

A violação reiterada do direito à saúde por improbidade administrativa e os reflexos na pandemia

The reiterated violation of the right to health by administrative improbity and reflections in the pandemic

Ana Julia Ramos Padua 

Centro Universitário de Bauru, Brasil

anajuliapadua1999@gmail.com

Luiz Nunes Pegoraro

Centro Universitário de Bauru, Brasil

professor@pegoraros.com.br

Resumo

A presente pesquisa aborda uma análise acerca da relação existente entre os atos de improbidade administrativa, descritos na Lei nº 8.429/92, e a violação de um dos principais direitos fundamentais, o direito à saúde, além de apresentar os prejuízos causados a este direito. Este trabalho foi realizado através do método dedutivo, com apuração de obras do Direito Constitucional e Administrativo, e anseia demonstrar que os atos de improbidade administrativa estão entre os principais fatores que contribuem para o colapso da saúde pública no Brasil, que foi ainda mais agravada diante a pandemia do Covid-19. Desta forma, conclui-se, reiterando a importância do combate à improbidade administrativa, e da responsabilização dos agentes públicos, para assim alcançar os direitos fundamentais em sua integridade, garantindo no plano material o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Direitos Humanos. Políticas Públicas. Direito à saúde.

Abstract

This research analyzes the relation between the acts of administrative impropriety, described in Law No. 8.429/92, and the violation of one of the main fundamental rights, the right to health, in addition to presenting the damage caused to this right. This work was carried out through the deductive method, with the determination of works of the Constitutional and Administrative Law and is anxious to demonstrate that the acts of administrative improbity are the main factors that contribute to the collapse of public health in Brazil, which was further aggravated by the Covid-19 pandemic. In this way, it is concluded, reiterating the importance of combating administrative impropriety, and of holding public officials accountable, in order to achieve fundamental rights in their integrity, guaranteeing the principle of human dignity on the material plane.

Keywords: Administrative improbity. Human rights. Public policies. Right to health.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito, assim, a partir desta premissa, o presente estudo passará a analisar um dos direitos fundamentais que é a base para a realização deste princípio.

No primeiro capítulo, portanto, serão abordados os direitos fundamentais, e através de suas evoluções, será apontado o momento em que o direito à saúde passou a integrar esse rol de direitos de forma expressa.

Em seguida, mostra-se a problemática deste artigo, ou seja, demonstrar a causa da violação do direito à saúde,

apresentando as modalidades dos atos de improbidade administrativa e seus sujeitos ativos, para então relacionar esta conduta com a degradação do sistema de saúde no Brasil, inclusive apontando os reflexos gerados na pandemia do covid-19.

Por fim, apresentam-se as formas pelas quais os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa podem ser responsabilizados, mesmo diante alterações realizadas no período de calamidade pública. Concluindo com a demonstração da importância do combate a improbidade administrativa para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais.

2.A Saúde como Direito Fundamental Social

Para entender a procedência da saúde como um direito fundamental, primeiramente deve-se analisar brevemente, o que são os chamados “direitos fundamentais”, verificando sua evolução em dimensões e a forma como são efetivados.

2.1. Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais têm suas origens na antiguidade, através do cristianismo e da filosofia clássica, mas sua importância passou a ser devidamente positivada após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na Constituição Americana de 1787 e na Francesa de 1791. A partir deste período, esses direitos passaram por evoluções, através de outras constituições e tratados internacionais, podendo ser citado a Declaração Universal

dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, como um marco moderno na evolução desses direitos. A codificação tornou-se fundamental diante das constantes violações, como ocorreu na Segunda Guerra Mundial, desta forma, a sua positivação não garante apenas os direitos, mas também cria deveres, tanto para o poder estatal como para cada indivíduo.

