

Responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos e as escolhas regulatórias em tempos de pandemia

Civil and administrative responsibility of public agents and regulatory choices in times of pandemic

Submetido(submitted): 16 May 2021

Parecer(revised): 21 May 2021

Aceito(accepted): 29 June 2021

Thâmylla da Cruz Nunes*

<https://orcid.org/0000-0002-9329-3572>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] *The purpose of this article is to analyze the role of the Regulatory State and regulatory choices in view of the impacts arising from the Covid-19 pandemic, the role of the three branches of government in disciplining civil and administrative liability of public agents in cases of “gross error” and “deceit” as one of the measures to contain the state of public calamity, as well as the practical applicability and influence of the theories of regulation.*

[Methodology/approach/design] *Therefore, it is essential to understand the systematics and bases of the Regulatory State, the concept of regulation and public choice from the perspective of the policies adopted during the Covid-19 pandemic. In this context, in addition to the judgment of the direct actions of unconstitutionality of reporting by Minister Luís Roberto Barroso, the constitutionalization of regulation through Constitutional Amendment n. 109/2021, by inserting article 37, §16, in the Federal Constitution of 1988, which imposes on the Public Administration the duty to carry out an evaluation of public policies with an indication of the object and expected results, among other changes also implemented.*

[Findings] *The constant social transformations have directly reflected in the evolution of the law and in the adjustments / misadjustments of the principle of separation of powers and in the performance of each one in the pandemic and emergency scenario. From the analysis of the regulation of civil and administrative liability of the public agent by the three branches of government, it will be possible to conclude that Brazil has adopted, albeit moderately, precepts that determine decision-making based on regulatory models, and for the benefit of the public interest.*

[Practical implications] *Develop reflections on regulatory choices in the face of new themes and social arrangements arising from the Covid-19 pandemic, notably on the*

*Graduada em Direito pela UniProjeção. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Advogada. Professora de Direito Processual Civil, Direito do Consumidor e Prática Cível. E-mail: thamyllanunes@gmail.com.

conduct of the regulator and the regulated in dealing with the virus and the uncertainties and legal and social insecurity, based on contributions from assumptions of the Regulatory State.

Keywords: *Regulatory State. Covid-19 Pandemic. Responsibility of public agents. Regulatory choices.*

Resumo

[Propósito] O presente artigo tem por finalidade analisar a função do Estado Regulador e das escolhas regulatórias ante os impactos decorrentes da pandemia da Covid-19, bem como a atuação dos três poderes ao disciplinar a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos nos casos de erro grosseiro e de dolo como uma das medidas para contenção do estado de calamidade pública, além da aplicabilidade prática e influência das teorias da regulação.

[Metodologia/abordagem/design] Para tanto, mostra-se imprescindível compreender a sistemática e as bases do Estado Regulador, bem como o conceito de regulação e escolha pública sob a perspectiva das políticas adotadas durante a pandemia da Covid-19. Nesse contexto, para além do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, analisar-se-á a constitucionalização da regulação por meio da Emenda Constitucional n. 109/2021, ao inserir o artigo 37, §16, na Constituição Federal de 1988, que impõe à Administração Pública o dever de realizar avaliação das políticas públicas com indicação do objeto e dos resultados esperados, dentre outras alterações também implementadas.

[Resultados] As constantes transformações sociais têm refletido diretamente na evolução do direito, nos ajustes/desajustes do princípio da separação de poderes e na atuação de cada um no cenário pandêmico e emergencial. A partir da análise do regramento da responsabilidade civil e administrativa do agente público pelos três poderes, será possível concluir que o Brasil tem adotado, ainda que moderadamente, preceitos que determinam tomada de decisões com base em modelagens regulatórias, e em prol do interesse público.

[Implicações práticas] Desenvolver reflexões acerca das escolhas regulatórias frente às novas temáticas e arranjos sociais advindos da pandemia da Covid-19, notadamente sobre as condutas do regulador e do regulado no enfrentamento do vírus e das incertezas e insegurança jurídica e sociais, a partir das contribuições advindas dos pressupostos do Estado Regulador.

Palavras-chave: Estado Regulador. Pandemia de Covid-19. Responsabilidade dos agentes públicos. Escolhas regulatórias.

INTRODUÇÃO

A regulação é atividade estatal que, com a finalidade de assegurar o equilíbrio do interesse público, impõe ao Estado a conduta de intervir direta ou

indiretamente nos diversos setores da sociedade. Regular é normatizar e administrar, alterando o comportamento de forma estruturada e intervindo na liberdade dos agentes econômicos ao definir instrumentos regulatórios.

A intervenção regulatória estabeleceu-se paulatinamente, rearranjou-se e evoluiu na medida em que os paradigmas de Estado foram se consolidando. A fim de identificar o que legitima as modelagens regulatórias, suas vantagens, desafios e aplicações práticas na atual conjuntura político-econômica e social brasileira, a primeira seção deste artigo se debruçará sob uma análise cronológica dos paradigmas, desde as raízes regulatórias do Estado Absolutista até a sua consolidação pelo Estado Regulador.

