

A REGRA TÉCNICA NO DIREITO: A LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE EM FACE DE EPIDEMIA A PARTIR DA LEI 13.979/2020

*THE TECHNICAL RULE IN LAW: THE LEGITIMACY OF THE COMPETENT
ADMINISTRATIVE AUTHORITY IN THE FACE OF AN EPIDEMIC IN THE LAW 13.979/2020*

Guilherme Camargo Massau

Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Pós-doutorando na PUCRS; Doutor em Direito pela Unisinos; mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra; Especialista em Ciências Penais pela PUCRS.
E-mail: uassam@gmail.com

Victor Ribeiro da Costa

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Servidor Público Federal. Advogado.
E-mail: victorribeirolag@gmail.com

Recebido em: 17/05/2021

Aprovado em: 13/06/2022

RESUMO: O texto tem como objetivo analisar se existe ou não grau de vinculação entre regras técnicas e as decisões discricionárias de autoridade pública competente em situação de epidemia, mormente a partir do marco normativo trazido pela Lei nº 13.979/2020. Para tanto, empreendeu-se uma pesquisa bibliográfica (documental), valendo-se do método dedutivo, que resultou no reconhecimento de que as regras técnicas consistem em uma das limitações do espaço discricionário do Poder Executivo no escolher e adotar medidas que possam combater epidemias e, ao mesmo tempo, manter a saúde e a vida dos administrados. A partir da resposta encontrada, foram feitas inferências a respeito do controle exercido pelas normas técnicas médico-sanitárias sobre limites e possibilidades do ato administrativo discricionário, editado em matéria de saúde pública e, mais especificamente, em situação de combate à grave calamidade pública (enfrentamento a epidemias e pandemias). Em síntese, concluiu-se que a apreciação da conveniência e oportunidade para edição do ato administrativo no contexto acima informado demanda, sob pena de ferir de morte o bem público e sacrificar bens jurídicos individuais (como vida e saúde), a atenta observância da autoridade competente às diretrizes técnico-científicas.

Palavras-chave: Autoridade Competente; Discricionariedade; Epidemia; Regras Técnicas; Lei 13.979/2020.

ABSTRACT: This text aims to investigate whether there is or is not a strict correlation between technic rules and discretionary decisions, emanated by competent authorities, concerning the control of epidemics, mainly in the light of law 13.979/2020 normativity. For so, it was made a

documental (bibliographic) research through the deduction method, which resulted on the recognition that ensuring technical rules apply a limitation to the discretionary spaces available to the Executive Power, whose decisive process should rely on adopting measures against epidemics, parallel to citizens' protection when it comes to life and health. Within this statement, the research produced inferences surrounding several restraints dictated by technical rules on the matter of medical and sanitary questions, notably regarding the limits and possibilities of discretionary acts involving health and contexts of epidemics, so much so as an eventual public calamity status. In summary, the conclusion reached an appreciation of how the rules of convenience and opportunity, witnessed while editing administrative discretionary acts, require a strict observation of technical and scientific orientations by the public authority, which is due should avoid lesions to the commonwealth and prevent the sacrifice of individual rights.

Keywords: Competent Authority; Discretionary; Epidemic; Technical Rules; Law 13.979/2020.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Legitimidade no Estado de Direito constitucional. 1.1 Princípio da legalidade. 1.2 Competência administrativa. 2 Direito à Saúde. 2.1 Ministério da Saúde. 2.2 Sobre Diretrizes Terapêuticas e Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde (DTPC/MS). 3 Normas técnicas no direito. 3.1 Técnica no sentido objetivo. 3.2 Regra técnica e sua juridificação. 4 Discricionariedade da autoridade administrativa. 4.1 Discricionariedade. 4.2 Conveniência e oportunidade do interesse público. 4.3 Dimensões da discricionariedade: imprecisão da norma e liberdade de escolha. 5 Legitimidade decisória. 5.1 Discricionariedade e apreciação técnica. 5.2 Legitimidade decisória no caso de epidemia. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O texto discute a extensão da legitimidade da autoridade pública competente em decidir e estabelecer medidas jurídico-administrativas referentes a situações de epidemia, a partir do marco normativo estabelecido pela Lei nº 13.979, voltada ao enfrentamento da calamidade sanitária provocada pela COVID-19. Isso implica saber se a decisão da autoridade administrativa competente é legítima ou não. Por conseguinte, se ela se encontra nos limites da sua liberdade de escolha ou, necessariamente, se ela deve estabelecer, dentre as opções, a medida técnico-científica adequada que assegure a vida ou que garanta outros bens jurídicos das pessoas. Desta feita, analisar-se-á se a decisão sobre as medidas a serem adotadas pela autoridade administrativa competente, diante de epidemias, encontra ou não limites técnicos, e se são discricionárias ou subordinadas à apreciação técnica.

Com o fim de discutir a problemática apresentada, elaborou-se uma pesquisa bibliográfica (documental) empreendida através do método dedutivo, na qual foram consultadas obras relativas à competência administrativa, o papel da técnica no Direito, bem como a estrutura e atribuições de órgãos de saúde, além de disposições trazidas pela Lei 13.979/2020, dentre outras questões. Para compreender a análise a ser efetuada, estabelece-se alguns elementos cognitivos a serem pressupostos ao longo do texto. Contemporaneamente, o problema do conhecimento técnico é central no meio social. O modo de vida e as coisas que circundam as pessoas conduzem a uma época que prepondera o conhecimento técnico, apartando-se de elementos emocionais (MARBURGER, 1979, p. 9). O conhecimento dos elementos da natureza e a evolução de seu manejo fizeram com que a capacidade do mundo se adaptasse ao crescimento populacional e suas exigências. Por conseguinte, o processo histórico trouxe a humanidade até o momento em que a técnica potencializa a natureza, como, ao mesmo tempo, a modifica e a aniquila (GEHLEN, 1957, p. 9-10).

A partir do surgimento da sociedade industrial, o conhecimento científico adquiriu elevado patamar social. Ele criou a interdependência das ciências naturais, da técnica e da produção

industrial. Tanto que se estabeleceu uma confiança no conhecimento técnico-científico a ponto das grandes áreas sociais (urbanização das cidades, serviços públicos essenciais [água, energia elétrica], dentre outras) serem organizadas material e socialmente de acordo com o conhecimento técnico e competência profissional (GIDDENS, 1991, p. 35). O exemplo da capacidade técnico-científica reflete-se na capacidade de extinguir a vida no Planeta Terra, e.g., pela potência de destruição da bomba atômica, pela devastação do ambiente natural (MARBURGER, 1979, p. 15-16) e a guerra biológica extinguindo a vida dos seres humanos.

Aqui se refere à denominada sociedade de informação, que marca a era pós-industrial, pois a tecnologia da computação e da internet equivalem à mecanização da Revolução Industrial. Leva-se em conta que o aumento do conhecimento técnico-científico, também, é qualitativo. A facilidade da circulação desse conhecimento satisfaz as necessidades especializadas e individualizadas, ampliando as condições de inovações técnicas. Por conseguinte, ocorre uma divisão e complexidade de trabalho a partir do conhecimento científico. Isso aconteceria de duas formas: 1) aumento do conteúdo de conhecimento do trabalho existente; 2) criação e dilatação de tipos de trabalhos voltados ao setor do conhecimento (KUMAR, 1997, p. 21, 22, 23, 31, 35).

