

CRISE, OPORTUNISMO E O RETORNO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: O PÊNDULO QUE NÃO VOLTOU

Gustavo Binenbojm¹

Logo que a pandemia foi reconhecida e a calamidade decretada, algumas páginas esmaecidas do Direito Administrativo foram como que retiradas da gaveta de naftalina. Invocando uma suposta volta do pêndulo, juristas crédulos – que creem no eterno retorno – rapidamente anunciaram a repriminção da supremacia do interesse público. O estado de necessidade administrativo instaurado pela crise seria a prova definitiva de que o giro democrático-constitucional do Direito Administrativo não passara de uma conspiração neoliberal. Afinal, pela tonificação de institutos como poder de polícia, requisição e discricionariedade, a potestade estatal teria recuperado a primazia de outrora em Pindorama.

Não creio que haja algo assim em curso no Brasil. Primeiro, porque o Direito Administrativo é uma caixa de ferramentas que permite o uso de variados instrumentos, conforme as circunstâncias e necessidades. Segundo, porque a sua evolução incremental é compatível com adaptações a situações de anormalidade, dando ensejo a uma *juridicidade da excepcionalidade*. Terceiro, porque reconhecer a legitimidade do uso de competências potestáticas pelo Estado, sob os marcos da lei e da Constituição, não significa endossar qualquer concepção de supremacia do interesse público.

Não há, em termos apriorísticos, nem supremacia do Estado, nem sujeição geral dos particulares, mas um plexo dúctil de conformações possíveis entre direitos individuais e metas coletivas, que fazem das funções administrativas uma reserva técnica a serviço da realização coordenada da democracia e dos direitos fundamentais. Essas funções são habilitadas e delimitadas, a um só tempo, pela necessidade de estruturação interna do sistema de direitos fundamentais – cuja consistência exige restrições que os limitem e os viabilizem, simultaneamente – e de conformações desses direitos à luz de objetivos coletivos, sob a forma da deliberação democrática.

Por último, mas não menos importante, não houve nenhum hiato no estado de direito durante a pandemia. O poder de polícia sanitário foi exercido e controlado amplamente

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ

pelo Poder Judiciário. A discricionariedade seguiu sendo podada sempre que aos juízes ela pareceu confundir-se com arbitrariedade. O Supremo ratificou a Constituição ao proclamar o exercício compartilhado das competências sanitárias, conferindo até certo protagonismo aos entes subnacionais. Quanto às requisições, nem chegaram a ser manejadas de forma relevante, tendo a Justiça restringido o seu uso descabido pela União. Por fim, o isolamento de contaminados e o distanciamento social horizontal, o uso obrigatório de máscaras e a retomada das atividades de forma gradual são normas de sociabilidade que apenas representam o exercício compartilhado da liberdade. Nada a ver com supremacia, mas com prudência e responsabilidade, pois cada um depende dos demais para ser livre. Superar o estágio da imunidade jurídica do poder estatal foi uma longa jornada. Não há retrocesso possível e não há nenhum ganho civilizatório em retroceder.