Partindo deste pressuposto e sob o enfoque dos impactos ocasionados pela pandemia decorrente da propagação do novo coronavírus desde o início de 2020, passar-se-á à apreciação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos à luz da produção normativa e atuação dos três poderes na contenção do colapso estrutural de diversos setores, dentre eles, o sanitário, político, econômico, fiscal e social, questões que serão tratadas na segunda seção.

O momento exigiu, e ainda exige, contenção e restrição das liberdades individuais e dos atores econômicos, cabendo ao gestor público a tomada de decisões crucias, com alto teor de responsabilidade e implicações para si, para o Estado e para a sociedade, fazendo-se, ainda mais necessário, a observância e adoção de medidas capazes de manter a segurança político-jurídica e social em tempos de crise.

À medida em que se analisa os pressupostos e os limites à atuação estatal, a terceira seção evidencia que as alterações constitucionais e legislativas, bem como as demais normatizações ocorridas durante a pandemia da Covid-19 refletem a influência e aplicação de escolhas regulatórias como contribuição viável e necessária ao cenário de exceção vivenciado, embora o Brasil ainda precise caminhar a passos ainda mais acelerados para a concretização dos ideais da regulação.

REGULAÇÃO, PARÂMETROS TEÓRICOS DO ESTADO REGULADOR E SEUS PRESSUPOSTOS

Para a compreensão da problemática do presente artigo e das novas disposições constitucionais e legais acerca da responsabilidade civil e administrativa do agente público, imperioso perpassar pela análise do conceito de regulação e a sua formatação na construção e evolução dos parâmetros de Estado, notadamente no que tange ao Estado Regulador.

A regulação, em termos genéricos, traduz-se em uma atividade exercida pelo Estado com a finalidade de proporcionar o desenvolvimento

socioeconômico, tem como um de seus pilares a garantia e proteção dos direitos fundamentais. Partindo deste pressuposto, Marcio Iorio Aranha assim a conceitua:

“A regulação, em síntese, é a presença de regras e atuação administrativa (law and government) de caráter conjuntural pautadas no pressuposto de diuturna reconfiguração das normas de conduta e dos atos administrativos pertinentes para a finalidade de redirecionamento constante do comportamento das atividades submetidas a escrutínio, tendo-se por norte orientador parâmetros regulatórios definidos a partir dos enunciados de atos normativos e administrativos de garantia dos direitos fundamentais”. (ARANHA, 2018, p. posição 2092)

A regulação atinge diversas áreas, desde serviços públicos a atividades do setor privado, porém, está circunscrita na esfera do direito público. Aranha (2014, p. 32) assevera que a atividade regulatória tem por objetivo o equilíbrio entre os atores de mercado e o interesse público, bem como incide sobre espaços que possuem suas leis, visto que não inaugura uma nova ordem jurídica, mas sim gerencia a ordem já existente, o que significa que o ambiente regulado é ao mesmo tempo criador e parcialmente criado pela atividade regulatória.

Neste viés, para combater possíveis desajustes socioeconômicos e jurídicos, a regulação também pode ser compreendida como intervenção do Estado na economia, quando gerencia, planeja e executa normas preestabelecidas. Não se pode olvidar que o direito, ao longo da história, desempenha a tarefa de regular condutas e solucionar conflitos ao passo que, segundo Othon de Azevedo Lopes (2018, p. 98), apresenta-se como um meio, como instrumento para que a política conduza o processo social, definindo objetivos, escolhendo os meios normativos e ordenando condutas concretas de acordo com programas finalísticos.

A regulação como processo de produção artificial de normas por entidades autônomas incrustadas no Estado deve sua existência a uma concepção moderna de direito e instituições políticas. Esse fenômeno de deslocamento de poder normativo ocorre a partir de alguns pressupostos: 1) a consolidação de um sistema político-burocrático, 2) a constituição de um sistema econômico, 3) a positivação do direito como sua produção artificial em regras formais com hipóteses de incidência e sanções que visavam a regular comportamentos, 4) instituições jurídicas e políticas concebidas funcionalmente para a consecução de utilidades sociais, como por exemplo o estabelecimento da paz, do bem-estar social, da vida mais agradável possível e 5) o estabelecimento de aplicações técnico-científicas como meio para consecução dessas finalidades sociais. (LOPES, 2018, p. 69)

Os formatos regulatórios e a produção de regras nasceram e se desenvolveram a partir das incontáveis disputas sociais que desencadearam diferentes configurações e fases de juridificação dos paradigmas do Estado, cuja análise a seguir partirá da relação Estado e economia.

No Estado burguês absolutista, a monarquia concentrava todo o poder do Estado utilizando-o de acordo com seus interesses e monopolizando a coerção no Estado, uma vez que o Soberano exercia uma regulação invasiva sobre seus súditos¹. Tudo o que não estava regulado pelo poder político resolvia-se no âmbito de autodeterminação ou de coerção.

