

Araujo: A Covid-19 e o Direito Administrativo

16/04/2020

Aproximadamente quatro limões e um litro de água são suficientes para uma boa limonada. Nunca havia preparado uma com meu filho. O isolamento social resultante da Covid-19 me proporcionou essa inesquecível experiência. Uma farra em que limões foram arremessados na parede para facilitar a extração do sumo e boas risadas ecoaram pela cozinha no meio do caminho. Sempre há algo muito bom, mesmo quando o panorama é muito ruim.



A pandemia que assola o nosso país está exigindo dos

profissionais do Direito uma reflexão sobre quais institutos devem ser reforçados e quais precisam urgentemente ser desconstruídos. Fomos compelidos a olhar por outros ângulos a teoria da imprevisão, o equilíbrio econômico-financeiro, a separação de poderes, a revisão contratual, a repartição de competências e inúmeros outros conceitos. Não há verdades absolutas e nem mesmo premissas imutáveis. Muitas dificuldades já estão surgindo e outras, cujos perfis ainda nem imaginamos, também virão. E elas são multidisciplinares. Afetam, além do Direito, a Economia, a Sociologia, a Antropologia, a Filosofia e inúmeras outras áreas do conhecimento científico. O mundo está de cabeça para baixo e a montanha russa é longa. Ainda assim, o isolamento social e a necessidade de resolução de problemas com a magnitude que a pandemia exige acarretarão uma mudança irreversível nos costumes e pavimentarão o caminho para algumas transformações positivas no Direito, especialmente no Direito Administrativo.

Neste texto, pretendo chamar a atenção para três temas do Direito Administrativo que, em razão da Covid-19, sofrerão um impacto de maneira indelével: I) Governo Digital; II) Repartição de competências entre os entes da federação com fundamento exclusivo na predominância do interesse; e III) O controle da discricionariedade administrativa.

Comentarei cada um dos temas a seguir:

O Estado nas nuvens: governo digital como uma alternativa eficiente

Entre parar e não parar o país na crise provocada pela Covid-19 existe a possibilidade de

inúmeras atividades estatais serem desempenhadas remotamente. Entre os extremos, há a alternativa de a Administração Pública reforçar a prestação de seus serviços por meio digital. A Receita Federal do Brasil já funciona, há tempos, focada no atendimento por meio eletrônico. Muito do que a Receita presta de serviços não exige um relacionamento físico com o cidadão. O preenchimento e envio eletrônico das declarações de imposto de renda é um mero exemplo dentro do vasto campo de atividades desse órgão de arrecadação que já opera largamente em meio digital.

Quanto ao Poder Judiciário, grande parte do serviço público da Justiça já é prestado em ambiente virtual. Milhões de ações judiciais no Brasil começam e terminam sem que as partes e os advogados precisem ir ao prédio do fórum. Aliás, as notícias indicam que a expansão do trabalho virtual no Poder Judiciário nesse período da pandemia não apenas aumentou exponencialmente a produtividade dos magistrados e servidores como também foi capaz de drasticamente reduzir os custos para a entrega desse serviço aos seus usuários. [1] A Covid-19 obrigará a sociedade brasileira a repensar seriamente o tamanho do espaço físico ocupado pelo Sistema Judicial (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradorias Federais, Estaduais e Municipais).

Nessa crise, também desponta a necessidade de o serviço público de saúde ampliar o cuidado aos pacientes de forma remota. Atendimentos ambulatoriais podem tranquilamente ser feitos sem que o paciente precise se deslocar ao hospital. Já temos alguns exemplos práticos e bem-sucedidos de telemedicina no Brasil, como é o caso do atendimento remoto feito pelo hospital Albert Einstein. [2]

Em 31 de março, o Senado aprovou o PL 696/2020, que regulamenta a telemedicina durante a crise e tem como objetivo desafogar os hospitais em virtude da Covid-19. [3] Foi preciso o isolamento social obrigatório para que percebêssemos que a qualidade do atendimento não irá, necessariamente, piorar porque se está a uma distância física do médico. [4] Sob outro prisma, a escassez de recursos públicos para a área da saúde no Brasil impede que ela tenha a capilaridade física e a estrutura desejadas com um mínimo de qualidade. Assim, o atendimento remoto se torna a alternativa mais eficiente para grande parte dos serviços médicos prestados pela Administração Pública. O mesmo argumento vale, com algumas variações, para a área de educação pública.

O incremento do Governo Digital possibilita também que as decisões administrativas sejam tomadas com amparo em dados cientificamente estudados. [5] Essas referências são extraídas de bancos de dados dotados de um volume expressivo de informações e são trabalhadas para tornar a decisão estatal mais racional, eficiente e justa. Prestigia-se, assim, a isonomia, a previsibilidade e a economicidade no agir da Administração Pública.