Os direitos fundamentais têm como objetivo concretizar o princípio da dignidade humana, adotado no Brasil como princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, como ensina Ingo Sarlet (2009, p. 396) “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”. Para

garantir tal feito, esses direitos passaram por transformações, originado assim, as três dimensões – ou gerações - dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm origem nas primeiras constituições escritas, são caracterizados pela não intervenção do Estado, tendo como foco a liberdade. Tiveram origem no século XIX, através do surgimento do Estado Liberal, como uma oposição aos governos absolutistas da época, por isso tinham como pilar a liberdade, que foi inserida em direitos civis e políticos, ofertando faculdades e atributos as pessoas diante o Estado. Essa dimensão engloba o direito à vida, à propriedade, à igualdade e, a já mencionada, liberdade.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão são resultados das doutrinas socialistas que discordam de uma liberdade completa do Estado para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando a necessidade da presença deste, para realizar uma justiça social. Esses direitos são também denominados de “direitos sociais”, e abrange direitos como a educação, trabalho, segurança, moradia, lazer e à saúde. No Brasil, esses direitos foram contemplados apenas a partir da Constituição de 1934, por meio dos direitos trabalhistas. E é com base nesta geração, que se pode iniciar o estudo do presente trabalho, mas antes, devem ser citados os direitos da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade e solidariedade, que tem como escopo a proteção de grupos humanos, como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, entre outros.

Desta forma, percebe-se a importância dos direitos fundamentais para os indivíduos e para o Estado Democrático de

Direito, assim como conclui Ingo Sarlet (2009, p. 49):

Há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

Antes de finalizar essa breve explicação a respeito dos direitos fundamentais, deve-se deixar claro que, para garantir e concretizar estes direitos, é necessário uma atuação ou abstenção do Estado, sendo que, nos casos de ação, o Estado deve se manifestar através de políticas públicas, que, basicamente, é uma atuação do poder público, com a finalidade de efetivar os direitos fundamentais, transformando a realidade insatisfatória em algo próximo do ideal para a sociedade, e isso se dá, principalmente, mediante atos dos Poderes Legislativo e Executivo, como por meio de leis e atos administrativos.

Após essa introdução aos direitos fundamentais e da forma como eles são concretizados, deve-se passar a uma análise com o foco no direito à saúde.

2.2. O Direito à Saúde

A saúde somente foi inserida como direito fundamental social no ordenamento brasileiro, após a ocorrência de movimentos sociais, entre os anos de 1976 e 1988, que reivindicava reformas

sanitárias, resultando na 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986, que buscava um novo modelo de saúde para o Brasil, o que refletiu na criação da Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a “Constituição Cidadã”, pois posicionou o cidadão como o centro de todas as ações do Estado, recepcionando os direitos fundamentais sociais, então, decorrente disto, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), este princípio tem como objetivo garantir uma vida digna a todos. Assim, diante desta premissa, tem-se o direito à vida como um direito basilar, sendo impossível desassociá-lo da garantia mínima de saúde. Seguindo esse raciocínio Nícia Sampaio (2003, p. 63) conclui que “o direito à vida somado ao direito à saúde resultará no exercício da vida com dignidade, e o direito à vida sem o direito à saúde, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade, resultará em doença e até mesmo a morte”.

O direito à saúde não é apenas importante para manter o direito à vida, mas ele também tem ligação direta com outros direitos fundamentais, como o da educação, moradia e trabalho, por exemplo. Desta forma, o direito à saúde é condição para o exercício desses outros direitos, provando a existência de uma coexistência entre todos os direitos fundamentais, e mostrando assim, a importância da garantia e efetivação destes.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), criada em 1948, o conceito de saúde é: “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste somente na ausência de doença ou de enfermidade”. Perante isto, a Constituição de 1988, positivou em seu art. 6º o direito à saúde junto com outros direitos fundamentais sociais, além de criar uma seção exclusiva para este direito (Seção II do Título VIII, art. 196 a 200). O objetivo do legislador, foi criar um sistema igualitário e universal referente à saúde no Brasil, para realizar ações preventivas e curativas, seguindo o conceito determinado pela OMS, então, deste ponto nasceu o SUS, o Sistema Único de Saúde, criado para vincular o Estado a prestar o atendimento à saúde da população, como dispõe o art. 196 da Constituição Federal.

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

Porém, mesmo diante todas as normas que abordam o direito à saúde, percebe-se, claramente, que o Estado está falhando reiteradamente diante a garantia e efetivação deste direito, afastando cada vez mais seus cidadãos da “vida digna”, que para a maioria, existe apenas no plano teórico. Assim, torna-se necessário analisar um causador da violação deste direito, sendo este o foco da atual pesquisa.