Com o fim do modelo absolutista da sociedade, advindo notadamente das Revoluções dos séculos XVII e XVIII, o paradigma avança para o Estado Liberal, marcado pela contenção interna do poder e do governo, resultando em uma ausência ou baixíssima intervenção estatal, a fim de movimentar-se de acordo com o funcionamento do mercado, em que os direitos subjetivos públicos eram tidos a partir da garantia do direito privado, assim como a economia passou a ser tida como autorregulável².

O modelo de Estado de Bem-estar social, ao contrário do Estado Liberal, consolida uma necessária atuação na economia diretamente intervencionista, com o objetivo de frear o sistema econômico do paradigma que o antecede, adequando-se à nova realidade social para atingir o equilíbrio entre as regulações e as prestações estatais.

Apesar de assumir uma função assistencialista na pacificação do conflito de classes, Lopes (2018, p. 97) evidencia que este modelo se contradizia entre as ideias de autonomia e de dependência. De um lado, houve a consolidação de um direito autônomo, positivado, formalizado e profissional, e do outro lado, teve-se de encarar as exigências específicas do sistema econômico e político-burocrático; os direitos, que são fundamentalmente relações jurídicas, acabavam reduzidos ao âmbito do ter. A participação cidadã resumia-se a cada um receber a sua parte, por meio de um tratamento assistencialista que não se preocupava

¹O Estado Absolutista constituiu uma ordem dentro da qual se efetuou a transição da sociedade estamental para a sociedade capitalista. O comércio e as relações mercantis receberam um regramento de direito privado que permitia sua organização em corporações e pessoas jurídicas que estabeleciam entre si contratos e transmitiam livremente suas propriedades. Para isso, absorvia-se o conceito moderno de lei, já com características de positividade, universalidade e formalidade. Emergiram visivelmente, nesse período, a sociedade civil e formas de atuar sistêmicas como a da economia e a do Estado, restando ao indivíduo uma esfera de autodeterminação definida informe e negativamente, no modelo hobbesiano, como a não abrangida pelo Estado. (LOPES, 2018, p. 77)

²O mercado passou a ser uma instância de verificação, com leis quase-naturais, que deveriam ser respeitadas inclusive pelo Estado. O governo pautava-se por cálculos racionais de utilidade, medindo as oportunidades de agir e não agir. O governo tornou-se frugal, contendo-se, para ser adequado à dinâmica da economia. Essa limitação governamental não era fruto tão-somente de limites externos, impostos pelo sistema jurídico, em termos de Estado de Direito, mas sim interna à racionalidade de governo que deveria ser adequada aos imperativos de uma economia autonomizada e, portanto, com leis próprias. (LOPES, 2018, p. 80)

com questão gerais relacionadas à emancipação e à dignidade da pessoa humana.

Diante da crise de integração e da separação entre o interesse público e o privado, o paradigma estatal evolui para o Estado Regulador, que se desenvolve contra as relações de dominação do sistema político-burocrático e do sistema econômico, ao passo que os critérios de legitimação da regulação jurídica acabam substituídos por critérios de efetividade do poder político.

Para Lopes (2018, p. 113), no Estado Regulador o poder político-burocrático assume a configuração de um sistema administrativo protegido e se apresenta como uma autoridade responsável pela expansão do horizonte de possibilidades em que os indivíduos pagam o preço de “perda” de sua autonomia com uma inclusão sistêmica, submetidos ao exercício de funções de controle e regulação, com a submissão a uma rede de dependência funcional.

Em que pese o Estado Regulador ter como premissa essencial a busca do equilíbrio entre o Estado e a economia, com o fim de garantir os direitos fundamentais, a regulação não é exclusiva deste paradigma, mas é nele que ganha considerável notoriedade³. Para Pereira (2016, p. 4), o que mais diferencia a permanência regulatória histórica da regulação atual é o reconhecimento cada vez mais claro dessa função e a presença de um Estado que se denomina regulador em razão de circunstâncias históricas, de exercício de poder político, de desenho institucional para prestação de serviços públicos ou de utilidade pública, que permite ao mesmo tempo uma maior visibilidade e importância para a prática regulatória.

Nas lições de Aranha, o Estado Regulador detém os seguintes pressupostos:

“O certo é que o conceito de regulação é um pressuposto do Estado Regulador, que, sinteticamente se apoia a) no Estado garante dos direitos fundamentais, inclusive a igualdade de condições competitivas; b) no Estado de intervenção permanente e simbiótica; c) no Estado Administrativo, por sua apresentação de agigantamento da função de planejamento e gerenciamento das leis; d) no Estado legitimado na figura do administrador, do processo de gerenciamento normativo da realidade ou do espaço público regulador; e) no Estado de direitos dependentes de sua conformação objetiva em ambientes regulados; f) no Estado Subsidiário, em sua apresentação de potencialização da iniciativa privada via funções de fomento, coordenação e fiscalização de