Neste cenário, o Direito Administrativo terá de investir pesadamente no estudo de temas que atualmente ainda não integram o foco principal de sua investigação científica. Proteção de dados, continuidade do serviço público remoto, publicidade em meio eletrônico, espaço de discricionariedade da decisão amparada em *BI (Business Intelligence)* e outros temas e questões que surgem nesse modo de a Administração Pública se relacionar com o administrado. [6]

Repartição de competências entre os entes da federação com fundamento na predominância do interesse: o meu interesse é mais importante do que o seu como fórmula para o fracasso

É lição recorrente no Direito Administrativo que os entes da federação exercem suas competências de acordo com a repartição prevista na Constituição da República.

Telecomunicação é serviço de competência da União porque é isso o que o artigo 21, XI, da Constituição prevê. [7] Serviço de transporte no âmbito do próprio município é de sua competência, em razão do que disposto no artigo 30, V, da Carta de 1988. [8] Quando a Constituição da República não prevê expressamente a competência de um determinado ente, sua titularidade é identificada pela predominância do interesse envolvido. Em se tratando de interesse local, a competência para agir é do município. No caso do interesse regional, do estado. E, se o interesse for nacional, a União é que deverá atuar.

Entretanto, não são raros os conflitos judiciais entre os mais diversos entes da federação em que a razão única do litígio é uma disputa de competências. Leis que simultaneamente impactam um serviço público federal e os interesses do consumidor. Quem teria competência para legislar sobre o tema? Ora se reconhece a competência da União, [9] ora se prestigia a competência do estado. [10] E o parâmetro recorrente para saber quem deve agir tem sido o da predominância do interesse no caso concreto. A grande verdade, contudo, é que esse critério não tem se mostrado suficiente em um modelo de federalismo de cooperação, especialmente para a solução de problemas urgentes que envolvem interesses de igual magnitude de variados entes da federação.

Decidir sobre o fechamento de um estabelecimento comercial é tema que, a princípio, insere-se na competência do município, por se tratar de interesse local. No dizer de Rolf Stoiber:

"As condições econômicas gerais são de grande importância ao nível local, segundo as máximas 'pense globalmente, aja localmente' (think global, act local) e 'todo negócio é local' (all business is local). Sob os slogans 'glocalização' (Glokalisierung) e 'comprador global-local' (Glokapreneur), exprime-se a ideia de que, depois da nacionalização e da globalização, são procuradas soluções locais para os problemas globais". [11]

Por outro lado, se, hipoteticamente, um dado município decidir fechar uma fábrica que é a única capaz de produzir respiradores numa região do país, de modo a inviabilizar o fornecimento desses equipamentos para o enfrentamento adequado da Covid-19, o interesse na matéria deixará de ser exclusivamente local/municipal. Esse é apenas um singelo exemplo de como a repartição de competências dos entes da federação não pode ser rígida e excludente. Ela deve, ao contrário, ser dútil, interdependente e cooperativa. Outros exemplos poderiam ser dados, tal como o clássico problema da disputa de competência sobre o saneamento básico, o que fez o país se situar nessa matéria em uma posição de total insegurança jurídica. Disputa judicial de competência entre os entes da federação para agir é algo indesejável e que impede, não é de hoje, o impulsionamento do desenvolvimento do país. E, em tempos de crise, ela retira o foco do que é preciso urgentemente resolver. [12]

A crise da Covid-19 já está impondo um permanente debate sobre as premissas disseminadas em torno da repartição de competências entre os entes da federação. O federalismo de

cooperação nem sempre tem sido tão cooperativo assim e esbarra em uma frequente disputa judicial sobre quem deve agir em determinada situação. A alternativa que parece ser a mais eficiente é a do diálogo articulado, de uma comunicação perene para a formação de consensos pontuais, a fim de se evitar que o dever de agir de cada ente da federação dependa de um pronunciamento judicial.

Nessa matéria, a crise está demonstrando, como nunca antes, que, não raras vezes, o interesse local é indissociável do nacional e vice-versa. Por essa razão, nessa matéria, conceitos rígidos e tradicionais sobre a repartição de competências entre os entes da federação com amparo exclusivo na predominância dos interesses precisam ser urgentemente revisitados. Há uma área para se avançar por meio do incentivo, teórico e normativo, à criação de espaços decisórios compartilhados entre os entes da federação. Uma solução aparentemente bem melhor do que a que investe no uso recorrente da arena judicial para a descoberta de quem deve atuar.