Com o constante aperfeiçoar do conhecimento científico e o seu emprego por meio técnico obteve-se, ao longo da história, uma mudança qualitativa no modo de vida. O que aqui deve se destacado é em relação à qualidade de vida. Por conseguinte, com o desenvolvimento do conhecimento científico e a incorporação de novas técnicas no referente à área da saúde, assistiu-se o aumento demográfico e o envelhecimento populacional. Os novos exames, tratamentos e remédios propiciaram a luta e a valorização da vida e da saúde. Isso situou o direito à vida como pretensão subjetiva de exigir uma prestação do Estado no que condiz sua manutenção, por meio do acesso à saúde. Desta feita, o Estado não só deve se abster de colocar a vida e a saúde de pessoas em perigo como de agir em prol da manutenção da vida e da saúde.

Objetivando contribuir com o debate sobre a competência administrativa e o controle dos atos discricionários em matéria de combate a epidemias, este texto leva a cabo, de início, uma discussão sobre as bases jurídico-constitucionais da competência administrativa e suas balizas elementares (a partir da legalidade) para, em sequência, discorrer sobre o direito à saúde, os órgãos responsáveis pela edição de normas técnicas neste âmbito e as principais normas editadas. Por fim, traz-se ao lume as discussões sobre regras técnicas no Direito, discricionariedade e legitimidade decisória no âmbito da referida legislação de emergência para enfrentamento à pandemia de COVID-19.

1 LEGITIMIDADE NO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

A legitimidade deriva do vocábulo *legítimo*, exprimindo a qualidade ou caráter do que é legítimo. O que é legítimo está amparado na lei, quando se está ao abrigo do Estado de Direito constitucional. Assim, a legitimidade refere-se às coisas, aos autos e às pessoas, as quais perfazem os requisitos legais a fim de concretizar os objetivos desejados ou/e obtenham os efeitos prescritos em lei (SILVA 1996b, p. 61). Logo, somente é legítimo para agir/decidir a autoridade que está investida na competência. Destarte, pode-se definir a competência como a capacidade-*poder* em virtude do qual a autoridade se encontra legitimada legalmente para conhecer atos jurídicos e deliberar sobre direito conforme os ditames legais (SILVA, 1996b, p. 472).

1.1 Princípio da legalidade

A administração pública está autorizada, no Estado de Direito constitucional, a agir em obediência à lei. Porém, para a legitimação de um ato seu não basta inofensividade à lei, ela deve estar embasada em norma permissiva (Art. 5º, II, Art. 37, *caput*, e Art. 84, IV, da CRFB). Há, todavia, situações em que o texto da lei não deixa margem de liberdade ao administrador. Nesse

caso, o administrador deve praticar o ato em conformidade estrita ao texto legal. Contudo, mesmo que o texto legal conceda espaço de liberdade ao administrador, cabe a este, diante da liberdade que possui, eleger os meios adequados para alcançar os objetivos do texto legal e do sistema jurídico ao exercer a discricionariedade (MELLO, 2001, p. 773-775).

Por conseguinte, o agir discricionário não significa a liberdade de escolha deliberada sem os fundamentos lógico-jurídicos que justifiquem a legalidade e a legitimidade da escolha. O princípio da legalidade é *a medida do poder*, confundindo-se com a noção de competência do ato jurídico, principalmente no que concerne à licitude do objeto e à perfeição da forma (LIMA, 1987, p. 141). Devido às circunstâncias, da matéria e da forma, o ato emanado da autoridade pública competente necessita observar o conhecimento que satisfaça de maneira eficiente a matéria e a forma.

1.2 Competência administrativa

As pessoas administrativas possuem prerrogativas típicas do poder público. Desta feita, o administrador público tem poder cuja atividade administrativa está vinculada a um fim impessoal. Em sentido lato, a competência é a medida do poder que a ordem jurídica atribui a uma pessoa determinada. Os poderes atribuídos às pessoas administrativas são fixados de forma objetiva e são de direito objetivo, não sendo direitos subjetivos nem manifestação de uma relação de administração (LIMA, 1987, p. 139-140).

As consequências são: a) a pessoa administrativa não possui direito subjetivo à competência, há pretensão de preservação da competência, indicativo de ordem e harmonia na administração quando se suscita, principalmente, perante o Supremo Tribunal Federal controvérsia de quem possui competência, *e.g.*, o debate recentemente travado no bojo da ADI 6341¹; b) é ilícito às pessoas administrativas e/ou seus agentes não se sujeitarem ao exercício da competência conforme termo ou condição, pois somente com a *condicio juris* e o termo legal se tem competência; c) a competência é irrenunciável por parte das pessoas administrativas (LIMA, 1987, 140-141).

Por conseguinte, distingue-se a incompetência da ilicitude do objeto. A incompetência consiste na prática de ato por pessoa administrativa ou seu agente que incumbe a outra pessoa administrativa ou a outro agente da mesma pessoa, nos termos da lei. A ilicitude do objeto do ato tem por base a atividade proibida indistintamente a todas as pessoas administrativas e seus agentes. Ainda, destaca-se que a forma do ato jurídico diz respeito à competência, mas não se confunde com ela. Assim, *e.g.*, cabe ao Presidente da República expedir decreto para nomear um servidor, já aos Ministros de Estado possuem competência para nomear determinados servidores, mas não a possuem para expedir decretos (LIMA, 1987, p. 141-142).

A competência é dividida em momentos e critérios. (1) Nesse sentido, tem-se a divisão das funções políticas, sendo momento comum à União, ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, nas respectivas organizações. (2) Existe a reserva constitucional dos poderes dos entes federados (Art. 21 a 24, Art. 25, §1º, Art. 30, Art. 32, §1º, da CRFB). Deve-se levar em consideração a competência das autarquias das demais pessoas administrativas, a organização

¹ Nesta ação, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, discutiu-se qual ente federativo seria competente para adotar medidas de combate à pandemia provocada pelo Coronavírus. Deferindo a medida cautelar requerida pelos proponentes da ADI, o voto do relator sinalizou que tal competência seria concorrente, abrangendo União, Estados e Municípios, dando interpretação conforme à CRFB (especificamente em seu art. 23, II) aos dispositivos presentes no Art. 3º da Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento à pandemia, e às diretrizes firmadas pela Medida Provisória 926 (que fixou determinadas medidas como competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia federal). Cumpre frisar que o referido voto foi referendado pelo Plenário do STF, em 15/04/2020, conforme matéria disponível no portal CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/stf-referenda-liminar-competencia-concorrente-mp-926>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

descentralizada² dos Ministérios da União e das secretarias dos Estados-membros e dos Municípios e a divisão de atribuições dos servidores das pessoas administrativas, conforme o lugar e a matéria (LIMA, 1987, p. 142).

2 DIREITO À SAÚDE

O acesso à saúde é dever do Estado e direito dos indivíduos. Trata-se de um direito fundamental social (Art. 6º CRFB). Ele possui dupla dimensão: a positiva e a negativa. A positiva refere-se às prestações que o Estado deve oferecer aos indivíduos. A negativa está atrelada à abstenção do Estado em causar dano à saúde dos indivíduos. Tanto no que se refere às prestações quanto às abstenções o agente público deve agir conforme a legalidade e a competência. Portanto, cabe aos órgãos da administração pública, nos limites do texto constitucional (Arts. 196 a 200 da CRFB) e dos textos infraconstitucionais, estabelecer os critérios de ação para a efetivação do direito à saúde em situações ordinárias e extraordinárias.