³O Estado Regulador surge no período histórico do ocidente de maior consciência dos direitos fundamentais das diversas dimensões. Surge em sociedades imensamente influenciadas pelas comunicações em massa, pela produção de produtos em massa e extremamente tecnicizadas. O conhecimento humano escrito, que na antiguidade poderia talvez ser resumido a algumas poucas centenas de obras, não só se especializou, complexificou-se, como se tornou de difícil acompanhamento detalhado por boa parte dos cidadãos. Isso explica o tratamento setorial reclamado por diversas áreas reguladas. (PEREIRA, 2016, p. 12)

setores relevantes; e g) no conceito de regulação como processo de realimentação contínua da decisão pelos efeitos dessa decisão, reconfigurando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade.” (ARANHA, 2018, p. 36)

Assim, o Estado Regulador se arquiteta a partir de uma nova forma de se relacionar com o mercado e impacta diretamente vários setores sociais, uma vez que objetiva desenvolver uma administração pública formada por um conjunto de técnicos que, ante a nova conformação estatal, são responsáveis pelo desempenho da atividade regulatória, tanto normativa quanto administrativa.

Além da integração dos sistemas econômico e político-burocrático, faz-se necessário preservar a identidade dos sistemas regulado e regulador. Para a consecução de uma racionalidade reflexiva proposta pelo Estado Regulador, é indispensável a convivência entre ajustes contínuos dos interesses público-privado. Não basta a aplicação direta de princípios ou regras que decorrem do sistema político-burocrático, é imprescindível que ocorra uma construção conjunta das soluções e que esta seja oriunda do diálogo da norma já existente com os próprios sistemas regulado e regulador.

Para que o direito do Estado Regulador consiga equilibrar os imperativos de integração sistêmica, é indispensável que tais sistemas – econômico e político-burocrático – sejam articulados de forma reflexiva e coordenada, uma vez que assumem a “responsabilidade de um processo de planificação global” (TEUBNER, 1996, p. 48 *apud* LOPES, 2018, p. 117), com verdadeiras análises de política social.

É neste cenário, ante a busca pela harmonização entre mercado e Estado, proteção dos direitos fundamentais e dos avanços advindos por meio do Estado Regulador, que a Administração Pública assume uma feição fundamentalmente gerencial e, por essa razão, desafia um olhar mais cauteloso quando o assunto é a responsabilidade e consequências da atuação do agente público.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS EM CASO DE CALAMIDADE PÚBLICA OCACIONADO PELA PANDEMIA DA COVID-19

O início do ano de 2020 foi assolado com a propagação do coronavírus em nível mundial, obrigando os Estados a se posicionarem estrategicamente no combate ao que rapidamente se transformou em uma pandemia global que ceifa milhares de vidas diariamente e até a presente data, notadamente no Brasil, continua a pôr em colapso os sistemas de saúde, sanitário, econômico e político.

É inegável que momentos de crise exigem soluções complexas e, ao atravessar o pior cenário e maior desafio do século XXI, as instituições estatais

devem posicionar-se firmemente em prol da sociedade e do Estado em si. Analisar-se-á, portanto, sem estabelecer juízo de valor e sem pretender esgotar o assunto, algumas medidas adotadas pelos três poderes ante o cenário pandêmico instaurado, especialmente no que diz respeito à responsabilidade dos agentes públicos no combate ao vírus mortal.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, seu texto originário vem sendo consideravelmente alterado por meio de Emendas Constitucionais, modificando sobremaneira a intervenção do Estado em vários setores sociais, inclusive na economia.

A exemplo disso, merece destaque a Emenda Constitucional n. 106, de 7 de maio de 2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia. De acordo com o seu artigo 11, a emenda possui vigência temporária, visto que será automaticamente revogada na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional.

Em 26 de agosto de 2020, foi publicada a Emenda Constitucional n. 108 que, dentre outras atribuições, acrescentou o parágrafo único ao artigo 193, elevando a avaliação de políticas públicas ao campo jurídico-normativo, que está diretamente relacionado à garantia dos direitos fundamentais:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.
Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.

Ainda como reflexo do crítico cenário atravessado, a recente alteração ocorrida pela Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021, regulamenta uma série de medidas permanentes e emergenciais de controle do crescimento das despesas obrigatórias e de reequilíbrio fiscal no contexto da pandemia e, ao que especificamente interessa a esse estudo, acrescentou novo parágrafo ao artigo 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
§ 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.

Assim como a alteração implementada pela EC 108/2020, a EC 109/2021, neste quesito, também estabelece o dever de avaliação de políticas públicas e necessidade de equilíbrio fiscal. A bem da verdade, trata-se de autêntica constitucionalização da regulação, de instrumentalização das normas regulatórias, com o fim de dar máxima efetividade às políticas públicas.