3.A Improbidade Administrativa

Os atos de improbidade administrativa, recorrentes no Brasil e em outros países, podem ser definidos como atos ilícitos, cometidos por agentes públicos e, em certas situações, por terceiros, contrários aos princípios da administração pública, ocorrendo através da inobservância do dever de exercer a função pública, satisfazendo e protegendo o interesse do coletivo, causando assim, danos a administração pública e ao erário, que ocupam a posição de sujeitos passivos.

Primeiramente, faz-se necessário compreender quem são os sujeitos ativos, para então, passar para uma análise sobre as modalidades dos atos.

Pode-se dizer, que de forma genérica, agentes públicos são pessoas que exercem uma função pública, mas de uma forma mais extensa, a Lei 8.429/92 definiu em seu art. 2º que:

Art. 2º *Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*

Ou seja, os agentes públicos, são aqueles que atuam de forma direta ou indireta junto à administração, e são os principais sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, tendo em um segundo plano, algumas pessoas físicas, que possuem algum vínculo com as entidades e que receberam algum tipo de vantagem retirada do erário.

Por possuir um conceito amplo, os agentes públicos são subdivididos de diversas formas pela doutrina. Para Emerson Garcia (2017, p. 333) existem 4 divisões “agentes políticos, agentes particulares colaboradores, servidores públicos e agentes meramente particulares”. Já para Hely Lopes Meirelles (2008, p. 75) são cinco espécies sendo elas, os agentes políticos, os agentes administrativos, os agentes honoríficos, os agentes delegados, e os agentes credenciados. Mas para a presente pesquisa, deve-se focar apenas na definição básica apresentada pela Lei nº 8.429/92, sendo agente público toda pessoa capaz que exerce cargo emprego ou função, através de contratos, eleições, nomeações, designações ou por qualquer outro tipo de vínculo com a administração pública.

Estes agentes, independentemente de suas funções básicas, têm o dever de respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, explícitos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e no art. 4º da Lei de Improbidade Administrativa, além de também ter o dever de respeitar os princípios implícitos da administração pública, como o da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Caso haja a violação de um destes princípios no exercício da função pública, causando danos ao erário e/ou a administração pública, incorrerá um ato de improbidade administrativa.

Porém, não basta a violação dos princípios e o dano causado para configurar um ato de improbidade, para isto ainda é necessário a presença de dolo ou culpa (na hipótese do art. 10, que prevê expressamente essa modalidade), assim

como, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1820-1823):

Qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, (...). O enquadramento na Lei de Improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele a presença de um comportamento.

Sendo assim, é necessário a presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa, ou seja, o agente precisa ter agido com má-fé, e deste comportamento, comissivo ou omissivo, resultar um dano.

Este ato danoso está dividido em quatro espécies na Lei nº 8.429/92, sendo elas: a) atos que importam em enriquecimento ilícito, b) os que causam prejuízo ao erário, c) dos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, d) os que atentam contra os princípios da Administração. Cada espécie apresenta um rol de atos ímprobos, porém trata-se de uma enumeração exemplificativa nos artigos 9º, 10 e 11, pois todos os atos que se enquadrarem no *caput* de cada artigo, poderão ser considerados atos de improbidade administrativa.

Os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º) estão diretamente ligados a captação indevida de vantagens patrimoniais, ou seja, o agente utiliza a influência do seu cargo ou função para aumentar seu próprio patrimônio, deixando de zelar pela coisa pública e enriquecendo de forma injusta. As condutas previstas nos incisos são indicadas pelos verbos aceitar, adquirir, auferir, incorporar, perceber, receber, usar e utilizar, ligados a uma vantagem ilegal. Desta forma, nos incisos há várias modalidades de vantagens, dentre elas: a recepção de vantagem indevida, vantagens decorrentes de negócio superfaturado e subfaturado, assim como, a recepção de vantagem econômica para intermediação de verba e a incorporação de bens e valores públicos ao patrimônio pessoal.

Já no art. 10 há o foco na lesão que o ato gerou ao erário, ou seja, está diretamente ligado com a violação do patrimônio público. Nessa espécie de improbidade, é aceito de forma expressa a modalidade culposa, além de ser exigido a comprovação do prejuízo. As modalidades destes atos tem uma correlação com desfalques, desvirtuamentos, usurpações, com gastos mal feitos e com dilapidações, que afetam diretamente o patrimônio do erário, podendo ser citados atos como, os que facilitam a apropriação de valores públicos, os que geram enriquecimento de terceiros, aqueles que permitem o uso ilegal de valores públicos por particulares, os que permitem e facilitam o superfaturamento, a frustração de procedimentos licitatórios e os que causam lesão ao erário em parceria com entidades privadas, dentre outros.

