

Direito administrativo pandêmico: transformações e influências jurídico-normativas em tempos de covid-19

Gustavo Justino de Oliveira (Professor Doutor de Direito Administrativo na USP e no IDP, Brasília. Árbitro, consultor e advogado especializado em Direito Público). Justino de Oliveira Advogados (www.justinodeoliveira.com.br)

Ainda estamos vivenciando uma das experiências mais desafiadoras e transformativas para a humanidade deste prenúncio de século XXI: a pandemia covid-19, e todos os seus efeitos excruciantes para a saúde individual e coletiva, para a economia, para as relações sociais e para a política. Dada a sua configuração transdisciplinar, a pandemia também provoca e impõe novas formas de se criar, aplicar e refletir o Direito, em todos os seus ramos jurídicos.

Sem prejuízo disso, talvez o ramo jurídico mais impactado pelo contexto referido seja o Direito Administrativo, aquele conjunto de regras e princípios que organizam e disciplinam não somente as tarefas desenvolvidas pela Administração Pública, mas igualmente os modos relacionais que esta Administração cada vez mais plúrima e multiforme trava com os indivíduos, sociedade, mercado e com outros órgãos e entidades públicas.

Um primeiro impacto a ser ressaltado no cenário aludido é que, desde a qualificação da pandemia de covid-19 como Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) – Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020 – inaugurou-se no Brasil um Direito Administrativo Emergencial, compreendido como conjunto de regras e princípios de aplicação especial, emergencial e transitória a todos os fatos, atos, contratos e relações envolvendo o público e o privado – em todas as esferas federativas – decorrentes diretamente (e por vezes indiretamente) da Pandemia em si. Portanto, essa profusão legislativa e normativa especializada parece-me ter sido uma decorrência inexorável dos impactos indelévels da Covid-19 nas vidas do ser humano, e o Poder Público foi instado a fazer frente às infinitas intempéries que esta pandemia, de forma devastadora, continua a impingir em nosso cotidiano. Este Direito Administrativo Pandêmico Emergencial passou a conviver com o Direito Administrativo Comum vigente, tornando muito mais laboriosa as tarefas dos agentes públicos no manejo do ordenamento jurídico administrativo como um todo.

E dessa constatação surge um segundo aspecto a ser analisado, e que diz respeito ao forte pragmatismo com que este Direito Administrativo Emergencial foi construído pelos Legislativos, e passou a ser aplicado, não somente no dia a dia das repartições públicas,

mas pelas Advocacias Públicas, Ministério Público, Defensorias, Judiciário. E este caráter pragmático do Direito Administrativo Emergencial afina-se em muito com sua essência e propósito, pois trata-se de um autêntico “Direito de Enfrentamento”, e por isso critérios e parâmetros interpretativos e de aplicação das normas devem ser (e de fato foram) homenageados, a exemplo do que vem ocorrendo com a Lei federal nº 13.979/20, considerada a Lei Geral da Pandemia, a qual acabou tendo de ser aplicada de modo concorrente – porém com certa primazia dos entes subnacionais – com as leis locais e estaduais, nos termos da construção hermenêutica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341 e nº 6.343 (também de fortíssimo teor pragmático), a partir dos conflitos interfederativos representativos de pontos de vista muitas vezes incoerentes e inconciliáveis entre União Federal, Estados e Municípios. Felizmente, vale ressaltar que este momento pragmático na Pandemia se tornou mais possível pela anterior edição da Lei federal nº 13.665/18, que reformou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, a ela adicionando critérios pragmáticos e consequencialistas de Direito Público. Esta tendência pode ser vislumbrada inclusive pelo CNJ, por meio das Recomendações n. 66/2020 e 92/2021. E para lidar com essa multiplicidade de ações públicas esperava-se, claro, a instalação de uma Coordenação Geral ou Comitê de Crise, instância de governança interfederativa – até aqui inclusive um traço característico do Sistema Único de Saúde (SUS) - que imprimiria maior sinergia e concertação entre o ente nacional e os subnacionais, o que na prática infelizmente acabou não ocorrendo.

Outro aspecto importante a evidenciar é que tradicionais instrumentos administrativos que de certo modo haviam caído em desuso – por exemplo, requisição administrativa – foram largamente empregados pelos entes federativos nos momentos mais dramáticos da pandemia e obviamente tiveram de ser repaginados ou atualizados frente ao mundo atual pelo Judiciário (tal como a ADI nº 6.362-DF, no STF), permitindo-se o seu uso, mas com a contenção de abusos e/ou excessos de poder no manejo desses instrumentos, cuja natureza é fortemente interventiva da propriedade privada. Ou seja, o Direito Administrativo Emergencial não somente trouxe novos instrumentos de intervenção administrativa

**O Direito Administrativo
Emergencial não
somente trouxe novos
instrumentos de
intervenção administrativa
para enfrentamento
da pandemia, mas
também acabou por
provocar uma atualização
dos instrumentos
administrativos já
consagrados**

para enfrentamento da pandemia, mas acabou por reformular ou atualizar instrumentos administrativos já consagrados, habilitando a Administração Pública a empregá-los neste e em futuros contextos similares, mas à luz de um devido processo legal melhor definido.