À luz da premissa de que a regulação é uma atividade mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a consagração de políticas públicas (NETO, 2002, p. 27), o estabelecimento de avaliação dos resultados obtidos pelo poder público impõe, ainda que indiretamente, mudanças e uma atuação diferente da Administração Pública, tendo em vista que as normas editadas pelo regulador não poderão ser elaboradas sem observância à efetividade da política pública.

Se regular é normatizar e administrar, alterando o comportamento de forma estruturada, urge o seguinte questionamento: até onde o Estado pode ir com os ajustes conjunturais, notadamente em meio aos inúmeros desajustes decorrentes pandemia da Covid-19?

Nesse contexto, em 13 de maio de 2020 foi publicada a Medida Provisória n. 966, com o fim de disciplinar a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos nos casos de erro grosseiro e de dolo pelos atos praticados no cenário de calamidade pública provocado pela Covid-19.

A Exposições de Motivos n. 00153/2020-ME-CGU determinou que, quanto aos atos relacionados com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia, os gestores devem ser guiados apenas por dois objetivos – salvar vidas e evitar um colapso econômico do País – e que, para tanto, é imprescindível que atuem mediante “altíssimo grau de segurança jurídica”.⁴

Para garantir a correta interpretação da regra, a proposta define o erro grosseiro como sendo o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com

⁴É preciso que suas decisões mais impactantes, tomadas de boa fé e voltadas para esses objetivos, sejam livres das amarras futuras de processos de responsabilização. É preciso que o gestor saiba que, especialmente nessa situação, não deve temer que suas ações sejam confundidas com as práticas ilegais daqueles que eventualmente se aproveitarem do momento para corromper. Essa proteção especial que se busca, portanto, também robustece o combate às ilegalidades e improbidades, já que ajuda a esclarecer em qual terreno cada decisão se encontra: caso eventual conduta tomada pelo gestor, em instante de premente urgência, não atinja os objetivos pretendidos, a eventual punição só correrá caso se tenha tomado tal decisão de forma dolosa ou com um grau elevado de negligência, imprudência ou imperícia. (Exposições de Motivos n. 00153/2020-ME-CGU, item 8 e 9).

elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 2º). Além disso, são fixados parâmetros que devem ser observados na aferição da ocorrência desse erro, quais sejam: i) os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; ii) a complexidade da matéria e das atribuições exercidas; 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 omissão do agente público; e v) o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia e de suas consequências, inclusive econômicas (art. 3º).

Inegavelmente, pela sistemática da separação dos poderes, a autonomia decisória dos agentes públicos merece proteção e arrefecimento para que as escolhas públicas sejam assertivas e capazes de trazer soluções para as latentes questões sociais, muito mais ainda diante do cenário pandêmico, que tem exigido a adoção de medidas extremas e atuação estatal incisiva de controle sanitário, econômico e social. Não obstante, sete ações diretas de inconstitucionalidade⁵ foram ajuizadas sob o argumento, em breve síntese, de que os critérios estabelecidos poderiam implicar salvo-conduto ou a anistia a toda e qualquer atuação estatal que não se dê mediante erro grosseiro ou dolo.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao atribuir interpretação conforme na sessão de julgamento do dia 20/5/2020, acertadamente reconheceu a constitucionalidade da MP 966/2020 e, por maioria de votos, decidiu que os atos de agentes públicos em relação à pandemia da Covid-19 devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias. O relator, ministro Luís Roberto Barroso, asseverou que o erro grosseiro restará configurado quando o ato administrativo violar a vida, a saúde e o meio ambiente por inobservância a normas e critérios técnico-científicos.

Mesmo diante da imprevisibilidade do contexto social, dos impactos imensuráveis e dos efeitos econômicos e fiscais atuais e pós pandemia, a MP 966/2020 perdeu a eficácia em 10 de setembro de 2020 sem ter sido convertida em lei pelo Congresso Nacional. Contudo, cumpre ressaltar que o regramento da MP 966/2020 estava em consonância com o regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos previsto para situações de normalidade na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), tendo acrescentado peculiaridades voltadas para o estado de calamidade e como forma de resguardar o bom gestor de indevida responsabilização, tendo a garantia de que suas escolhas, pautadas na boa-fé e em critérios científicos, não sejam analisadas sob

⁵As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 6421), pelo Cidadania (ADI 6422), pelo Partido Socialismo e Liberdade (ADI 6424), pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6425), pela Associação Brasileira de Imprensa (ADI 6427), pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6428) e pelo Partido Verde (6431).

o mesma ótica daqueles que atuam desvirtuosamente ao praticarem ilegalidades e atos ímprobos no momento mais aterrador da sociedade moderna.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro sofreu recentes alterações promovidas pela Lei n. 13.655/2018 e seu Decreto Regulamentar n. 9.830/2019. No artigo 28 e no artigo 12 das respectivas normas, ao agente público foi conferido proteção e uma atuação responsável e independente.