2.1 Ministério da Saúde

O Ministério da Saúde (MS) é um dos órgãos que integram a Administração Pública Federal Direta, conforme o Art. 19, XIV, da Lei nº 13.844/2019 (que dispõe sobre a estrutura ministerial da Presidência da República) e o *caput* do Art. 1º do Decreto nº 9.795/2019 da Presidência da República (que define sobre o regimento e a estrutura do MS). Em termos de doutrina administrativista, a Administração Direta é aquela que, além de ser titular, atua como executora de determinados serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2019, p. 678), como ocorre na área da saúde.

Neste sentido, um órgão público pode ser definido como conjunto de atribuições e competências, feixes de poderes funcionais reunidos sob determinada organização (DI PIETRO, 2019, p. 1203). Especificamente no que diz respeito aos Ministérios, tais órgãos possuem a incumbência constitucional de auxiliar a Presidência da República na direção da Administração Pública Federal, por força do Art. 84, II, da CRFB. Portanto, apesar de serem despensionados (ARAÚJO, 2010, 97-104), integram-se juridicamente à União com a finalidade de auxiliar a Presidência no exercício de determinadas atribuições administrativas.

Tal auxílio é prestado por meio do exercício de competências legalmente reservadas. No caso do Ministério da Saúde, esta reserva está prevista pelo rol inserido no Art. 47 da Lei nº 13.844/2019, repisado pelo supracitado Decreto nº 9795/2019 (no Art. 1º de seu Anexo I) e constante também da Portaria nº 1.419/2017/MS, que aprova o regimento interno deste órgão. A competência material deste órgão ministerial é vasta e abrange temas como: a) política nacional de saúde; b) coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde (SUS) (também por força do art. 9º, I, da Lei nº 8.080/90); c) informações de saúde; d) ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e afins; e) pesquisa científica na área tecnológica e da saúde; dentre outras.

Pela relevância das matérias de que trata, cujo teor é altamente técnico, o Ministério da Saúde pode ser considerado, dentro das teorias de classificação dos órgãos públicos e em relação ao critério de “posição dentro da estrutura estatal”, como órgão autônomo, pois está subordinado diretamente aos órgãos independentes (como a Presidência, fruto do constituinte originário), possuindo, portanto, autonomia financeira, administrativa e técnica³.

² Há a pluralização da autoridade administrativa, em duas dimensões: 1) a multiplicação de órgãos de manifestação da vontade estatal; 2) a distribuição de funções estatais a pessoas jurídicas *ad hoc* instituídas pelo Estado, porém distintas deste (LIMA, 1987, p. 145, 147).

³ *Vide* classificação apresentada por DI PIETRO (2019, p. 1207).

Além disso, sendo classificado como composto, o Ministério da Saúde conta com diversas subunidades administrativas, gerenciais e de apoio. Esta estrutura básica é apontada pelo Art. 48 da Lei nº 13.844/2019, que destaca a existência de três órgãos colegiados, a saber: a) o Conselho Nacional de Saúde (responsável por formular a política nacional de saúde); b) o Conselho Nacional de Saúde Complementar; c) a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (cujas funções serão detalhadas na seção subsequente).

Ademais, conforme o Regimento Interno do Ministério da Saúde⁴, este órgão é composto por inúmeros outros órgãos de assistência imediata, como o Gabinete do Ministro, a Consultoria Jurídica, a Assessoria Especial de Controle Interno e a Corregedoria Geral, junto a várias secretarias temáticas (atenção à saúde, saúde indígena, vigilância em saúde, de ciência, tecnologias e insumos etc.). Além desses órgãos, há diversas entidades vinculadas ao MS, como a ANVISA⁵ e ANS (autarquias), Funasa e Fiocruz (fundações públicas), dentre outras. Após este breve detalhamento sobre as competências e a organização do Ministério da Saúde, cumpre discorrer sobre os principais documentos técnico-científicos emitidos por este órgão dada a relevância jurídica que tais normas técnicas podem vir a ter, especialmente em se tratando de controle de epidemias.

2.2 Sobre Diretrizes Terapêuticas e Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde (DTPC/MS)

O regramento constitucional da saúde pública no Brasil, direito de todos e dever do Estado, estabelece, nos termos dos Arts. 196 a 200 da CRFB, a criação do SUS. Para densificar e esmiuçar as normas constitucionais que delineiam o SUS, editou-se a Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, organizando o funcionamento dos serviços correspondentes a tais tarefas.

Dentro deste quadro normativo, o SUS é gerido de forma descentralizada, conforme ordenado pelo Art. 198, I, da CRFB, repisado pelo art. 9º, *caput*, da Lei nº 8.080/90. Nesse sentido, sua gestão compete, no âmbito federal, ao MS, nos termos do inciso I do comando legal retrocitado. Dentre as competências exercidas por esse Ministério, cumpre destacar a constituição ou alteração de Protocolos Clínicos ou Diretrizes Terapêuticas, sendo devidamente assessorado neste mister pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS, nos termos do *caput* do art. 19-Q da Lei nº 8.080/90.

Este dispositivo normativo, em seu §1º, frisa que a CONITEC será necessariamente composta por um representante do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e por um especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. O caráter técnico-científico deste colegiado de assessoramento, integrante da estrutura regimental do MS⁶, torna-se patente diante do informado pelo §2º da norma em discussão, segundo o qual:

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

⁴ Vide BRASIL. Decreto nº 9.795 de 17 de maio de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Saúde, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE. Brasília/DF - Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9795.htm#art8>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁵ Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

⁶ Conforme estabelece a Portaria n. 2009/2012 do Ministério da Saúde, que aprovou o Regimento Interno do CONITEC. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt2009_13_09_2012.html>. Acesso em 06 abr. 2020.

- I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
- II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Diante do exposto, a CONITEC, órgão colegiado de natureza permanente, possui evidente natureza técnico-científica, atuando com vistas a qualificar a tomada de decisão por parte dos gestores do Ministério da Saúde e agências reguladoras vinculadas (como ANVISA). Nesse particular, conforme estabelecido pelo art. 2º, I, do Regimento Interno da CONITEC (Portaria nº 2.009/2012/MS), este trabalho de assessoramento realizado pela Comissão levará em conta “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo relatado[...]”. Para tanto, a CONITEC deve ser composta, regimentalmente, por representantes de diversas entidades de saúde e por qualificado corpo técnico⁷.

Assim ocorre para que a edição, revisão ou cancelamento de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) se dê com base em procedimentos criteriosos que deem a devida atenção aos ditames das ciências da saúde, isto é, ao conhecimento técnico-científico produzido por esta área. Sendo desnecessário diferenciá-los, pois se voltam ao mesmo fim, é possível definir os PCDT como documentos oficiais, emitidos pelo MS, que objetivam garantir a melhor qualidade possível do cuidado dispensado à saúde dos pacientes e usuários atendidos pelo SUS, desde o acolhimento e diagnóstico, até o tratamento e o acompanhamento dos pacientes⁸.

Tais documentos reúnem informações sobre medicamentos, procedimentos clínicos, exames e demais serviços prestados pelo SUS e auxiliam na manutenção e melhoria da qualidade deste serviço. Assim, indicam as tecnologias mais adequadas para o tratamento de determinada doença ou condição, espelhando-se em consensos e orientações da comunidade científica internacional. Não obstante isso, a relevância dos PCDTs vai muito além da área estritamente médica porque:

Além de nortearem uma assistência médica e farmacêutica efetiva e de qualidade, os PCDTs auxiliam os gestores de saúde nas três esferas de governo, como instrumento de apoio na disponibilização de procedimentos e na tomada de decisão quanto à aquisição e dispensação de medicamentos tanto no âmbito da atenção primária como no da atenção especializada, cumprindo um papel fundamental nos processos de gerenciamento dos programas de assistência farmacêutica, na educação em saúde, para profissionais e pacientes, e, ainda, nos aspectos legais envolvidos no acesso a medicamentos e na assistência como um todo (PICON, BELTRAME, 2010, p. 6).