O art. 10-A foi inserido pela Lei Complementar nº 157 de 2016,

considerando como um ato ímprobo a concessão ou aplicação indevida de benefício referente o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), desta forma, é o único artigo da Lei nº 8.429/92 que possui uma enumeração taxativa.

Uma das espécies mais amplas de atos de improbidade administrativa é a dos atos que atentam contra os princípios regentes da atividade estatal, descritos no art. 11. Estes atos não dependem de um prejuízo gerado ou de vantagem adquirida irregularmente, basta a violação de algum dever ou de um princípio constitucional da Administração Pública (art. 37, caput, da CF/88) para configurar um ato de improbidade administrativa, ou seja, este artigo não busca a proteção de algo material, pois o objeto de proteção é a probidade administrativa. Ao abordar o assunto, Waldo Fazzio Júnior (2016) afirma que:

É importante anotar que o enunciado do art. 11 alude aos princípios administrativos como um todo, não apenas àqueles gravados no art. 37,

caput, da Constituição Federal. Entendo, pois, que, além das diretrizes magnas dispostas naquele comando constitucional, o art. 11 abrange também outros princípios administrativos, quais sejam, os princípios decorrentes do regime, os subprincípios e os princípios de estruturação.

Desta forma, os princípios conhecidos como implícitos, caso violados tornarão o ato ímprobo. Porém, para tanto há requisitos, não basta a simples violação de algum princípio, explícito ou implícito, para configurar um ato de improbidade, é necessário também a consciência da ilicitude pelo sujeito ativo, ou seja, neste caso a violação culposa, na hipótese de não se encaixar em nenhum outro artigo da Lei nº 8.429/92, não será punida como improbidade administrativa.

Passado pelas espécies de improbidade administrativa e sabendo quem são os principais sujeitos ativos, é necessário avançar para o principal objeto desta pesquisa, analisando a ligação entre estes atos e a violação do direito à saúde.

4. Relação da Improbidade com o Direito à Saúde

Visto que os direitos fundamentais são garantidos e efetivados por políticas públicas, conclui-se que estas, na área da saúde, deveriam visar, não somente a medicina curativa, mas também, a preventiva, seguindo a definição de saúde pela OMS. Porém não é o que vem ocorrendo, pois essas políticas se tornam terreno para a prática de diversos atos ímprobos.

Como apresentado anteriormente, os atos de improbidade administrativa podem se

manifestar de diversas formas, assim, algumas podem atingir o direito à saúde, de forma direta ou indireta, causando danos a todos os titulares deste direito.

Uma das práticas mais comuns pelos agentes públicos é o enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92) realizado, normalmente, através de obras de postos de saúde e compras de remédios superfaturadas. Várias operações a respeito podem ser citadas, como a Operação Vampiro de 2004, a Operação

Sanguessuga em 2006, Operação Placebo e Calvário em 2020.

Juntamente a estas práticas, normalmente, estão alguns atos descritos no art. 10 da mesma lei, como a fraude de processos licitatórios, que pode ocorrer de diversas formas, como através da dispensa de uma licitação ou por esquemas montados entre as empresas participantes e o administrador público.

Outro ponto comum, de fácil visualização, é a constante omissão do poder público diante as necessidades da população. Não é novidade para nenhum brasileiro a falta de leitos, de medicamentos e médicos no SUS, o que torna difícil o acesso à saúde por todos, e ao ignorar isso, permanecendo em uma inércia, o agente público comete o ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 da Lei nº 8.429/92, atentando contra os princípios da administração.

Os atos de improbidade que ferem o direito à saúde não ocorrem somente na seara administrativa, eles também podem ocorrer dentro da própria área relacionada

a saúde, os sujeitos ativos dos atos ímprobos podem ser médicos, enfermeiros, e outros funcionários. Normalmente esses atos decorrem de cobrança indevida pelo atendimento ou por remédios, assim como, pelo não cumprimento de horários.

