto de efeitos (STIRLING; GEE, 2002, p. 524-525).



Figura 1 – Definições formais para risco, incerteza, ambiguidade e ignorância



Fonte: Stirling; Gee (2002, p. 525).

Essa distinção entre graus de incerteza (*incertitude*) é importante por permitir uma classificação a ser utilizada como parâmetro para a intensidade de medidas preventivas *lato sensu* (que englobam a prevenção *strictu sensu* e a precaução), delimitando o âmbito de incidência dos princípios da prevenção e da precaução.

Como o princípio da prevenção é aplicável conforme cálculos matemáticos que utilizam fatores bem definidos, ele é utilizado em cenários em que existem bases seguras para a afirmação de probabilidades e consequências de uma decisão ou um evento (ou, em outras palavras, quando o risco for concreto ou quantificável). Já aplicação do princípio da precaução, por se dar em casos de incerteza em sentido amplo (*incertitude*), ocorre quando a situação se enquadrar em algum dos demais graus de incerteza (incerteza em sentido estrito, ambiguidade e ignorância), de modo a englobar diversas medidas, variáveis conforme as singularidades de cada circunstância. A partir disso, pode-se dizer que, enquanto o princípio da prevenção é utilizado em casos de riscos concretos ou quantificáveis, o princípio da precaução é utilizado em casos de riscos abstratos ou não-quantificáveis.

Reitera-se que os graus de incerteza são tipos ideais, de modo que as situações reais tendem a apresentar, concomitantemente, elementos de risco propriamente dito, incerteza *stricto sensu*, ambiguidade e ignorância. É o caso da



COVID-19, em que, dependendo da abordagem, verifica-se a presença das quatro categorias. Por exemplo, podem existir bases razoáveis para cálculos de probabilidades de determinados efeitos do SARS-Cov-2 no corpo humano, ou, então, da repercussão da doença na sociedade em vista do nível de contágio e letalidade do vírus. Esses fatores, uma vez conhecidos, permitem à sociedade avaliar os riscos para a aplicação de políticas preventivas *strictu sensu* (não precaucionais) voltadas para a mitigação dos efeitos nocivos. Entretanto, em relação a outras consequências, ainda poderia haver incerteza, ambiguidade e ignorância, o que demandaria mais estudos para que se alcançasse maior exatidão em cálculos de riscos.

Todas essas graduações de incerteza, muitas vezes entrelaçadas, precisam ser consideradas pelo gestor público. Para isso, como explicado no tópico anterior, o bom gestor deve se sensibilizar às informações científicas, capazes de lhe apresentar os caminhos com maiores ou menores chances de frustração em meio à complexa situação estabelecida pela pandemia de COVID-19. Por esse motivo, ao se tratar da responsabilização de agentes públicos, os princípios da prevenção e da precaução são cruciais. Com eles, é possível a imposição de obrigações aos agentes criadores ou intensificadores de riscos mesmo diante do desconhecido, cabendo ao gestor agir de maneira racional dentro de suas possibilidades, com exigências de acerto maiores ou menores conforme os graus de incerteza (*incertitude*).

Diante disso, enquadraram-se como erros grosseiros conforme a interpretação do STF da MP nº 966/2020, passíveis de atraírem a responsabilização civil e administrativa pessoal, as decisões de gestores públicos que desconsiderem as informações científicas, ainda que elas sejam limitadas face às incertezas da COVID-19. Isso porque os gestores devem atuar em conformidade com os princípios da prevenção (em contextos de maior certeza e calculabilidade de riscos) e da precaução (em contexto de maior incerteza e incalculabilidade de riscos), que os obriga a decidir de maneira cientificamente razoável e proporcional face aos



diferentes graus de incerteza científica do contexto com o qual se deparam no exercício de suas funções.