Controle da discricionariedade administrativa: o consenso científico como novo parâmetro de controle

Em tempos de crise, há um aumento amazônico na disputa pelo reconhecimento de quem, na estrutura estatal, detém a verdade e a razão para fazer as melhores escolhas. Um debate permeado pelas melhores intenções: a de encontrar respostas para a redução do sofrimento provocado por esta crise sanitária que atinge a humanidade. No meio de tudo isso, a ciência oferece algumas soluções, caminhos a serem trilhados para a tomada de decisões extremamente complexas que impactam as mais variadas dimensões da vida em sociedade.

O objetivo deste texto não é o de, em hipótese alguma, apontar, por exemplo, quem tem razão quanto ao método de isolamento a ser adotado, ou mesmo quais medidas econômicas o Estado brasileiro deveria oferecer para os menos afortunados. O que se pretende, ao revés, é iluminar a nova percepção que se terá, a partir dessa pandemia, sobre o controle da discricionariedade administrativa.

Além do entrincheiramento que já lhe é imposto pela legalidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência, surge um novo parâmetro de controle da atuação administrativa. [13] A invalidade do ato poderá decorrer do fato de a manifestação de vontade do administrador ser ofensiva ao conhecimento científico predominante em um dado período de tempo. Assim, caso qualquer autoridade estatal decida de forma contrária à ciência, seu ato poderá ser invalidado. Essa forma de controlar o espaço de conformação de que dispõe o administrador público de qualquer um dos poderes vem acompanhada de algumas dúvidas. O que caracteriza um conhecimento científico predominante? Será determinante para alcançar esse status a quantidade de manifestações científicas em um determinado sentido ou a qualidade de quem defende um dado ponto de vista? O que significa consenso científico em questões que demandem respostas/decisões multidisciplinares de elevada complexidade? Qual o período temporal a ser considerado para justificar a predominância do consenso? Um ano, cinco anos, uma década? Independentemente de eventuais questionamentos que possam existir, e que são comuns em todo e qualquer processo de transformação, é inegável que, a partir dessa pandemia, haverá espaço para o controle da discricionariedade administrativa pela inobservância da solução cientificamente predominante para um dado problema.

Nesse contexto, em que se prestigia a solução técnica, objetiva e cientificamente amparada, reforça-se o controle da discricionariedade e se inaugura um espaço para o controle amparado com base em dados estatísticos e por meio do que se denomina *machine learning*. [14] Para determinadas decisões, e aqui já estamos além da Covid-19, sistemas de autoaprendizagem são suficientes para oferecer as melhores respostas. A decisão sobre a melhor forma de alocação de recursos orçamentários em um município pode, por exemplo, ser feita por um sistema eletrônico que auxilia a decisão do gestor com suporte em um volume expressivo de dados estatísticos. Caso a decisão do prefeito contrarie a solução proposta pelo *software*, ela poderia ser considerada inválida pelo fato de ultrapassar os limites da sua discricionariedade, que se afastou de parâmetros estabelecidos cientificamente. Havendo espaço para a delimitação da discricionariedade pela ciência, ele, também, há de ser reconhecido em situações em que o processo decisório tem amparo no conceito de *machine learning*.

Constata-se, assim, que a crise ocasionada pela Covid-19, que exige respostas estatais urgentes e precisas, também afetará profundamente e de modo irreversível os limites da discricionariedade administrativa. As melhores escolhas podem ser dimensionadas por meio de parâmetros técnicos mais universais e calculados pela ciência. Ao comentar um dos ensinamentos que a COVID-19 pode nos proporcionar, Luigi Ferrajoli destaca a necessidade de se prestigiar soluções mais uniformes, *verbis*:

"Um ensinamento diz respeito à necessidade de que, diante de emergências dessa natureza, sejam adotadas medidas eficazes e, sobretudo, homogêneas, a fim de evitar que a variedade dos procedimentos adotados, em muitos casos totalmente inadequados, acabe favorecendo o contágio e multiplicando os danos para todos. (...) Talvez, a partir dessa tragédia, possa nascer finalmente uma consciência geral voltada ao nosso destino comum, que, por isso, requer um sistema comum de garantia dos nossos direitos e das nossas convivência pacífica e solidária". [15]

Encerro este breve texto certo de que as dificuldades que estamos vivenciando na tentativa de acomodar as peças de um jogo antigo em um novo tabuleiro serão acompanhadas por soluções jurídicas capazes de transformar, para sempre, o Direito. E muita coisa boa está por vir para o Direito Administrativo. A pandemia passará, mas o Direito Administrativo será outro.

É hora de parar de escrever.

Preciso, agora, ler com minha filha um livro indicado pela escola, que está funcionando em ambiente remoto. Uma delícia de atividade que a pandemia tem me proporcionado. Que isso não termine quando a Covid-19 se for. Sempre há algo muito bom, mesmo quando o panorama é muito ruim.