De acordo com o relatório da Tomada de Contas Especiais de 2014 enviado pelo Ministério da Saúde ao Tribunal de Contas da União (TCU), apresenta que entre os anos de 2002 a 2011, a saúde foi a área com mais desvios de recursos, com uma estimativa de que 32,38% do dinheiro destinado a manutenção do sistema de saúde, totalizando R\$ 2,3 bilhões, foi desviado.

Desta forma, algo que era para ser igualitário e universal, para proporcionar melhores condições de vida, passa a ser uma reiterada violação aos direitos fundamentais, pois todos são prejudicados pela incompetência do Estado na realização de políticas públicas, que deveriam garantir e efetivar o direito à saúde.

5.Os Reflexos na Pandemia do Covid-19

Com o surgimento da pandemia do covid-19, diversos governos começaram a se “armar” para tentar minimizar ao máximo os possíveis danos, no Brasil isso não foi muito diferente, então para facilitar nesta “corrida armamentista” e enfrentar o estado de calamidade pública decretada, foi promulgada a Medida Provisória 926/2020, destinada a administração pública, com o objetivo de facilitar a adoção de medidas urgentes na área da saúde, alterando a Lei nº 13.979/2020. Uma das mudanças realizadas pela MP, foi

no art. 4º da Lei, referente a dispensa de licitação.

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

[...]§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e

insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de:

I - ocorrência de situação de emergência;

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.

Pode-se dizer que, o propósito para essas alterações é facilitar, e tornar mais ágil a

atuação do poder público, na implementação de políticas públicas, buscando a redução dos possíveis danos que a pandemia pode ocasionar, tendo em vista sempre o melhor para a população.

Mas diante a constante omissão do poder público frente às necessidades do sistema de saúde, foi necessária uma maior movimentação para tentar suprir o que já não tinha a anos, por meio da criação de mais leitos, pela construção de hospitais de campanha e com compras de equipamentos, principalmente de respiradores. Esperava-se que essas ações fossem tomadas visando o melhor para o povo, afastando os atos ímprobos, que, antes, já estavam enraizados no quesito políticas públicas. Porém, não é isto que está acontecendo, muito pelo contrário, os agentes públicos estão se aproveitando da situação para receber ainda mais vantagens, continuando a prejudicar o erário.

Compras de respiradores quatro vezes mais caros que outros de melhor qualidade e disponíveis no país, aquisição de máscaras e testes rápidos inadequados e com preços fora da média do mercado, realização de contratos com empresas com longo histórico de corrupção, gastos altíssimos destinados a serviços inexistentes, como paisagismo em hospital de campanha, são alguns dos vários atos que estão sendo investigados. Já foram divulgadas operações em 14 estados, sendo eles, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Amapá, Rio de Janeiro, além dos nove estados da Região Nordeste, todos a respeito de superfaturamentos e desvios de verba pública durante a pandemia, estimasse um montante de 1 bilhão de reais revertidos a corrupção.

Contudo, estes não foram os únicos problemas perceptíveis durante a pandemia, outros atos do passado refletiram ainda mais neste momento, como é o caso das desigualdades sociais. Visto que os atos de improbidade administrativa que impediam, e ainda impedem, a realização de políticas públicas satisfatórias, os serviços prestados pelo Estado passaram a ser muito precários, principalmente referente à saúde. Desta forma, aqueles com melhores condições financeiras precisaram buscar instituições privadas, para que elas garantissem seus direitos fundamentais, já aqueles que não possuem as mesmas condições ficam a mercê dos serviços prestados pelo poder público. Essa desigualdade já era comum, mas durante este período de calamidade,

ficaram ainda mais evidentes, pois percebe-se que os hospitais privados estão conseguindo lidar com um pouco mais de facilidade, do que os da rede pública, pois aqueles já possuíam um maior número de leitos, equipamentos e médicos, e, por conseguinte, possuem uma menor taxa de mortalidade.

Diante todos esses fatos, é possível perceber que o Estado vem falhando drasticamente em garantir os direitos fundamentais, o que reflete diretamente no período de pandemia. Desta forma é necessário compreender as formas de responsabilização dos agentes públicos perante todos esses atos imorais que vêm realizando, inclusive durante o período de calamidade, onde as dificuldades foram ampliadas.