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

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

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

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

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

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

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

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

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

Ante a ausência de parâmetros específicos de controle e responsabilização do gestor público no exercício das funções administrativa, controladora e judicial, as alterações na LINDB, ocorridas pelas Emendas Constitucionais n. 108/2020 e n. 109/2021 e pela publicação da MP n. 966/2020, vieram como resposta à necessidade de se conferir segurança jurídica à atuação estatal, em situações de normalidade e excepcionais, em que se adota como

parâmetro e se espera do gestor público uma atuação comprometida com o zelo, competência e responsabilidade.

Ao compreender o Estado como vértice de valores da sociedade, seja como executor ou regulador, este responderá quando a sua ação ou omissão comprometer os direitos sociais como um todo, e não apenas no âmbito político-econômico. Para Pereira (2016, p. 10), se não fosse para o Estado assumir esse papel de garantidor da cidadania, assumindo de forma clara a sua irresponsabilidade, seria lícito afirmar que o fundamento ético de sua existência na sociedade hipercomplexa que é a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, não existiria, o que permitiria a sua supressão.

Assim, ante os contornos e desafios do Estado, potencializados pela pandemia da Covid-19, a normatização e delimitação de parâmetros capazes de direcionar e responsabilizar a atuação estatal é, para além de inevitável, necessária e indispensável, principalmente porque exige atuação coparticipativa dos agentes públicos na defesa da dignidade da pessoa humana, além de uma equilibrada coordenação e estabilidade entre os três poderes da república.

ESCOLHAS REGULATÓRIAS EM TEMPOS DE PANDEMIA – UMA CONTRIBUIÇÃO POSITIVA VIÁVEL

Tanto em tempos de normalidade quanto nos de exceção, como o vivido desde o início de 2020, a ausência de regulação acarreta distorções que comprometem e até mesmo violam os direitos fundamentais. Para que tais direitos sejam garantidos, a harmonização dos interesses a partir do gerenciamento regulatório apresenta-se como uma alternativa necessária e indispensável.

A normatização de preceitos regulatórios para a contenção dos desafios sociais, tais quais os abordados anteriormente, e a conscientização da participação cooperativa corroboram à afirmação de Dallari (2003, p. 56) de que a regulação, na perspectiva do direito, possui os seguintes vieses: o externo, em que o direito é considerado um meio de regulação dos comportamentos; e o interno, que compreende o direito como um sistema, no sentido de que a regulação se refere aos mecanismos destinados a eliminar as contradições eventuais e a reforçar sua coerência.

Esse modelo estatal que estabelece uma forma de cooperação entre as funções e legitima o governo dos técnicos, ao dar prevalência à especialização e ao mérito, tornou-se ainda mais latente com as medidas adotadas, desde a normatização genérica da responsabilidade civil do agente público até as peculiaridades sobre decisões administrativas para autorizar a utilização de medicamentos de eficácia não comprovada pelos cientistas no combate à doença provocada pelo coronavírus, para determinar o funcionamento de serviços

essenciais e não essenciais, bem como o período e a duração do *lockdown* e tantas outras questões que dependem do gestor público e de escolhas com altíssimo grau de responsabilidade e de grande impacto nos setores sanitário, político e econômico.

Segundo as lições de Márcio Aranha (2019, p. 29), o mercado de decisões políticas é um pressuposto de um *continuum* infinito da escolha pública. Esta teoria possui como escopo a influência de indivíduos no processo de tomada de decisão coletiva e considera que o comportamento racional individual detém orientação e significado suficientes para justificar as equações dos mercados de escolha pública.

Situada entre economia e política, busca compreender e predizer o comportamento dos mercados políticos, mediante o uso de técnicas econômicas analíticas, em especial, do postulado da escolha racional, ao procurar modelar o comportamento de tomada de decisão não-mercadológico (ROWLEY, 2008, p. 3). Não se pode olvidar que a escolha pública é considerada teoria sólida e uma das mais importantes no que tange a decisões políticas e burocracia, notadamente por considerar a regulação como uma manifestação de decisão coletiva.

A gestão pública influenciada por parâmetros regulatórios, além de imprescindível, é objeto de estudo a nível internacional com o fim de empregá-la real efetividade e, para além da relevante teoria da *public choice*, exemplo disto é a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE (OECD, 2012), fundada em 1961, é formada por 37 nações, da qual o Brasil é parceiro-chave. A OCDE destina-se à pesquisa e a estudos para melhorar políticas públicas em setores variados – político, econômico, de trabalho, ciência, tecnologia, educação, meio ambiente e comércio –, além de proporcionar a troca de experiências entre os países membros e parceiros-chaves.