⁷ Nesse sentido, cumpre trazer à tona o informado pelo art. 8º do Regimento Interno da CONITEC: “Art. 8º O Plenário é composto por treze membros, com direito a voto, que representam os seguintes órgãos e entidades: I - Ministério da Saúde: a) Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE/MS), que a presidirá; b) Secretaria-Executiva (SE/MS); c) Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI/MS); d) Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS); e) Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS); f) Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa (SGEP/MS); e g) Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde (SGTES/MS); II - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); III - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); IV - Conselho Nacional de Saúde (CNS); V - Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS); VI - Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS); e VII - Conselho Federal de Medicina (CFM). Parágrafo único. Os representantes serão indicados pelos respectivos dirigentes máximos à Secretaria-Executiva da CONITEC e serão designados pelo Ministro de Estado da Saúde.”.

⁸ Conforme informado no próprio endereço eletrônico da CONITEC/MS. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/protocolo-clinico>>. Acesso em 06 abr. 2020.

Pelo exposto, é possível inferir que os PDCTs são um dos principais instrumentos, não apenas para estabelecer e padronizar procedimentos de atenção, promoção e recuperação da saúde individual, mas também, e, sobretudo, pela relevância que adquirem como ferramentas para qualificação da gestão hospitalar, em particular, e da gestão da saúde pública como um todo, em todas as três esferas pelas quais o SUS se espraia. Diante disso, cabe frisar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são elaborados com a finalidade de garantir à população atendida pelo sistema de saúde pública “tratamento igualitário baseado em altos padrões científicos, éticos e melhor administração de recursos públicos para a saúde” (CÉSAR, 2012, p. 170).

Nesta esteira, os PDCTs ganham acentuada relevância em tempos em que o SUS se encontra sob risco de sobrecarga e ausência de leitos disponíveis, como no caso de enfrentamentos a epidemias. Recentemente, a pandemia viral de Sar-Cov-2 (provocada pelo COVID-19, popularmente conhecido como “coronavírus”), reacendeu os debates sobre a necessidade de elaboração de normas técnicas em matéria sanitária para auxiliar no repasse e na padronização das informações transmitidas às autoridades de saúde, gestores hospitalares e demais profissionais da área com o fito de auxiliá-las no combate à pandemia.

Em síntese, os PDCTs possuem expressa previsão legal (art. 19-Q da Lei nº 8.080/90), sendo editados por autoridades competentes (MS, em nível federal), com o auxílio de especialistas (profissionais da área da saúde que compõem a CONITEC), com o fim de sumarizar diversos saberes técnicos e científicos indispensáveis à boa gestão do SUS, mormente em tempos de crise sanitária (epidemias, pandemias e afins).

Por todo o exposto, os PDCTs repercutem não apenas no cuidado à saúde do indivíduo, mas sobretudo na qualidade e eficácia das políticas públicas na área da saúde, e, por isso, na coletividade (CÉSAR, 2012, p. 161). É esperável, destarte, que os gestores de plantão, independente da esfera em que atuem (mas especialmente no âmbito do executivo), levem a sério as determinações dadas através destes documentos, reconhecendo a competência técnica que os PDCTs representam e servindo-se destes saberes científicos para pautar as ações estatais de promoção, proteção e recuperação da saúde, tão necessárias em tempos de epidemia e crise sanitária.

3 NORMAS TÉCNICAS NO DIREITO

A palavra *técnica* ocupa um espaço central na sociedade contemporânea. Seu conceito traz no mínimo duas perspectivas, a subjetiva e a objetiva. A técnica (*ars, techne*) subjetiva está vinculada à forma e a maneira da criação, da habilidade, da realização humana. Nesse sentido, trata-se da técnica utilizada, *e.g.*, pelo pintor, jogador de futebol e cirurgião. A perspectiva objetiva da técnica vincula-se ao conjunto de processos, organizações e sistemas com os quais o ser humano cria, reproduz, constrói e saneia^{e, também}, modifica a natureza, intervindo e atribuindo forma ao seu mundo (MARBURGER, 1979, p. 7-8). Destarte, é a técnica no sentido objetivo que o texto irá analisar.

3.1 Técnica no sentido objetivo

As regras técnicas interagem com o direito na medida em que as normas jurídicas disciplinam áreas que exigem conhecimento especializado da vida humano-social. Desta feita, as regras técnicas devem servir ao *ser humano* e às suas necessidades existenciais. Elas não são o conhecimento em si, mas dizem respeito à sua aplicação e, por conseguinte, à sua formação e à sua alteração. Por isso, deve-se considerar duas dimensões: espaço e tempo. Na dimensão espacial deve-se levar em consideração a utilização dos equipamentos e de todas circunstâncias técnicas que requerem espaço físico para serem implementadas. No condizente à dimensão temporal têm-se os métodos e os procedimentos a serem empregados conforme o conhecimento estabelecido

(MARBURGER, 1979, p. 14, 16-17, 24-25). Destaca-se que o espaço e o tempo estão interligados, mas não só, podem ser vistos separadamente. As regras técnicas pertencem ao “domínio dos fatos”, ao ponto de ser normativo e com pretensão de validade e de imperatividade em relação às suas finalidades. Suas funções encontram-se ancoradas nos critérios da natureza dos objetos e a instrução da conduta humana, a partir do conhecimento científico (MARBURGER, 1979, p. 25-26).

Nesse sentido, devido às especificidades do conhecimento técnico não cabe, em regra, ao legislador estabelecer, prévia, geral e abstratamente as regras técnicas a serem exigidas nos casos concretos. É improvável que o legislador pense em todos possíveis casos e suas variantes e as regras técnicas a serem aplicadas, respectivamente. Tais regras devem ser estabelecidas por meio de complemento legal feito pelo Poder Executivo ou por órgão ou pessoa legal e tecnicamente competente. Isso pelo fato de tais regras cumprirem as seguintes finalidades⁹, dependendo do caso: 1) função de racionalização; 2) função de garantia; 3) função de segurança jurídica; 4) função de proteção (MARBURGER, 1979, p. 26), – *e.g.* aos bens jurídicos. A estrutura da regra técnica é semelhante à da jurídica. Ambas descrevem um caso concreto de *suporte fático* abstrato e uma ordem de conduta, ou seja, *dever ser*. A diferença está no fundamento e na proporção de vinculatividade. A não observância da regra jurídica conduz à sanção estatal, ao passo que a inobservância da regra técnica resulta falha na consecução da finalidade pretendida (MARBURGER, 1979, p. 27, 30).

A regra técnica trata de especificação técnica ou outro documento, que possua publicidade, elaborado por determinados círculos de interessados baseados no conhecimento científico, técnico e prático de utilidade e de generalidade reconhecido nas esferas local, regional ou internacional (MARBURGER, 1979, p. 40).