6.A Responsabilização dos Agentes Públicos

Os agentes públicos são os principais sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, como explicado anteriormente. Sua responsabilidade é subjetiva, ou seja, além do nexo de causalidade e do dano gerado, há necessidade da comprovação de dolo ou culpa. Além destes requisitos, o dano também deve ser relevante e reprovável. Assim, perante a presença destes requisitos, os agentes devem ser responsabilizados pelos danos que causaram ao erário e ao patrimônio público, mesmo diante a impossibilidade de aplicação de algumas das sanções a certos agentes, todos devem, de certa forma, receber alguma das sanções previstas na Lei 8.429/92.

É essencial ressaltar a importância da aplicação das sanções para os ímprobos, pois eles tinham o dever de respeitar os

princípios da administração pública (art. 37, caput, da Constituição Federal), além do dever geral de probidade, assim como dispõe o art. 4º da Lei nº 8.429/92, zelando pelo patrimônio público e visando o interesse público. Porém, seus atos ficam enraizados na imoralidade e na ilegalidade, a partir do momento que se afastam das suas finalidades, quando passam a buscar apenas seus próprios interesses ou de terceiros, causando danos ao coletivo, o que Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 126-127) considera como uma disfunção pública, conceituando esta como:

[...] o desvio de poder radical, porque subsidiado pelo ânimo predeterminado de exercitar uma potestade administrativa em desfavor do interesse público, comprometido com um objetivo

privado. Em outras palavras, trata-se do uso de um poder, congenitamente vocacionado ao coletivo, afetando-o, conjunturalmente, ao singular. O agente público aproveita-se da presunção de legalidade e legitimidade da atividade administrativa para a consecução de fim que não lhe é íntimo.

Sendo assim, esses agentes devem ser penalizados conforme a amplitude, a natureza e o impacto causado pelos seus atos.

De acordo com o art. 12, da Lei nº 8.429/92, as sanções apresentadas são: **a)** ressarcimento integral do dano; **b)** perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; **c)** perda da função pública (com algumas exceções à certos agentes); **d)** multa civil; **e)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios; **f)** suspensão dos direitos políticos. Além de que, o referido artigo deixa a possibilidade da aplicação simultânea de outras sanções de outras naturezas, como sanções penais e administrativas decorrentes de outros processos, não configurando *bis in idem*.

Desta forma, diante a importância do direito à saúde demonstrado anteriormente, os ímprobos devem ser punidos de acordo com a extensão do dano causado, sempre levando em conta a gravidade dos fatos e a sua relação com a violação de um direito fundamental social tão importante, aplicando, se cabível, todas as sanções previstas, para garantir e proporcionar o ressarcimento integral dos danos ao erário. Assim como, dispôs o Desembargador Rogério Fraveto, do TRF-4, em sua decisão.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÕES PARA COMPRA DE MEDICAMENTOS DE FARMÁCIA BÁSICA. SIMULAÇÃO. CONVÊNIO COM A UNIÃO. ART. 9º, CAPUT, E ART. 10 DA LEI Nº 8.429/92. EMPRESAS CONTRATADAS E SEUS REPRESENTANTES. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PREFEITO, SECRETÁRIO DE SAÚDE E CHEFE DE CONTABILIDADE. DANO AO ERÁRIO. PENALIDADES. MANUTENÇÃO. **1.** Caso em que o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa a partir de auditoria do Tribunal de Contas da União, fiscalizando Convênios celebrados pelo município de Cruzeiro do Iguazu/PR com o Ministério da Saúde, que concluiu pela simulação de licitações para a aquisição de medicamentos para abastecimento da Farmácia Básica. **2.** Afastada a preliminar de ausência de interesse de agir do autor, por perda de objeto, em razão da quitação de multa administrativa nos autos do processo de Tomada de Contas Especial nº 044.445/2012-1, pois há total independência entre as esferas administrativa, civil e penal, podendo ocorrer a aplicação cumulativa de penalidades, sem que se caracterize o *bis in idem*. **3.** Considerando que cabe ao autor o ônus da prova constitutiva de seu direito (art. 373, I, do CPC), tendo o Ministério Público Federal demonstrado suficientemente suas acusações, por meio de conjunto probatório sólido e coerente, passa aos réus o ônus de

comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC), ônus do qual não se desincumbiram. **4.** Demonstrada a simulação na compra dos medicamentos, a qual seria absolutamente impossível sem que houvesse o conluio entre as empresas e os gestores públicos, sem nenhum elemento foi trazido que pudesse afastar tal convicção, resta caracterizada a prática de atos de improbidade administrativa, por ofensa ao art. 9º, caput, e art. 10 da Lei n. 8.429/92. **5.** O ressarcimento do dano é ponto de partida essencial, pois presentes o dano ao Erário, o enriquecimento ilícito, a imoralidade administrativa e desonestidade. No entanto, o mero ressarcimento não se mostra suficiente, até mesmo porque a reparação do dano como única punição a agentes significaria conferir à questão um enfoque de simples responsabilidade civil. **6.** Guardam perfeita pertinência com os atos perpetrados nos autos as penalidades de perdimento de bens e valores necessários à reparação do dano, multa civil, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. **7.** Mantidas as penas aplicadas, pois suficientes e proporcionais à reprovação que o ato merece. [...]

(TRF-4 - AC:
50025852820144047007 PR
5002585-28.2014.4.04.7007,
Relator: ROGERIO FAVRETO, Data
de Julgamento: 26/06/2018,
TERCEIRA TURMA)

Através desta ementa pode-se visualizar todos os pontos de uma responsabilização de um agente ímprobo, que causou danos ao que tange o direito à saúde, podendo perceber que essa responsabilização não pode ser considerada apenas como uma “simples responsabilidade civil”, pois pela posição ocupada, o agente deveria zelar pelo coletivo, uma vez que, é o principal objetivo da Administração Pública, mas, utiliza-se da função para agir com “imoralidade administrativa e desonestidade”, ou seja, agindo com má-fé.

No atual período de pandemia do covid-19, foi editada uma Medida Provisória sobre a responsabilização dos agentes públicos em momento de emergência, a MP 966/2020, que discorre:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

Sendo assim, passou a ser exigido o dolo ou erro grosseiro para a responsabilização dos agentes na seara civil e administrativa, tendo como objetivo, garantir maior segurança jurídica aos agentes, para que possam agir sem o risco de uma possível censura em seus atos. Porém, se interpretada de forma literal, estas condições também seriam aplicadas em casos de improbidade administrativa.

Muito se discute sobre a constitucionalidade desta MP, mas, há que se concordar que ela é constitucional, porém, não deve ser interpretada de forma ampla, e ser aplicada a atos de improbidade administrativa, pois de acordo com Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 497), todo ato de improbidade contém má-fé, e a modalidade culposa é apenas uma ficção legal, desta forma, o ato ímprobo configura um erro grosseiro, pois como, o autor indaga:

Como justificar que um agente público atue sem calcular as consequências previsíveis para o erário, do ato administrativo que pratica? Como explicar o agente público negligente, isto é, que se omite no dever de arrecadar as receitas legais? Tanto um como outro, ao conduzir-se culposamente, estão descurando-se de comezinhos deveres exigíveis de todo e qualquer agente público, quais sejam, os de zelar pela hígidez do erário e de não expor o patrimônio a risco, posto tratar-se de bem do qual não pode dispor; não é seu, é coisa pública. (2016, p. 499)

Contudo, não deve ser negado, a questão da análise perante o caso concreto, diante esta MP, o judiciário deve analisar de forma mais precisa a intenção do ato, se o agente tinha outras formas para agir, e se configurado a má-fé, não deve restar dúvidas em aplicar, proporcionalmente, as sanções da Lei nº 8.429/92, para assim diminuir os prejuízos causados ao erário, e penalizar o agente desonesto.

Há também argumentos que afirmam que a atual postura ímproba dos agentes

públicos em momento de pandemia deve ser desconsiderada ou devem ser aplicadas sanções mais brandas, baseados na movimentação do poder público, que aparentemente não está se omitindo perante as necessidades da população, e estão comprando os suprimentos necessários, como os respiradores, epi's e realizando construções de hospitais de campanha, e desta forma, teoricamente, os danos ao erário são pequenos. Mas, estes argumentos não podem ser aplicados na prática, pois se os agentes não estivessem obtendo grandes vantagens e enriquecendo através dessas ações, os investimentos poderiam ser maiores, proporcionando ainda mais melhorias ao erário, possibilitando uma melhor contenção da doença, ou em outro momento, poderia ser revertido para alcançar outro interesse público, mas isso não será possível, pois os cofres públicos já foram defasados. Outro ponto que prova a ineficácia destes argumentos é o desrespeito e a insensibilidade dos agentes públicos perante a situação de extrema necessidade da população, pois estão se aproveitando de um momento de grandes dificuldades para ganharem vantagens, o que deixa seus atos ainda mais imorais.

