III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

KARYNA BATISTA SPOSATO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Karyna Batista Sposato; Lucas Catib De laurentiis; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-296-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Argumentação. 3. Realismo. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os textos aqui reunidos foram apresentados no Grupo de trabalho “Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico”, atividade que integrou o III Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito (Conpedi). Os trabalhos tratam questões como positivismo jurídico, interpretação, ativismo judicial, direito à saúde, educação, teoria da ponderação e dos princípios. A grande variedade de temas e a multiplicidade de pontos de vista e abordagens demonstram a importância científica e a relevância deste evento. Os debates e apresentações foram extremamente ricos e importantes para o desenvolvimento de novas ideias e perspectivas para as teorias da justiça e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Tudo isso vem reforçar a riqueza dos Encontros organizados pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito, atividade que congrega professores, pesquisadores e estudantes de todas as regiões do país. Em seu novo formato digital, o Encontro do Conpedi já está consolidado como um espaço genuíno de desenvolvimento da ciência jurídica brasileira com base em debates de alto nível e excelência acadêmica. Em tempos de Pandemia e de extremismos políticos, esta iniciativa mostra ter extrema relevância científica e política para o direito e a sociedade brasileira.

Desejamos a todos a uma excelente leitura!

Prof. Dra. Karyna Batista Sposato

Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

AS MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À COVID-19 (SARS-COV-2) E O "ORIGINALISMO" BRASILEIRO: UMA PROPOSTA A PARTIR DA ESTRATÉGIA DE DECISÕES DE SEGUNDA ORDEM E DA CONSIDERAÇÃO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS.

"SANITARY MEASURES TO COMBAT COVID-19 (SARS-COV-2) AND BRAZILIAN "ORIGINALISM": A PROPOSAL BASED ON SECOND-ORDER DECISIONS STRATEGY AND INSTITUTIONAL CONSIDERATIONS."

Andre Ladeira Da Rocha Leao [1]

Resumo

RESUMO O presente artigo pretende analisar os principais argumentos contrários à adoção de medidas sanitárias restritivas, apontando sua inadequação e irracionalidade. A partir das críticas dirigidas aos referidos argumentos, aqui sintetizados no argumento correspondente ao que se poderia chamar "originalismo" brasileiro, bem como no argumento do formalismo falacioso, e utilizando-se do método dedutivo com análise bibliográfica e de documentos, pretende-se oferecer um modelo decisional de segunda ordem que prestigie a capacidade institucional dos órgãos envolvidos, ao passo que levem a sério o ambiente de incertezas e de soluções contraintuitivas no cenário decisório das medidas sanitárias restritivas.

Palavras-chave: Palavras-chave: originalismo, Formalismo, Capacidades institucionais, Decisões de segunda ordem, Autocontenção

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT This article intends to analyze the main arguments against the adoption of restrictive sanitary measures, pointing out their inadequacy and irrationality. Based on the criticisms directed to the referred arguments, summarized here in the argument corresponding to what could be called "Brazilian "originalism", as well as in the fallacious formalism argument, using the deductive method with bibliographic and documentary analysis, it is intended to offer a second-order decision-making model that honors the institutional capacity of the litigators involved, while taking seriously the environment of uncertainties and counterintuitive solutions in the decision-making scenario of restrictive health measures.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: originalism - formalism - institutional - considerations – second order decisions, Self restraint

[1] Mestrando em Direito Público no Programa de Pós Graduação em Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC, de Belo Horizonte.

1- Introdução.

Decisores bem-intencionados e sinceramente preocupados com a tragédia que se abateu sobre o Brasil, têm proferido decisões anulando ou suspendendo decretos estaduais e municipais que determinam medidas sanitárias duras e restritivas dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal vem suspendendo decisões que questionam decretos municipais que estabelecem medidas restritivas contra a COVID-19. Nesse sentido, pretende-se confrontar os argumentos mais ventilados pelos que questionam tais decretos, especialmente na ação declaratória de descumprimento de preceito fundamental- ADPF 806 do Distrito Federal e na ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6764 do Distrito Federal.

O presente artigo, não obstante mencionar tais decisões para fins ilustrativos, não pretende questionar o acerto ou desacerto das mesmas. O objetivo é mais modesto. Com efeito e a partir do método dedutivo e da revisão bibliográfica e documental, o que se pretende é questionar alguns argumentos utilizados na justificativa de tais demandas e, quem sabe, contribuir para a adoção de um modelo decisional mais adequado à complexa situação decisória proferida nesse ambiente repleto de argumentos contraintuitivos e de incertezas empíricas.

Para além da necessária perspectiva deontológica do direito e da consideração dos elementos de coerência e integridade presentes nas principais teorias decisionais de primeira ordem, urge se desenvolva, com a mesma acurácia, técnicas decisionais de segunda ordem, que levem a sério a racionalidade limitada de decisores reais em razão de suas limitações cognitivas e enviesadas.