3.2 Regra técnica e sua juridificação

Cabe situar em que momento e condições a regra técnica apresenta-se como norma jurídica, que ganha força vinculante e imperativa. Destarte, a regra técnica pode se apresentar como *norma-origem* ou *norma-derivada*. Ela será *norma-origem* se estiver contida no texto da lei. Nesse caso, o próprio legislador insere regra técnica no texto da lei. No entanto, ela será *norma-derivada* se estiver vinculada à *norma-origem*. Sua edição tem como objetivo complementar a *norma-origem*. Desta feita, o órgão competente pela edição é distinto do que editou, em regra o Legislativo. Ressalta-se que a *norma-origem* legitima a *norma-derivada* (FERRAZ JR., 2010, p. 98), tendo essa caráter secundário (RÁO, 1999, p. 308-309).

Por conseguinte, as regras técnicas apresentar-se-ão por meio de decretos, regulamentos e outros atos normativos, pelo fato de serem específicos e concretos, em forma de regulamentação de lei, cujas características são generalidade e abstração. Desta feita, viabiliza-se a execução e a efetivação, por parte do Poder Executivo e seus órgãos, das exigências legais. Logo, por meio dos decretos, regulamentos e outros atos administrativo-normativos, as regras técnicas são aplicadas aos casos concretos (RÁO, 1999, p. 309-310). Destarte, *e.g.*, o Ministério da Saúde – por meio de seus órgãos – determina quais os procedimentos, os exames, os tratamentos e os remédios devem prestados pelo Estado por meio do sistema de saúde.

Destaca-se que as regras técnicas se encontram divididas por diferentes critérios e zonas de validade. O conhecimento organiza as regras técnicas a partir de critérios científicos (MARBURGER, 1979, p. 45). Desta feita, os atos normativos emanados das autoridades competentes devem leva-las em consideração em seu completo teor. Não cabe às autoridades competentes (Legislador ou Administrador) alterar regras técnicas sem que as mesmas admitam essa possibilidade. Caso isso ocorra, a autoridade competente está exorbitando de sua competência

⁹ As regras técnicas cumprem finalidades, não são fatos causais naturais. Ao observar as regras técnicas, o objetivo é chegar ao resultado previsto ao aplica-las (MARBURGER, 1979, p. 26-27).

técnico-científica e colocando em risco (vida, saúde etc.) os destinatários do ato normativo. Nota-se que as regras técnicas devem ser observadas pelo fato de conterem “o conhecimento” capaz de levar o ato administrativo à efetivação dos seus objetivos¹⁰. Reside nisso a sua “vinculatividade” e fundamentabilidade.

4 DISCRICIONARIEDADE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

A legitimidade da autoridade administrativa, em um Estado de Direito constitucional, encontra-se atrelada ao espaço de ação estabelecido pela norma jurídica de competência – constitucional e infraconstitucional. Ao extrapolar os limites normativos de sua competência (CARVALHO FILHO, 2016, p. 226)¹¹, a autoridade administrativa insere-se no âmbito da ilegalidade (inconstitucionalidade) e ilegitimidade. Seus atos passam a não ter sustentação normativa – princípio da legalidade – e, em decorrência disso, poderá haver responsabilização do agente público¹². Em um Estado de Direito constitucional, não há quem seja irresponsável pelos seus atos¹³. Nesse sentido, atenta-se a diferença entre as funções *política* e *administrativa*. A primeira possui, preponderantemente, o caráter discricionário, a segunda está estritamente vinculada à legalidade, não há espaço para a discricionariedade (RÁO, 1999, p. 308).

Nesse sentido, a competência administrativa é dividida em aspectos vinculados e discricionários. No exercício da competência vinculada, os critérios para a decisão do caso concreto pelo administrador estão previamente fixados pelo ordenamento jurídico e pela natureza do objeto. Nesse caso, a vinculatividade está inserida no conhecimento técnico-científico, sem o qual o ato administrativo pode vir a violar direitos das pessoas. Na competência discricionária ausentam-se critérios pré-determinados no ordenamento jurídico (PEREIRA, 2003, p. 230). Nesse sentido, o *suporte fático* da norma a ser efetivada pode estabelecer a liberdade administrativa por meio de seu mandamento ou de sua finalidade (MELLO, 2001, p. 780). Tais normas atribuem, por diversos motivos, ao administrador liberdade/autonomia para adoção de condutas/atos próprios dentro dos limites dos possíveis sentidos normativos (PEREIRA, 2003, p. 219). Atuará discricionariamente o administrador que estiver nos limites de sua competência.

4.1 Discricionariedade

A responsabilidade do administrador está vinculada ao ato por ele realizado a partir da sua liberdade de ação diante da lei. No entanto, é preciso destacar que sem discricionariedade não se tem administração pública, já que é imprescindível uma margem de liberdade para o administrador tomar decisões (CARVALHO FILHO, 2016, p. 225), ainda mais em uma sociedade complexa. Isso pelo fato da impossibilidade material de o legislador prever todas as situações e as circunstâncias

¹⁰ A influência de regras técnicas como complemento à normatividade legal é ponto pacífico em diversos ramos do ordenamento jurídico. Conforme Delgado (2017, p. 170), em matéria trabalhista, por exemplo, embora as normas técnicas não constituam, em princípio, fontes formais do direito, há permissivo legal (Arts. 192 e 193 da CLT) para que, sob a forma de portarias do Ministério do Trabalho ou órgão equivalente, discorram sobre questões relativas à saúde e à segurança no trabalho, níveis de tolerância para o trabalho insalubre, dentre outras questões, em obediência à redução de riscos inerentes ao trabalho, imperativo presente no art. 7º, XII, da CRFB. Noutro giro, também nas searas ambiental e consumerista é recorrente a presença de normas técnicas regulamentadoras, as quais servem como lastro para atuação das autoridades responsáveis pela fiscalização do cumprimento da legislação pertinentes a tais áreas, por força, respectivamente, do Art. 225, §1º, da CRFB (exigência do Estudo de Impacto Ambiental, de caráter técnico-científico) e dos Arts. 39, VIII (obrigação de obediência ao Conmetro/Inmetro) e 106, Parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹ PEREIRA (2003, p. 228).

¹² As responsabilidades decorrentes serão objeto de outro estudo.

¹³ Na história constitucional brasileira, tem-se o único exemplo de sujeito blindado no que tange à responsabilização. Trata-se do Imperador, pois a Constituição de 1824 previa expressamente a sua *irresponsabilização*. “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.” (CAMPANHOLE, CAMPANHOLE, 1986, p. 665).

(MELLO, 2001, p. 778). Destarte, é facultado ao administrador criar o direito, estabelecendo norma específica a partir do preenchimento do espaço existente no quadro normativo. Desta forma, densifica-se a norma geral e abstrata ao ponto de se estabelecer norma específica e concreta (MELLO, 2001, p. 778). É na densificação do direito que reside o espaço de liberdade, ou seja, discricionariedade do administrador.

Por conseguinte, a liberdade é restrita e condicionada ao princípio da legalidade (Art. 5º, II, Art. 37, *caput* e Art. 84, IV, da CRFB), porém ela é exercida intelectual e racionalmente pelo administrador a fim de estabelecer os elementos norteadores de sua conduta, sem os quais não há administração do interesse público. Desta forma, a discricionariedade é visualizada como *poder administrativo* que compete ao administrador utilizar, avaliando a conveniência e a oportunidade dos atos a serem realizados. Destarte, o administrador tomará decisões cujos parâmetros de precisão não estão estabelecidos no texto da lei. Nesse sentido, ele lida com a insuficiência legal diante do caso ou das circunstâncias concretas (CARVALHO FILHO, 2016, p. 225), não estando alheio à ordem legal (PEREIRA, 2003, p. 229).

