

## Heleno Nunes: A separação de poderes no contexto da Covid-19

A separação dos poderes esculpida no artigo 2º da Constituição da República (CRFB) não é novidade para os operadores do Direito. Desde que Aristóteles identificou o exercício de três funções estatais distintas [\[1\]](#) e Montesquieu as atribuiu a três órgãos estatais independentes e autônomos entre si [\[2\]](#) é de conhecimento geral que tal princípio vem sendo o centro de significação dos limites do controle da República.



Segundo Dimitri Dimoulis [\[3\]](#), o seu objetivo fundamental é

"preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência 'absolutista' de exercício de poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas".

É dado, então, um limite ao exercício desse poder, cuja fixação concreta, além de complexa, repousa em uma tênue linha entre a omissão dos preguiçosos e o ativismo dos corajosos.

E, em meio a tal complexidade, não fogem à discussão as funções fiscalizatórias exercidas pelos órgãos de controle. Haveria, por exemplo, um limite imposto pela separação dos poderes à atuação do Ministério Público em relação ao questionamento judicial de atos administrativos praticados pelos governantes no exercício de suas funções?

É claro que sim. Caso admitíssemos a ausência de limites às pretensões ministeriais, estaríamos diante de uma concentração indevida de poder (quicá com tendências absolutistas) por meio da qual seria dado ao Ministério Público se sobrepor às decisões dos governantes através do abuso do seu direito de ação, subvertendo a lógica constitucional de distribuição de funções não só entre os poderes, mas também entre às instituições essenciais à atividade jurisdicional.

Afinal, se ao Judiciário cabe julgar os conflitos, ao Ministério Público cabe apenas fiscalizar as ações e medidas adotadas pelo chefe do Poder Executivo, não se imiscuindo no papel de gerir as políticas públicas objetos de sua atuação.

E, no contexto de incertezas causado pela pandemia mundial decorrente da propagação desenfreada do novo coronavírus, a atuação dos órgãos de controle deve ser ainda mais cuidadosa, a fim de evitar a ingerência desmedida nas políticas públicas de saúde relacionadas ao combate à Covid-19. A atuação, nesse sentido, deve sempre ser baseada em critérios eminentemente legais e técnicos.



Como se sabe, na divisão doutrinária entre os atos vinculados e discricionários, somente aqueles podem ser controlados judicialmente de forma irrestrita, uma vez que todos os elementos do ato administrativo estão previstos na lei.

Por outro lado, nos atos discricionários a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, próprios da autoridade, porque não definidos previamente pelo legislador (mérito administrativo) [4], razão pela qual o controle judicial se limita a verificar se o administrador não ultrapassou o espaço livre deixado pela norma, tornando, pois, ilegal o seu ato.

Entretanto, existem situações cujas especificidades ampliam de forma considerável a possibilidade de controle judicial deste espaço de conformação deixado pela norma. Maria Sylvia Di Pietro [5] destaca três delas: o desvio de poder (quando a autoridade usa o poder discricionário para atingir fim diverso daquele que a lei fixou), a teoria dos motivos determinantes (quando os motivos indicados para prática do ato não forem verdadeiros) e a utilização de conceitos legais indeterminados.

E é nesse último que reside o ponto nodal em tempos de coronavírus: entre o isolamento excessivo e a inércia deliberada, a quem cabe a atividade de determinação destes conceitos no que tange às políticas públicas de saúde?

Mesmo diante da situação de excepcionalidade vivida, a resposta não pode ser outra se não a atribuição deste desiderato ao administrador público. Afinal, a ele cabe a gestão de todas as políticas públicas, pelo que não seria diferente na área da saúde em tempos de crise.

Contudo, é importante lembrar que podemos nos deparar com conceitos cuja determinação perpassa tanto por questões objetivas quanto por questões subjetivas: nestas, há uma discricionariedade na apreciação pessoal de um conceito de valor, no qual não pode se imiscuir o Poder Judiciário [6]; enquanto nas de cunho objetivo não há discricionariedade, mas tão somente uma interpretação do sentido da norma, que não se confunde com critérios de conveniência e oportunidade.

E, nesses casos, é que se diz que a discricionariedade do administrador, ou seja, o seu grau de escolha, está reduzido a zero [7], havendo apenas uma única solução válida diante do direito. Em outras palavras, as opções teoricamente possíveis ao administrador, de alguma forma, violam direitos fundamentais (à vida, à saúde etc.) ou princípios constitucionais reconhecidos na ordem jurídica, sendo, pois, incompatíveis com o Direito.

Diante da Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) que estamos vivendo, parece claro que todas as opções diversas de um atuar do poder público municipal sério, enérgico, contundente e, principalmente, rápido e preventivo no combate à Covid-19 não são escolhas de acordo com a ordem jurídica vigente, o que elimina a possibilidade de valoração, por parte do agente público, de critérios de conveniência e oportunidade.



Com efeito, a fiscalização ministerial e o controle exercido pelo Poder Judiciário estão imersos em questões de legalidade (e não de mérito) do ato administrativo, que, a depender do caso concreto, pode se mostrar ilegal e ilegítimo por violar os direitos de toda a população local à saúde e à vida, em dissonância com as normas constitucionais e legais sobre o tema; violando, ainda, as recomendações técnico-científicas a respeito.

Nessa esteira, a criação de políticas públicas na área da saúde para contingência da transmissão e para o combate ao novo coronavírus, especialmente quanto à restrição de circulação de pessoas e quanto à preparação do sistema público de saúde para receber os doentes, é medida que foge à discricionariedade administrativa, cuja inércia ou flexibilização indevida pode — e deve — ser controlada pelo Poder Judiciário quando instigado pelos órgãos de fiscalização.