4 CONCLUSÃO

O desastre biológico da pandemia de COVID-19 tem exigido da sociedade a tomada de decisões que levem em consideração riscos formados por redes de causas e efeitos diferentes daquelas existentes em um cenário de normalidade. A atuação da sociedade assume um caráter excepcional, cujos efeitos repercutem nos diferentes ramos do direito. Dada a sua invariável função de estabilizar as expectativas normativas da sociedade, o sistema jurídico precisa alterar sua estrutura de acordo com as expectativas excepcionais em um contexto pandêmico, ao mesmo tempo em que mantém sua diferenciação em relação aos demais sistemas sociais.

O direito dos desastres como esfera jurídica autônoma, ocupa posição central nesse cenário ao irradiar, aos demais ramos jurídicos, as suas estrutura e função voltadas ao gerenciamento dos riscos, as quais são assimiladas pela racionalidade de cada área. Dessa maneira, têm-se operações jurídicas focadas no gerenciamento dos riscos atrelados à pandemia, mas de maneira que essa excepcionalidade não extrapole os limites de um Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido.

A MP nº 966/2020 e a decisão do STF que restringiu a interpretação do conceito de erro grosseiro são resultados da irradiação da lógica de gerenciamento de riscos às esferas administrativa e civil, mais especificamente quanto à responsabilização dos agentes públicos nessas áreas em face do desastre da pandemia de COVID-19. Uma vez que se vive uma situação atípica que chama o Estado a desempenhar um papel crucial, faz-se necessário ajustar o grau de responsabilização (nas esferas cível e administrativa) dos agentes públicos. Por um lado, os agentes devem ser responsabilizados por suas condutas danosas no



exercício de suas funções, por outro lado, essa responsabilização não pode coibir a tomada de decisões por essas pessoas.

Ocorre que, em meio à pandemia, impõe-se uma atuação pública em uma zona de grande nebulosidade, decorrente das incertezas trazidas por uma nova doença de grande letalidade e com graves implicações na complexa teia de relações sociais (com impactos profundos sobre os sistemas sanitário, econômico e fiscal). Desse modo, a responsabilização pessoal por tomadas de decisões no exercício de função pública não pode se dar por meros erros. Caso contrário, haveria uma grande insegurança para os gestores, os quais estariam amplamente suscetíveis a erros diante da obscuridade do conhecimento. Esse fator poderia levar a um indesejado engessamento do Poder Público, uma vez que os agentes poderiam relutar em tomar decisões difíceis, mas necessárias ao enfrentamento da pandemia.

Por isso, com a MP nº 966/2020, a responsabilização administrativa e civil dos agentes públicos por atos omissivos ou comissivos relacionados ao combate dos efeitos sanitários, sociais e econômicos da COVID-19 se limita a casos em que houver dolo ou erro grosseiro. A partir disso, os gestores bem intencionados e qualificados podem tomar decisões sem o temor de serem responsabilizados por erros em situação de extrema complexidade e pouca clareza quanto às possíveis consequências negativas.

Contudo, não se pode ignorar que, apesar de tantas incertezas, a ciência, mediante incessantes investigações, desvanece a escuridão do desconhecimento gradualmente. Tem-se uma luz contra o misticismo tão prolífero em face do desconhecido, que, no caso da pandemia de COVID-19, é representado pela utilização massiva de verdadeiros coquetéis de medicamentos comprovadamente ineficazes, pelo negacionismo quanto à própria existência da doença e pela difusão de inúmeras teorias conspiratórias.

Com as investigações científicas, forma-se um corpo de informações nas quais a sociedade humana pode se pautar, o que demanda um estreitamento do conceito de erro grosseiro para a responsabilização de agentes públicos. Ocorre que, embora haja grandes zonas de incerteza, também existem zonas de



conhecimento permeadas por dados coerentemente sistematizados, suficientes para a elaboração de cenários que permitem a tomada de decisões com probabilidades menores de erro.