O espaço discricionário do administrador é resguardado pelo ordenamento jurídico, cabendo à decisão discricionária eleger *oportuna*¹⁴ e *eficazmente* os meios e os momentos de sua atividade dentro dos fins e dos limites legais, inclusive tomando por base situações empíricas emergentes (MELLO, 2001, p. 778, 785). Giza-se que a decisão discricionária deve levar em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público e não do administrador. Isso indica a coexistência de dois espaços, um estritamente vinculado à lei e outro de liberdade discricionária, estabelecida ou admitida pela lei. No primeiro espaço, o administrador não é livre quando se trata da competência, da finalidade e da forma, não podendo exercer juízo de valor sobre esses elementos. No segundo espaço encontram-se o motivo e o objeto do ato, possibilitando ao administrador realizar juízo de valor sobre o motivo e o objeto do ato administrativo. Destarte, caberá ao Poder Judiciário analisar se o ato foi praticado dentro da competência e se tinha como finalidade o interesse público (CARVALHO FILHO, 2016, p. 227-228)¹⁵.

Contudo, escapa ao Poder Judiciário análise do mérito do ato e da atividade administrativa, excluindo, assim, do controle judicial os aspectos da conveniência e oportunidade do interesse público. No entanto, as novas tecnologias conjuntamente com as mudanças que ocorreram nas sociedades local e global exigem maior controle sobre o administrador a fim de evitar o arbítrio, assegurar os direitos fundamentais e de se manter o interesse público em primeiro lugar (CARVALHO FILHO, 2016, p. 228-229). Por isso, quando se estiver diante de direitos subjetivos, como é o caso do direito à saúde, os atos da administração pública serão sindicáveis em âmbito jurisdicional, pois há dever jurídico para administração (PEREIRA, 2003, p. 241-242).

4.2 Conveniência e oportunidade do interesse público

Os espaços decisórios de liberdade existentes na conveniência e na oportunidade assumem outra dimensão na medida em que o Poder Executivo se vê imbuído de poder regulatório por meio da atuação das agências reguladoras, *e.g.*. Em face da impossibilidade do Poder Legislativo prever as situações que podem ocorrer, o Poder Executivo, em específicas situações, edita normas específicas e concretas cuja função é administrativo-normativa. Trata-se da chamada *apreciação técnica*, cujas normas expressam diretrizes com fundamento no conhecimento técnico-científico. A edição de tais normas por parte do administrador, necessariamente, precisa estar conforme

¹⁴ Não se tem como estabelecer *a priori* o que seja oportunidade, pois dependerá da lei e da jurisprudência para que se fixe sua extensão (PEREIRA, 2003, p. 231).

¹⁵ MELLO (2001, p. 771, 772). Além desses fatores, a doutrina administrativista aponta que os elementos de regular formação do ato administrativo (como forma prescrita em lei, licitude do objeto, competência do agente público, finalidade e motivo) também são sindicáveis, motivo pelo qual devem balizar a prática de atos discricionários. *Vide* DI PIETRO (2019, p. 483-488).

standards da lei. Assim, o Poder Executivo editará normas de maior especificidade e de caráter técnico, mantendo incólume o princípio da separação de Poderes (CARVALHO FILHO, 2016, p. 229).

Desta forma, diante das circunstâncias que exigem, por um lado, do administrador apreciação técnica e, por outro lado, decisão discricionária política, cabe estabelecer a diferença e a possibilidade de responsabilização do administrador. A decisão discricionária de caráter político depende de um juízo político de conveniência e de oportunidade em ato que vislumbre o *interesse público*. Nesse caso, a escolha é derivada da vontade – preponderando um juízo subjetivo – e baseia-se na ponderação de diversos fatores. O ato discricionário não redundará responsabilidades ao administrador se foi praticado dentro da competência, com forma e objetos previstos no texto legal, e se tinha como finalidade o *interesse público* (CARVALHO FILHO, 2016, p. 230)¹⁶.

A decisão que redundando apreciação técnica exige do administrador a necessidade de levar em consideração a incidência dos fatos e o conhecimento científico – tendo menor espaço para juízos subjetivos –, afastando a concepção de escolha do ato por mera vontade, mas embasado em fato e conhecimentos técnico-científicos. Trata-se de decisão calcada em juízo técnico-científico (CARVALHO FILHO, 2016, p. 230), sem o qual o Poder Judiciário poderá anulá-la e responsabilizar o administrador. O administrador aqui poderá optar, quando lhe for possível, pela melhor orientação técnica dentre as existentes, *e.g.*, quando existirem pareceres técnico-científico indicando opções diferentes para atender ao mesmo caso – é o exemplo da diferença entre os remédios de referência, genérico e similar.

4.3 Dimensões da discricionariade: imprecisão da norma e liberdade de escolha

A discricionariade pode ser identificada pela imprecisão dos conceitos compositores da norma jurídica ou pela liberdade de escolha deliberadamente estabelecida pelo legislador. No caso da imprecisão da norma, há adoção de conceitos vagos e imprecisos, criando a incerteza objetiva no que exatamente a norma exige do administrador em face do caso concreto (PEREIRA, 2003, p. 233-234, 244). Destarte, caberá ao administrador, dentro dos possíveis significados semânticos da norma determinar qual irá utilizar.

No que se refere à previsão de liberdade de escolha contida na norma jurídica, tem o administrador a competência para escolher se, quando e como agirá em direção à concretização do interesse público ou calcado em conceito normativo indeterminado. Nesse sentido, a competência é atribuída ao administrador em face de uma realidade imprecisa. Contudo, sendo inquestionável a origem legal de tal discricionariade, cabe questionar se ato se enquadra nos limites legais. Cabe ao administrador extrair do ordenamento jurídico um sentido de interesse público a ser perseguido. A ele não cabe criar, porém ele tem uma margem de livre apreciação, em que a determinação do conceito jurídico indeterminado dele dependa em face das circunstâncias do caso concreto (PEREIRA, 2003, p. 234-237).

5 LEGITIMIDADE DECISÓRIA

5.1 Discricionariade e apreciação técnica

A expressão *discricionariade e apreciação técnica* podem abranger, em geral, os seguintes fenômenos jurídicos. O (1) primeiro trata de apreciação técnica como *suposta* liberdade da administração para realizar exames e apurações técnicas a fim de formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei. Nota-se que esse conceito técnico não é jurídico. Ele está vinculado à área do conhecimento a qual o texto da lei se refere. O (2) segundo

¹⁶ *vide*: PEREIRA (2003, p. 237-238).

fenômeno refere-se à discricionariedade e baseia-se na escolha da administração relacionadas a campos especializados de conhecimento. O (3) terceiro fenômeno está ancorado nas escolhas administrativas fundamentadas em apreciações técnicas e discricionariedade, em que existe um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa. O (4) quarto sentido condiz à apreciação técnica e corresponde à situação em que a administração é convocada a formular escolhas alicerçadas cientificamente, mas que não tenham sido objeto de corroboração. Por fim, o (5) fenômeno, destacadamente processual, corresponde à apreciação técnica que trata do espaço de liberdade instrutória do processo administrativo em casos complexos, quando da seleção e valoração dos fatos relevantes na fixação dos paradigmas da instrução (PEREIRA, 2003, p. 254-256).