Desta forma, a MP 966/2020 não deve alterar a responsabilização dos agentes públicos em caso de improbidade administrativa no período de emergência causado pela pandemia do covid-19, devendo ser punidos da mesma forma anteriormente aplicada, seguindo as sanções descritas na Lei nº 8.429/92.

7. Conclusão

Através da análise acerca dos direitos fundamentais, com o foco no direito à saúde, foi possível perceber a importância deste direito, algo que o legislador deixou expresso na Constituição Federal de 1988, garantindo-o, formalmente, a todos os indivíduos, e gerando um dever ao Estado. Desta forma, o Estado, através da administração pública, tem uma função vinculada a efetivação deste direito, pois ele é indispensável para alcançar a vida digna. Assim, teoricamente, o acesso à saúde deveria ser universal e prestado em condições de igualdade, porém não é o que ocorre atualmente.

Através de qualquer noticiário é possível visualizar as dificuldades da população frente o acesso à saúde, assim como, a recorrência de atos de improbidade administrativa. Desta forma, através deste artigo, foi possível relacionar ambos os problemas, mostrando as interligações entre eles.

Foi possível compreender que o administrador público está ignorando as necessidades do erário, para satisfazer seus próprios interesses, violando princípios, enriquecendo as custas daquele e gerando danos, portanto, eles devem ser responsabilizados pelos seus atos, que são calcados na imoralidade e na má-fé.

Quando o Estado ignora os problemas da área da saúde, é como se ele estivesse dispondo da vida humana, o que vai contra todas as normas do ordenamento jurídico, que garante que a vida é um bem indisponível e inviolável.

Mediante essa pesquisa, pode-se verificar que a degradação da saúde no Brasil é ocasionada por atos de improbidade administrativa, em suas diferentes modalidades. Assim, é possível constatar que com o advento da pandemia do Covid-19 a situação foi ainda mais agravada, e que mesmo diante de todos os investimentos e consciência dos agentes públicos diante da necessidade da população, atos de improbidade continuam sendo recorrentes.

Portanto, para que todas as garantias ao direito a saúde sejam concretizadas, é necessário um combate eficaz a improbidade administrativa, que pode se dar através do Tribunal de Contas e pela elaboração de leis pelo Poder Legislativo, por meio da intervenção do Judiciário em políticas públicas, quando provocado, e pela população através do voto, além da punição aos ímprobos, para tentar reparar os danos causados. Para que assim, o administrador coloque em prática todos os princípios da Administração Pública, para sempre buscar os interesses públicos.

BIBLIOGRAFIA

Araujo, Luiz Alberto David. Nunes, Vidal Serrano. (2005). Curso de direito constitucional. Saraiva.

Dallari, Dalmo de Abreu. (2004). Direitos humanos e cidadania. Moderna.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. (2019). Direito Administrativo. Atlas.

Senado Federal. (2014). Um terço do dinheiro levado pela corrupção. Em Discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal, n. 19. p. 53. Recuperado em Novembro 21, 2020, de <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496714>.

Fazzio Júnior, Waldo. (2018). Improbidade administrativa. Atlas.

Meirelles, Hely Lopes. (2008). Direito administrativo brasileiro. Malheiros Editores.

Mudrovitsch, Rodrigo de Bittencourt; Nóbrega, Guilherme Pupe. (2020). A Medida Provisória 966/2020: responsabilidade e pandemia. Consultor Jurídico. Recuperado em Novembro 22, 2020 de <https://www.conjur.com.br/2020-mai-15/improbidade-debate-medida-provisoria-9662020-responsabilidade-pandemia>.

Neto, Nagibe de Melo Jorge. (2009). O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. JusPodivm.

Sampaio, Nícia Regina. (2003). A saúde como direito fundamental no estado democrático de direito. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.

Sarlet, Ingo Wolfgang. (2009). A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Livraria do Advogado.