[1] FERREIRA, Flávio; GALF, Renata. Juízes e defensores conseguem aumento de produtividade durante pandemia. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/juizes-e-defensores-conseguem-aumento-de-produtividade-durante-pandemia.shtml>. Acesso em: 08/04/2020.



[2] Para detalhes sobre o funcionamento do serviço, confira o site:

<https://www.einstein.br/Pages/home-telemedicina.aspx>. Acesso em: 08/04/2020.

[3] O PL 696/2020, na data em que este texto foi escrito, se encontrava na Presidência da República para sanção ou veto. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141263>. Acesso em: 09/04/2020.

[4] Recentemente, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) 2.227/2019, publicada no D.O.U. de 06/02/2019, passou a regulamentar a telemedicina de forma mais ampla e detalhada do que o ato normativo anterior sobre o mesmo tema de 2002. Contudo, ela durou pouco e foi revogada pela Resolução do CFM 2.228/2019, publicada no D.O.U de 06/03/2019, que repristinou expressamente a Resolução CFM 1.643 de 2002 que já disciplinava a telemedicina.

[5] Para um aprofundamento no tema do impacto da inovação tecnológica no Direito Público, confira HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Coordenador) *Innovationen im Recht*. 1. Auflage 2016. Baden-Baden: Nomos, 2016.

[6] Em outro artigo, analisamos como alguns institutos do Direito Administrativo já estão sofrendo um forte impacto das inovações tecnológicas. ARAUJO, Valter Shuenquener de. *Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções*. In: Inovações no Direito Público. QUIRINO, Carina de Castro; MENDONÇA, José Vicente Santos de; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (coordenadores). Curitiba: CRV, 2018, pp. 151-158. ISBN: 978-85-444-3034-7. DOI: 10.24824/978854443034.7.

[7] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

[8] Art. 30 (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

[9] Na ADI 5610, por exemplo, o STF decidiu que a lei estadual que proíbe a cobrança de taxa de religação de energia elétrica em caso de corte de fornecimento por falta de pagamento e estabelece o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para o restabelecimento do serviço, sem qualquer ônus para o consumidor, invadiu a competência privativa da União para legislar sobre energia. ADI 5610, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2019.

[10] Na ADI 5745, o STF decidiu pela constitucionalidade de lei estadual que obriga as empresas concessionárias dos serviços de telefonia a informar o consumidor acerca da



identidade de funcionários que prestarão serviços de telecomunicações e internet, em sua residência ou sede. O entendimento foi no sentido de que a lei veicula regra alusiva a obrigações e responsabilidades referentes a relação de consumo, e se insere, portanto, na competência concorrente do artigo 24, V e VIII, da Constituição da República.

[11] STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral. Fundamentos e Princípios. Direito Constitucional Econômico*. Lisboa: Universidade Lusíada, 20908, p. 81.

[12] Um excelente texto sobre as competências do Chefe do Poder Executivo em tempos de crise é o artigo de Adrian Vermeule com o título *Our Schmittian Administrative Law*. VERMEULE, Adrian. *Our Schmittian Administrative Law*. Harvard Law Review. Vol. 122, p. 1095-1149, 2009.

[13] Sobre o tema, confira-se o artigo publicado no O Globo intitulado *Um presidente da República está limitado pela ciência*. SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; MOREIRA, Egon Bockmann; Monteiro, Vera; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente e JORDÃO, Eduardo *Um presidente da República está limitado pela ciência*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaao/artigo-um-presidente-da-republica-esta-limitado-pela-ciencia-24355634>. Acesso em: 08/04/2020. Alguns questionamentos quanto ao controle de discricionariedade com amparo na ciência são feitos por Amauri Feres Saad no texto “*Um presidente da república está limitado pela ciência*”. Mas que ciência? Disponível em: <https://brasilsemmedo.com/um-presidente-da-republica-esta-limitado-pela-ciencia-mas-que-ciencia/>. Acesso em: 09/04/2020.

[14] Sobre o tema, c. HAO, Karen. *What is machine learning?* Disponível em: https://www.technologyreview.com/s/612437/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/?utm_campaign=the_algorithm. Acesso em: 02/06/2019; BURRELL, Jenna (2016). *How the Machine ‘Thinks:’ understanding opacity in machine learning algorithms Big Data & Society*. Disponível em: <https://www.ischool.berkeley.edu/research/publications/2016/how-machine-thinks-understanding-opacity-machine-learning-algorithms>. Acesso em 17/05/2019.

[15] FERRAJOLI, Luigi. *O vírus põe a globalização de joelhos*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli?fbclid=IwAR0WfrAJ5twl3PtpKhlmh1v387zL2PNTqFCiXu4exEYucyWdyQqruA2Yzk> Acesso em: 08/04/2020.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-abr-16/araujo-covid-19-direito-administrativo/>