No caso (1) a remissão legal a conceitos da lei requer *apreciação técnica administração*. Isso significa que os critérios e os procedimentos adotados pela administração devem estar de acordo com o rigor técnico condizente com a área do conhecimento científico com a qual se relaciona. Por conseguinte, não há discricionariedade para a administração decidir por “X” ou “Y”. O administrador decidirá por “T”, isso pelo fato de ser a recomendação indicada pela área técnica da administração pública. Pode ocorrer que o conhecimento técnico forneça ao administrador possibilidade de decisões distintas “A” ou “B” que levem a resultados finais semelhantes, ou seja, que atendam ao interesse público e à finalidade da lei de formas distintas. Aí reside a discricionariedade. Esse fenômeno é sindicável pelo Poder Judiciário, inclusive com a contribuição de peritos (PEREIRA, 2003, p. 256). Nota-se que o administrador deve atentar, no caso de opções, para os princípios da eficiência, da economicidade, da precaução, que incide na seara ambiental (CARVALHO FILHO, 2019, p. 117), da proporcionalidade e da razoabilidade.

O (2) envolve duas hipóteses: a) o juízo técnico é formulado como parte da regulação legal pela administração, ou b) o juízo técnico compõe a própria regulamentação administrativa. Nesses dois casos, a administração elaborará juízos próprios da área especializada do conhecimento. Em (a), embora exista jurisprudência em contrário, a administração pública encontra-se vinculada aos elementos técnicos que estão sob sua apreciação, *e.g.* correção de prova de concurso público. Já em (b) existe maior espaço de autonomia para as decisões técnicas que a administração deve tomar. Nesse caso, a moldura legal deixa para administração a realização do juízo técnico, *e.g.* autonomia didático-pedagógica (PEREIRA, 2003, p. 257). Aqui reside a discricionariedade.

O (3) caso envolve a situação em que existem dois momentos compositores da decisão administrativa. No primeiro tem-se apreciação técnica. No segundo sucede-se um juízo discricionário calcado na apreciação técnica. O juízo discricionário da administração toma como premissa a base técnica. No primeiro momento existe lastro para sindicabilidade do Poder Judiciário, pois os dados técnicos sustentam o juízo discricionário. Sem essa base técnica não há que falar em juízo de discricionariedade (PEREIRA, 2003, p. 258-259).

O (4) fenômeno situa-se entre os casos em que a administração age, em temas técnicos, sem poder estabelecer um juízo conclusivo e seguro. Em tais situações a administração deve basear-se em prognósticos (estatística) ou em conhecimento científico não consolidado. Contudo a margem de apreciação deve se encontrar nos limites dos prognósticos, no conhecimento científico existente ou em juízos adotados por outras administrações. Aqui encontra-se apreciação técnica. O (5) envolve o processo administrativo com a possibilidade de a administração realizar juízos discricionários em face da instrução do processo administrativo. Porém, há limites estreitos para se entender a discricionariedade em relação ao processo administrativo. Nesse caso, a administração não pode valorar ou decidir se um fato ocorreu ou não, ou seja, a atividade de produção de provas não é discricionária, mas há de se pensar, em certo grau, no juízo de instrução do processo administrativo (PEREIRA, 2003, p. 259-261).

5.2 Legitimidade decisória no caso de epidemia

A decisão da autoridade competente para enfrentar problema relacionado à saúde pública, especificamente no que se refere à epidemia, requer que sua decisão esteja pautada em critérios técnico-científicos (Art. 3º, §1º, da Lei n. 13.979/20) específicos relacionados ao enfrentamento do problema de saúde. O fato de as medidas estarem pautadas nestes critérios indicam que a administração pública está protegendo os bens jurídicos saúde e vida (MARBURGER, 1979, p. 49). Destarte, a autoridade pública competente não pode editar ato direcionado à mitigação ou à resolução do problema de saúde fora dos parâmetros do conhecimento técnico-científicos e sem o devido auxílio do órgão competente, no caso o Ministério da Saúde e as Secretarias estaduais e municipais de saúde, e seus respectivos órgãos técnicos¹⁷. No mesmo sentido assinala o Art. 3º, §5º e §7º, da Lei n. 13.979/20¹⁸ que estabelece medidas de emergência de saúde pública de importância internacional referente ao COVID-19.

Destarte, podem ocorrer situações em que dois ou mais bens jurídicos fundamentais devam ser protegidos. Se for possível, todos os bens jurídicos devem ter medidas de proteção em igual intensidade, mas, no caso de impossibilidade, o bem jurídico a receber maiores cuidados corresponde ao mais próximo e alinhado à ideia de dignidade humana¹⁹. No caso, atual é à vida e à saúde, na ausência de uma das duas não há dignidade humana, nem se quer efetivação dos demais direitos fundamentais. Delimitado o bem jurídico a receber a maior atenção, resta saber os limites que se pode visualizar na escolha das medidas a serem aplicadas.

Neste sentido, têm-se três perspectivas: (a) quando o meio técnico é conhecido; (b) quando existem mais de um meio técnico que, conforme a orientação dos órgãos especializados possam ser aplicados; (c) quando os meios técnicos adequados são (c.1) desconhecidos ou (c.2) inexistentes. Em relação ao fato de o meio técnico ser conhecido (a), cabe à autoridade pública exercer sua competência e estabelecer as medidas adequadas para o enfrentamento da epidemia, estabelecendo a aplicação das regras técnicas reconhecidamente utilizadas e eficientes, no que diz respeito à garantia da vida e da saúde. Nesse caso, não há opção de escolha. Trata-se do caso (1) do tópico anterior.

No caso de existir mais de um meio técnico viável (b) ao enfrentamento do problema, caberá à autoridade competente o dever de apreciar tecnicamente o que melhor se adapta ao enfrentamento do problema e ao princípio da eficiência e da economicidade (Art. 3º e seus incisos, da Lei n. 13.979/2020). Embora o administrador tenha a possibilidade de optar por mais de uma técnica a ser utilizada, a sua decisão deverá ser fundamentada em critérios técnico-científicos e conforme a razoabilidade e a proporcionalidade²⁰ das medidas a serem adotadas. Nesse sentido, refere-se ao caso (3) do tópico anterior.

Contudo, (c) depara-se com duas situações em que os meios técnicos adequados ao enfrentamento do problema (epidemia) são desconhecidos ou inexistentes. Trata-se do caso (4) do tópico anterior. As decisões a serem tomadas pela administração pública requerem zelo técnico para minimizar o risco à vida e à saúde das pessoas. Não poderão ser adotadas medidas sem coerência técnico-científica. No caso de (c.1) é necessário saber se o conhecimento técnico-científico para o enfrentamento do problema existe em outro Estado. Caso exista, administração possui o dever de tentar se apropriar de tal conhecimento para aplicá-lo *in locu* (Art. 3º, VIII, da Lei n. 13.979/2020). Se não for possível, a administração pública deve estabelecer medidas

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de segurança 5.362/PI. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5362.pdf>. Acesso em 09 abr. 2020.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 13.979/20. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 09 abr. 2020.

¹⁹ A opção pela dignidade humana consiste em ela ser o núcleo valorativo do sistema jurídico brasileiro.