A OCDE, em Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança (OECD, 2012, p. 9-10), assevera que o governo que adota política regulatória, ao identificar um objetivo de política, decide utilizar a regulação como um instrumento de política e começa a formular e aprovar a regulação por meio de tomada de decisões baseadas em evidências. Assim, para garantir que o interesse público seja atendido, traça diversas metas, dentre as quais merecem destaque:

- Adotar uma política contínua para a tomada de decisões regulatórias, desde a identificação dos objetivos da política até os desenhos regulatórios voltados para a avaliação;
- Usar a regulação quando for conveniente para alcançar objetivos de política, aplicando a Recomendação da

OCDE sobre a Melhoria da Qualidade Regulatória Governamental de 1995 [C(95)21];

- Manter um sistema de gestão regulatória, incluindo tanto a avaliação ex ante do impacto quanto a avaliação ex ante como partes essenciais para uma tomada de decisão fundamentada;
- Articular claramente os objetivos da política regulatória, estratégias e benefícios;
- Rever sistematicamente o estoque regulatório de forma periódica para identificar e eliminar ou substituir aqueles que são obsoletos, insuficientes ou ineficientes;
- Desenvolver, implementar e avaliar uma estratégia de comunicação para garantir apoio contínuo aos objetivos da qualidade regulatória.

De um modo geral, a teoria da escolha pública⁶ reside na tomada de decisão coletiva sob o enfoque do comportamento individual racional e, apesar dos desafios político-econômicos e sociais, vem ganhando considerável expressão no Brasil, inclusive ao se observar o disposto no art. 174, da Constituição Federal, que designa ao Estado um papel de agente normativo e regulamentador das atividades econômicas, bem como sob a convicção da necessária atuação paralela dos agentes públicos.

Nesse contexto, mostra-se relevante a contribuição de Sérgio Guerra (2017, p. 69), que afirma ser a escolha tomada com base em princípios regulatórios um resultado de competências técnicas dos agentes reguladores diferentes das escolhas discricionárias da Administração Pública, tendo em vista que o núcleo da escolha não é determinado por conveniência e oportunidade, mas em uma decisão técnica mais próxima da realidade, construída a partir de um processo de participação daqueles interessados ou afetados pelos resultados da regulação.

À luz da teoria jurídica da regulação, evidencia-se o duplo benefício de a *public choice* ser uma teoria reconhecidamente influente sobre as decisões política e burocrática e de carregar consigo o caráter de abertura científica ao fenômeno interdisciplinar da motivação para a escolha coletiva.

É sob essa perspectiva que as condutas do Estado brasileiro na contenção da pandemia, anteriormente analisadas, podem ser tidas como um caminho conduzido por modelagens regulatórias, ao passo que, no âmbito do atual paradigma de Estado, com aumento dos poderes normativos do Executivo e/ou de agências independentes/autônomas, o sistema legal apresenta maior

⁶O significado mais abrangente atribuído à chamada escolha pública (*public choice*) está em considerá-la um ramo de estudos da economia e da ciência política (Tollison, 1999), inaugurado após a Segunda Grande Guerra e preocupado com as causas do processo de tomada de decisão coletiva, em especial a decisão política, mediante aplicação de métodos da economia neoclássica para o estudo das instituições coletivas da sociedade (ARANHA, 2019, p. 12).

complexidade, sobrelevando-se as normas técnicas dos *experts*⁷ dos entes reguladores (BENTEMULLER, 2018, p. 2). O Estado Regulador, nesse contexto, passa a empregar na Administração Pública, características peculiares em que os técnicos são responsáveis por desempenhar atividades regulatórias, como a normativa e administrativa.

Não se pode olvidar, portanto, que o exercício da regulação exige permanente atividade de produção normativa, ao buscar a eficiência, respeito aos preceitos constitucionais, legais e à concretização dos direitos fundamentais. A esse respeito, Marcio Aranha (2018, p. posição 1754) ressalta que a função normativa do Executivo é conjuntural e submissa às diretivas de políticas públicas fixadas pelo Legislativo, destaca, ainda, que a função normativa exercida pelo Executivo e por outros entes administrativos autônomos é compatível com o princípio da legalidade e com o da separação dos poderes, presentes no direito constitucional positivo brasileiro.

Ante o colapso ocasionado pela pandemia da Covid-19 em vários setores – sanitário, social, político, econômico, fiscal etc. –, é possível constatar que, embora os impactos sejam extensivos, as soluções precisam ser especializadas e setoriais, e é nesse contexto que escolhas regulatórias se apresentam com a devida adequação na busca de soluções para os conflitos sociais.

Sabendo-se que a regulação é tida como atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiência ou a consagração de políticas públicas (NETO, 2002, p. 56), é fundamental que decisões unilaterais e dissociadas de outros setores cedam espaço a escolhas regulatórias reflexivas, tendo como base a integração sistêmica e equilibrada capaz de conter ou, ao menos, minimizar os problemas emergenciais.

CONCLUSÃO

Os contornos das modelagens regulatórias podem ser percebidos ao longo da construção e evolução dos paradigmas de Estado, no entanto, foi no Estado Regulador que a forma de encarar a tomada de decisões públicas se consolidou sob o viés da regulação e suas teorias.