Dessarte, em que pese a atividade de gestão permanecer nas mãos do chefe do Poder Executivo — como não poderia deixar de ser —, a Constituição e as normas que regem o Sistema Único de Saúde não deixam dúvidas acerca da priorização de medidas preventivas [\[8\]](#), abrindo espaço para o controle judicial destas políticas públicas.

Observa-se que a determinação deste conceito jurídico ("prevenção"), conquanto possa parecer dotado de uma avaliação subjetiva, ao revés, assume um espectro objetivo quando a adoção de medidas de distanciamento social como meio de evitar o *spread* epidemiológico da doença está fundada em uma certeza científica, isto é, a existência de um nexo de certeza entre a não adoção destas e os efeitos negativos decorrentes da escolha administrativa.

Desse modo, a conclusão não pode ser outra se não a de que o administrador público ainda é, mesmo nestes tempos de exceção, o primeiro responsável pela gestão da política pública de saúde para o combate à Covid-19.

Entretanto, à medida em que suas ações não encontram amparo na literatura médico-científica e se deixam levar por outras convicções ou interesses políticos, abre-se um vácuo de poder que pode e deve ser preenchido pelos órgãos de controle, por meio do Poder Judiciário, visando à tutela do direito difuso à saúde da população.

Imprescindível, ainda, faz-se a observação quanto ao que determina o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): *"Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão"*.

Apesar de a atenção (e a intenção!) desta "recente" modificação ter se dirigido às decisões judiciais e aos órgãos de controle, perceba que a regra também inclui a decisão adotada na esfera administrativa. Ou seja, o gestor público, ao tomar uma decisão, deve levar em conta as consequências práticas da sua escolha.

Ora, assim sendo, diante de uma decisão do administrador na contramão da ciência e das orientações epidemiológicas — e, portanto, sobre a qual se tem uma certeza científica das consequências práticas nocivas ao direito coletivo à saúde —, a interpretação do sentido dos valores jurídicos abstratos, por não repousar no campo da discricionariedade, pode sofrer a intervenção judicial mediante ações propostas pelo Ministério Público.

E mais. No artigo 28 do mesmo diploma legal há expressa previsão de que *"o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro"*

. Estamos diante, pois, de mais um conceito jurídico indeterminado ("erro grosseiro") que, neste caso, influencia diretamente na atuação ministerial quando da responsabilização judicial dos administradores pelos seus atos.

Contudo, a jurisprudência já tem dado sentido concreto na interpretação desta norma. O TCU, por exemplo, já decidiu o seguinte:

"Para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se erro grosseiro (artigo 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 — LINDB) aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado" (Acórdão 4447/2020 — Segunda Câmara — representação, relator ministro Aroldo Cedraz).

Tal definição também foi dada pela MP nº 966/20, que tentou restringir a responsabilidade os administradores públicos pelas condutas e omissões praticadas no âmbito do enfrentamento da pandemia causada pela novo coronavírus aos casos de dolo ou erro grosseiro, cuja definição, segundo a norma, seria aquele *"(...) erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia"*.

Contudo, recentemente o STF, em decisão da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento acerca da constitucionalidade da MP nº 966/20, interpretou a norma no sentido de que *"seja considerado como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos e dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção"* [9].

Veja-se que o conceito de "erro grosseiro" já foi delimitado pela Corte Constitucional brasileira, de modo que, caso o administrador tome decisões no contexto de combate à pandemia da Covid-19 com inobservância das normas e dos critérios científicos, estará cometendo erro grosseiro que, como tal, para além da possibilidade de controle judicial do ato administrativo, também ensejará a sua responsabilização pessoal.

Assim, conquanto o Ministério Público e o Judiciário devam ser deferentes às decisões dos gestores públicos — democraticamente eleitos para exercerem tal função —, em momentos de turbulência social como a que estamos passando a inércia ou a atuação do Poder Executivo em dissonância com critérios científicos que tutelam a saúde da população faz surgir um dever institucional de busca pelo Poder Judiciário com vistas ao controle de tais decisões.



Afinal de contas, diferentemente dos ocupantes de cargos políticos que, como tal, dependem da aprovação popular para se manter no poder, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário possuem a garantia de estarem a par de influências políticas, o que, por vezes, garante a isenção necessária à tomada de decisões nem sempre simpáticas aos setores econômicos.

[1] Aristóteles foi o responsável pelas primeiras bases teóricas na Antiguidade Grega da chamada "tripartição dos poderes", teoria publicada na sua obra filosófica "Política".

[2] Montesquieu foi o responsável por "modernizar" a teoria de Aristóteles por meio da obra chamada "O Espírito das Leis".

[3] DIMOULIS, Dimitri. *Significado e atualidade da separação de poderes*. In: AGRA, Walber de Moura. Pág. 145-146.

[4] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª Ed. São Paulo: Atlas. 2011. Pág. 176-181.

[5] Apud

[6] Ainda nesses casos, "*alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei*" (apud, p. 146).

[7] Hartmut Maurer explica que, para haver a "redução do poder discricionário a zero" (*Ermessensreduzierung auf Null*), no caso concreto, somente uma solução teoricamente possível deixa de apresentar vício do poder discricionário — transgressão de limites, abuso de poder ou violação de direitos fundamentais ou princípios gerais do direito.



---

[8] Artigo 198 da CRFB: *"As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e artigo 5º, inciso III, da Lei 8.080/90 que prevê como um dos objetivos do SUS “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”*. Lembrando, ainda, que a vigilância epidemiológica está incluída no campo de atuação do SUS e é entendida como (artigo 6º, §2º) *“um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”*.

[9] <https://www.migalhas.com.br/quentes/327365/mp-966-barroso-fixa-criterios-para-responsabilidade-de-agentes-publicos-na-pandemia>

**Date Created**

02/06/2020