Por isso é tão relevante a interpretação conforme a Constituição dada pelo STF aos art. 1º e 2º da MP nº 966/2020, a qual restringe a interpretação do conceito de “erro grosseiro”. Por um lado, os funcionários públicos precisam atuar (interpretativa ou executivamente) conforme os *standards*, normas e critérios científicos utilizados por organizações e entidades nacional ou internacionalmente reconhecidas, o que expressa a necessidade de respeito às informações científicas. Determina-se, assim, que os agentes devem decidir de acordo com a realidade, de modo a se responsabilizarem pelas consequências de seus atos. Ignorar as informações científicas é desconsiderar os fatos, o que é uma conduta de extrema negligência, imprudência e imperícia, incidindo em erro grosseiro o agente público que o fizer.

Por outro lado, quando há insuficiência de informações sobre determinado ponto relacionado à COVID-19, os agentes públicos ainda devem respeitar os princípios da prevenção (aplicável a cenários de maior certeza) e da precaução (aplicável a cenários de maior incerteza). A partir desses princípios, o funcionário não se exime da responsabilidade civil e administrativa por decisões tomadas em cenários de incompletude de dados, pois ainda precisam atuar em conformidade com os graus de incerteza envolvidos (risco propriamente dito, ambiguidade, incerteza *stricto sensu* e ignorância).

Enfim, cabe observar que, conquanto tenham atuado em conformidade com a ciência e os graus de incerteza científica, considera-se que os agentes públicos respeitaram os princípios da prevenção e da precaução. Nesse caso, eventuais erros que tenham cometido não podem ser considerados grosseiros, não atraindo, por si só, a sua responsabilização pessoal nas esferas civil e administrativa.



REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro/RJ, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 12. Jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI 6427**: decisão liminar. Brasília, 21 mai. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912434>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Pleno - Agentes públicos devem observar critérios técnicos na pandemia. Brasília, 22 mai. 2020c. 1 vídeo (3 h 37 min 37 s). **Publicado pelo canal STF**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EaLP-IEHH18>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Pleno – Atos de agentes públicos durante a pandemia. Brasília, 21 mai. 2020d. 1 vídeo (2 h 59 min 38 s). **Publicado pelo canal STF**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&t=81s>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na Administração Pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**,



Viçosa/RJ, v. 9, n. 1, p. 189-216, jan.-jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CARVALHO, Délton Winter de. A natureza jurídica da pandemia COVID-19 como um desastre biológico: um ponto de partida necessário para o direito. **Revista dos Tribunais**, v. 1017, jul. 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%c2%aa%20Edi%c3%a7%c3%a3o/Artigos/9.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

FARBER, Daniel A. *Disaster Law and Emerging Issues in Brazil*. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, São Leopoldo/RS, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan.-jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01>. Acesso em: 27 dez. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Elias de. **Direito Civil Atual. MP 966**: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? – parte 1. [S. l.], 21 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos>. Acesso em: 19. 07.2020.

OLIVEIRA, Carlos Elias de. **Direito Civil Atual. MP 966**: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? – parte 2. [S. l.], 21 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos>. Acesso em: 19.07.2020.

OLIVEIRA, Carlos Elias de. **Direito Civil Atual. MP 966**: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? – parte 3. [S. l.], 21 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SARAT, Austin; LEZAUN, Javier. Introduction: *The Challenge of Crisis and Catastrophe in Law and Politics*. In: SARAT, Austin; LEZAUN, Javier. (Eds.) **Catastrophe: law, politics, and the humanitarian impulse**. Amherst/Boston: University of Massachusetts Press, 2009.

STIRLING, Andy; GEE, David. *Science, Precaution, and Practice*. **Public Health Reports**, v. 117, n. 6, p. 521-533, nov-dez. 2002. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1497477/>. Acesso em: 12 nov. 2019.



SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* Opinião e Análise. Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966: O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF. **JOTA**, Curitiba, Rio de Janeiro, São Paulo, 22 mai. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>. Acesso em: 17 jul. 2020.