⁷Outro pressuposto do Estado Regulador encontra-se na identificação mesma do Estado Administrativo, em que as noções de profissionalismo e expertise tradicionalmente aplicadas aos negócios privados são adaptadas ao conceito de expertise na atividade de governar com a conotação de permanência, treinamento e especialização de funções. (ARANHA, 2014, p. 27)

A análise dos paradigmas de Estado reduz a complexidade de se compreender as formatações, reajustes e sua própria evolução sob a vertente político-jurídica e jurídico-econômica. No Estado Liberal, o mercado regulava-se por forças espontâneas de quase-natureza, levando ao controle por atores individuais. Em contrapartida, no Estado de Bem-estar social, desaparece esse caráter de quase-natural, impõe-se um Estado controlador e prestador dos serviços essenciais. O Estado Regulador, por sua vez, privilegia a construção da autonomia pública e privada e a parceria entre Estado e o particular, além de incorrer no deslocamento de uma integração social para a integração sistêmica.

Ao longo do presente artigo, após análise da conformação dos paradigmas e da função do Estado Regulador, é que se passou ao estudo da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos no combate ao coronavírus e suas implicações desastrosas. Diante do colapso sanitário, político, econômico, fiscal e social, bem como do contexto de incertezas, a Administração assumiu, de forma ainda mais latente, uma feição gerencial, o que desencadeou uma série de tomadas de decisão e atuação normativa dos três poderes.

Os agentes públicos foram e ainda estão sendo instados a tomar decisões cruciais, com alto teor de responsabilidade e em um contexto de incertezas, uma vez que podem custar a vida, o patrimônio das pessoas, a segurança jurídica e social. Garantir ao bom, honesto e justo gestor público critérios objetivos e que observam os primados da justiça é essencial para que ele adote escolhas acertadas sem o temor de ser indevidamente responsabilizado.

Denota-se, portanto, que este foi o objetivo das alterações implementadas pela Emenda Constitucional n. 106/2020, Emenda Constitucional n. 108/2020, Emenda Constitucional n. 109/2021, Medida Provisória n. 966/2020 (não convertida em lei) e, mesmo antes da pandemia da Covid-19, as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por meio da publicação da Lei n. 13.655/2018 e seu Decreto Regulamentar n. 9.830/2019, que conferiu ao agente público proteção, atuação responsável e independente.

Tais movimentações estatais baseiam-se em escolhas regulatórias que conferem equilíbrio e evolução na gestão pública, notadamente ao elevar a atuação de *experts* e condicionar a tomada de decisões no contexto pandêmico à impositiva observância de critérios técnicos e científicos.

A instrumentalidade das normas regulatórias muda o dever e a atuação da Administração Pública, de modo que as normas editadas pelo regulador não podem ser elaboradas sem observância à efetividade da política pública. É nesse contexto que a escolha pública, sob a perspectiva de estudo do presente artigo, vem à tona.

A teoria da escolha pública traduz-se na motivação da decisão coletiva a partir de um comportamento racional, orienta o gestor na tomada de decisão visando o interesse público. Nesse contexto, pretendeu-se demonstrar que, em que pese os programas regulatórios basearem-se em razões e princípios distintos, e o fato de o Estado brasileiro ainda encontrar-se aquém da conjugação ideal de abordagens regulatórias, as medidas tomadas referentes a definição específica de limites à responsabilização civil e administrativa do agente público reflete, inequivocamente, a relevância e indispensabilidade de escolhas pautadas em princípios regulatórios, bem como o papel do Estado Regulador na garantia dos direitos fundamentais, em tempos de crise e também de normalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. London: Publishing, Laccademia, 2018.
- ARANHA, M. I. Teoria Jurídica da Regulação: entre Escolha Pública e Captura. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. Especial, p. 11-37, 2019.
- BENTEMULLER, R. P. P. Poder Judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. **Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 21-38, maio 2018.
- DALLARI, S. G. In: ARANHA, M. I. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, v. I, 2003. p. 39-64.
- GUERRA, S. *Discrecionariade, regulação e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- LOPES, O. D. A. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- NETO, F. D. A. M. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OECD. *Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança*. OECD Publishing, Paris, 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264209084-pt>>.
- PEREIRA, A. M. G. Autogoverno, Regulação, Função Normativa e Independência Interna no Judiciário. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 2, p. 1-46, outubro 2016.
- ROWLEY, C. K. Public Choice and Constitutional Political Economy. In: CHARLES KERSHAW ROWLEY, F. S. *Readings in Public Choice*

and Constitutional Political Economy. New York: Springer, 2008. p. 3-29.

TEUBNER, G. *Droit et rélexivité*. Paris: L.G.D.J, 1996.

Normas e Julgados

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 106, de 7 de maio de 2020. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 108, de 26 de agosto de 2020. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Exposições de Motivos n. 00153/2020-ME-CGU. Medida Provisória n. 966, 13 de maio de 2020. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Medida Provisória n. 966, 13 de maio de 2020. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6421 MC. Relator: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6422 MC. Relator: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6424 MC. Relator: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6425 MC. Relator: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6427 MC. Relator: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6428 MC. Relator: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6431 MC. Relator: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>