²⁰ A verificação da proporcionalidade e da razoabilidade do conteúdo do ato praticado podem ser objeto de análise do Poder Judiciário. Contudo, em tal verificação não se encontram elementos objetivos para a análise. Caberá o juiz se socorrer de prova *técnica* para que possa decidir sobre a desproporcionalidade ou não da medida. Isso se deve a inexistência de compatibilidade entre as razões e o objeto do ato (CARVALHO FILHO, 2016, p. 234-235).

análogas para problemas semelhantes, conforme as orientações técnicas conhecidas (*e.g.* Art. 3º, I, II, III, da Lei n. 13.979/2020). De forma semelhante deve ocorrer quando (c.2) da inexistência de conhecimento técnico-científico para enfrentar o problema. Nesse sentido, a autoridade competente emprega medidas análogas a caso semelhantes ou adota medidas técnico-científicas utilizadas em outros Estados no enfrentamento do mesmo problema, como é o caso, *e.g.*, do COVID-19.

O desafio imposto pelo alastramento do vírus gerou inúmeras incertezas mesmo entre os especialistas da área sanitária, provocando atritos e insegurança entre autoridades. Não obstante isso, o Supremo Tribunal Federal há muito assentou firme entendimento no sentido de que a tomada de decisão por administradores e autoridades públicas deve se pautar em critérios técnicos e científicos, sobretudo em matérias que envolvam a tutela da vida, saúde e meio ambiente, dentre outros bens. Tal posição foi observada, por exemplo, na ADI 5292, de relatoria do Min. Fachin, acerca da inconstitucionalidade da utilização de métodos lesivos ao meio ambiente no combate à epidemia de dengue (como a dispersão de determinadas substâncias através de aeronaves).

No mesmo sentido e mais recentemente, o STF reforçou esse entendimento no julgamento da Medida Cautelar na ADI 6427, de Relatoria do Min. Barroso, em que se discutia a constitucionalidade de alguns dispositivos da Medida Provisória nº 966, a qual limitava a responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos às hipóteses de “dolo” e “erro grosseiro”. Nesse julgado, como se lê da ementa, o Relator deixou claro que as decisões administrativas devem se sujeitar aos princípios da prevenção e da precaução (oriundos da doutrina ambientalista), os quais impõem a utilização da regra de proporcionalidade (em seus vieses de necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*), e a não adoção de medidas ou protocolos sobre os quais pairam dúvidas acerca de seus impactos nos bens jurídicos tutelados.

Além disso, cumpre frisar que nessa ADI se conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da referida MP, para que, na caracterização do que seja “erro grosseiro”, sejam levados em conta pelas autoridades a observância de “(i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais” (BRASIL, 2020, s. p.). Tais diretrizes jurisprudenciais são fundamentais para o debate travado na pesquisa em tela, pois evidenciam que, a despeito das incertezas atinentes às epidemias e pandemias, a autoridade competente deve se pautar em critérios objetivos, técnicos e científicos, devendo guiar-se também pela principiologia constitucional, pelas disposições legais (como as trazidas pela Lei 13.979) e pelas considerações doutrinárias aqui expostas (vide MARBURGUER, 1979, *passim*).

Por fim, em todos os casos expostos, a autoridade administrativa competente para estabelecer medidas a fim de enfrentar epidemia que atinge à vida e à saúde das pessoas deve apreciar tecnicamente as opções existentes. Sua decisão não pode ser alheia à prioridade da saúde e da vida das pessoas. Somente os critérios técnico-científicos são capazes de instruir as medidas administrativas a serem tomadas. Cabe ao administrador se cercar dos pareceres e das orientações técnicas para formalizar e materializar as ações necessárias. Destaca-se que, como está na esfera da saúde, a obrigação do administrador é garantir a eficiência dos meios adequados e não, necessariamente, a eficiência do resultado. O administrador que adotar outro caminho deverá ser responsabilizado administrativa, civil e penalmente.

CONCLUSÕES

O texto analisou a relação entre discricionariedade e apreciação técnica da administração pública competente no que se refere a medidas para proteger à vida e à saúde das pessoas em situações de epidemias, efetivando o direito à saúde. Tal análise foi estimulada pelo fato da pandemia causada pelo alastramento do COVID-19, na qual se assistiu a uma quebra de braço

discursiva entre a Chefia do Executivo e seus Ministros da Saúde (Luiz Henrique Mandetta e, subsequentemente, Nelson Teich).

O objetivo da análise consistiu em estudar qual o espaço de liberdade jurídica do administrador para decidir de que forma deve enfrentar problemas decorrentes destas situações de calamidade sanitária, notadamente com ênfase na pandemia de COVID-19 e tendo como lastro o marco normativo estabelecido pela Lei nº 13.979/2020. As decisões das autoridades sanitárias devem ser pautadas na constitucionalidade e na legalidade, significando que o bem jurídico mais relevante e frágil deve ser objeto de maiores cuidados no caso concreto. Neste particular, tal relevância é conferida àqueles bens jurídicos mais afetados à dignidade humana.

Em síntese, esta pesquisa concluiu que as regras técnicas são aquelas capazes de enfrentar o problema sanitário a fim de resguardar os bens jurídicos que correm risco de perecer, no caso das epidemias e pandemias, a saúde e a vida. Por fim, em razão disso, foi possível inferir que, embora haja relativa margem de liberdade para edição de atos discricionários pela autoridade competente, para que a prática de tais atos atenda aos fins estabelecidos em lei (da qual emana a competência do administrador), devem ser observados os ditames presentes nas regras técnicas e respeitados os preceitos científicos nelas constantes. No mesmo sentido dispõem o art. 3º, §§1º e 7º) e a jurisprudência do STF (por todos, vide a ADI 6427 MC). Esta orientação vale especialmente em matéria tão delicada, como é o enfrentamento a crises sanitárias provocadas por pandemias.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Lírida Calou de. A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 9, n. 1, p. 97-104, Fortaleza – CE, 2010.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria nº 1.419 de 08 de junho de 2017. Aprova os Regimentos Internos e o Quadro Demonstrativo de Cargos em Comissão e das Funções de Confiança das unidades integrantes da Estrutura Regimental do Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt1419_09_06_2017.html. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria nº 2.009 de 13 de setembro de 2012. Aprova o Regimento Interno da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC). *Diário Oficial da União: Brasília-DF*, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt2009_13_09_2012.html. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de segurança 5.362/PI. Nega seguimento ao pedido de suspensão de segurança requerida pela Prefeitura de Teresina/PI em face de decisão do TJPI em sede de mandado de segurança que autorizou o funcionamento de atividades industriais na região durante a pandemia de COVID-19. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5362.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.795 de 17 de maio de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Saúde, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE. Brasília/DF - Presidência da República, 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20192022/2019/Decreto/D9795.htm#art8. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília-DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em 25 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.844/2020. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13844compilado.htm. Acesso em 25 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 09 abr. 2020.

CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE Hilton Lobo. Constituições do Brasil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial. In: Revista de direito da administração Pública. a. 1, v. 2, n.1, jan./jun. Rio de Janeiro, 2016. p. 224-236.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

CÉSAR, Priscilla Maria Dias Guimarães. Diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos: da ética individual à coletiva para efetivação do direito à saúde. In: Revista de Direito Sanitário, v. 13, n. 2, p. 156-172, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GEHLEN, Arnold. Die Seele im technischen Zeitalter. Sozialpsychologische Probleme in der industriellen Gesellschaft. Hamburg: Rowohlt, 1957.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

KUMAR, Krishan. Da sociedade pós-industrial à pós-moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARBURGER, Peter. Die Regeln der Technik im Recht. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. In: Revista de direito administrativo. n. 231. jan./mar. Rio de Janeiro, 2003. p. 217-267.

PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. v. I. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde: Brasília, 2010.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. v. I e II. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996a.

SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. v. III e IV. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996b.