Um quarto ponto a ser examinado relaciona-se com a baixa utilização no contexto pandêmico de campanhas e medidas de cunho informativo, explicativo e preventivo sobre as ações governamentais que estavam à época sendo tomadas; seus motivos, efeitos esperados. Aqui reinaram a confusão e a falta de informação sobre o que de fato deveria ser de conhecimento da população. Mais do que isso, com algumas honrosas exceções, ações fortemente interventivas na esfera dos indivíduos, restritivas de direitos inclusive – quarentenas, isolamento, toque de recolher, etc – foram muito pouco ou nada explicitadas à população, anteriormente à tomada de decisão e efetivação desses comandos. Por outro lado, no exercício desse poder de polícia pandêmico, o próprio Poder Público inúmeras vezes esvaziava a eficácia das medidas por ele mesmo propostas com suporte legal, como não aplicar multas àqueles que intencionalmente se recusaram a usar máscaras obrigatórias; não interditar ou realizar monitoramento de estabelecimentos privados variados os quais se negavam a seguir adequadamente normas de segurança sanitária, e abriam suas portas para eventos que promoveram aglomeração e contaminação maior da população com a covid-19. Cabe registrar ainda a tentativa do Governo Federal de adotar a natimorta campanha contrária às medidas de isolamento – “O Brasil não pode parar” - abortada pelo STF na ADPF n. 669-DF por meio de decisão cautelar de 31.03.2020. Infelizmente, percebe-se que os reais propósitos de contenção e de enfrentamento da pandemia nem sempre ficaram claros pelos entes federativos – sobretudo por parte da União

Federal, mas não somente – o que por certo levou a um considerável agravamento da situação calamitosa da covid-19, aumento substancial de mortes que poderiam ter sido contidas, falta de procura da segunda dose de vacinas nas Unidades Básicas de Saúde e espaços similares, e assim por diante.

Finalmente, um último aspecto diretamente relacionado com a inação ou omissão parcial/ total dos Poderes Públicos, por vezes culposas, por vezes explicitamente dolosas e intencionais: o tema da responsabilidade do Estado por danos causados à população diante da ausência ou omissão no enfrentamento da covid-19. Inclusive, este passou a ser o foco principal da CPI da Pandemia, que tramita no Senado Federal desde 27 de abril de 2021. Se no início dos trabalhos investigativos o escopo era difuso e demasiadamente alargado, com o tempo a Comissão Parlamentar de Inquérito passou a se concentrar em uma série de eventos culposos e dolosos, que parecem indicar e evidenciar seríssimas omissões e ausência de atuação do Poder Público na contenção e na luta contra os perversos efeitos da covid-19. Apoiado nas possíveis evidências e indícios da CPI – mas não somente –, este sem dúvida será um dos temas principais da Agenda Pós-Covid-19 no Brasil: pedidos indenizatórios e de reparação de danos materiais, morais, individuais ou coletivos, decorrentes dessas omissões, desde que comprovado o nexo de causalidade exigido nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988. A morte de pessoas pela administração oficial de remédios cuja eficácia no tratamento da Covid era tida por duvidosa ou contraindicada; morte ou incapacitação de pessoas internadas em hospitais públicos decorrente do não suprimento de remédios que deveriam ser aplicados em processos de intubação; pessoas que foram acometidas pela doença porque não se vacinaram por falta de imunizantes; vacinas com prazo de validade expirado, e assim por diante, a lista aqui é infundável¹. Indubitavelmente, o grande tema para o Direito Administrativo Emergencial, em um contexto pós-pandêmico, como aliás já aconteceu em países como a Itália.

Conforme sinalizei no início, ainda estamos todos experimentando cotidianamente esta terrível pandemia, e ainda é cedo para medirmos os seus reais impactos no Direito Administrativo. Sem embargo, ao menos neste momento precoce, parece-me evidente a influência do Direito Administrativo Pandêmico Emergencial no ordenamento jurídico administrativo, e talvez aqui tenhamos no Brasil um legado positivo deste capítulo doloroso da Humanidade, no sentido de um aperfeiçoamento das bases normativas, principiológicas e dogmáticas do Direito Administrativo, sob a ótica de maior pragmatismo, consequencialismo e efetividade. Concluo que, por todos esses motivos, devemos clamar por um Direito Administrativo mais humano, buscá-lo como meta no cenário pós-pandemia haverá de ser nossa redenção maior, a ser alcançado quiçá por meio da refundação dos laços colaborativos entre Estado e sociedade.

¹ Para aprofundar o tema, cf. nosso “Covid e (ir)responsabilidade civil do Estado no Brasil”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-05/publico-pragmatico-covid-19-irresponsabilidade-civil-estado-brasil>. Acesso em 12 de setembro de 2021.