Formalismo e "toque de recolher" são expressões cujo significado atrai um apelo emocional negativo (sobre o apelo emocional, NINO, 2010). Entretanto, bem entendidos os conceitos e excluídas concepções caricaturais, há elementos úteis a serem aproveitados para uma maior racionalidade decisória. No decorrer do presente trabalho será apresentada uma perspectiva formalista inclusiva que seja aberta a considerações valorativas em casos complexos.

Proposições decisórias que almejam soluções normativas ambiciosas e que procuram a realização de um comportamento decisional o mais próximo possível de um estado ideal de coisas, seja no plano substantivo (Juiz Hércules, DWORKIN, 2010) ou no plano procedimental (ALEXY, 2019 ou HABERMAS, 2010), talvez não sejam as melhores estratégias decisórias, considerados o contexto e as circunstâncias fáticas subjacentes ao que está submetido ao julgamento.

O decisor, muitas vezes, vale-se do conhecimento de diversas disciplinas ao empregar o direito como técnica de decisão. Nesse ponto, uma abordagem mais pragmática, empírica e que reconheça a racionalidade limitada dos decisores pode ser útil para que se tenha mais racionalidade no processo decisório, apresentando à sociedade soluções mais corretas, eficientes e adequadas.

A técnica das decisões de segunda ordem, procura impregnar o direito da realidade que o circunda. Quando há diversas opções igualmente razoáveis, é preciso parar de olhar pra cima e sentir o chão do ambiente decisório. Uma decisão correta não é a resultante de um puro halterofilismo bibliográfico realizado em uma biblioteca (NUNES, 2010), mas uma decisão que pretende representar a melhor solução concreta para o problema e que provoque as melhores consequências sistêmicas.

Desenvolve-se o argumento das capacidades institucionais como um mecanismo de distribuição dos custos da decisão e do erro em cenários de grande incerteza empírica.

A guisa de conclusão do trabalho, sustenta-se que, a uma abordagem normativa de primeira ordem, devem-se considerar fatores empíricos, a partir da realidade concreta. Para isso, sugere-se a proposta de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2005) de decisões de segunda ordem, bem como a ideia das capacidades institucionais. Com efeito, defende-se, não obstante as decisões de primeira ordem serem a regra e a prática constitucional brasileira predominante, seja possível sustentar, em cenários de incerteza ou nos quais o comportamento de outros poderes seja imprescindível para a concretização de um direito, a adoção de decisões de segunda ordem.

Portanto, primeiro serão abordados os dois principais argumentos de quem se insurge contra as medidas restritivas adotadas por estados e municípios, é dizer, questiona-se o argumento "originalista" e o formalismo falacioso. Em seguida, desenvolvem-se o argumento da estratégia decisória de segunda ordem e o das capacidades institucionais, para concluir formulando uma proposta normativa de decisões relativas às medidas sanitárias restritivas de direitos fundamentais mais adequada à prática constitucional Brasileira.

2- O "Originalismo" brasileiro.

Nos Estados Unidos, não obstante as diversas abordagens doutrinárias que procuram construir o sentido das normas constitucionais, há, classicamente, uma divisão dos intérpretes entre a perspectiva interpretativista e a não interpretativista.

Em apertada síntese, a perspectiva interpretativista sustenta deva o intérprete se valer do elemento textual e procurar reconstruir o sentido da norma considerando a vontade presumida dos autores do documento. Assim, o ato de descortinar o sentido da norma tem como elemento determinante o que pensariam os *founding fathers.* Textualismo e originalismo seriam suas características marcantes.

Já os não interpretativistas partem da perspectiva de que o texto é datado e precisa de atualização constante a partir da construção de sentido que respeite a tradição do direito vigente, mas que tenha em consideração a necessidade de uma reflexão moral ou política adequada ao momento em que a decisão é proferida, visando uma solução contemporânea para um problema que, muitas vezes, sequer foi cogitado pelos autores do texto.

Sobre o ponto, destaco a lição do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, *verbis*:

> ...Sob a designação de interpretativismo abrigam-se duas linhas de pensamento próximas: a) o textualismo, segundo o qual as normas escritas da Constituição são a única fonte legítima em que se pode fundar a autoridade judicial; b) o originalismo, pelo qual a intenção dos autores da Constituição e dos que a ratificaram vinculam o sentido a ser atribuído às suas cláusulas. Portanto, texto e história estão na base dessa formulação…" (…)
>
> O não interpretativismo, também referido como construtivismo, reúne as linhas de pensamento que se opõe ao textualismo e ao originalismo, notadamente pela ideia de que o intérprete não se limita a revelar o sentido contido na norma, mas, ao contrário, ajuda a construí-lo…." (BARROSO, 2020, pg. 272)

Durante a pandemia da COVID-19, no contexto brasileiro, diversas demandas questionando as medidas sanitárias desenvolvidas por estados e municípios comumente fazem referência a ausência de regulamentação normativa da situação gerada pela referida doença.

Nesse sentido, aduzem que o sistema constitucional de crises (além das hipóteses de intervenção) dispôs apenas sobre dois instrumentos para combater situações excepcionais, quais sejam, o estado de defesa (art. 136 da Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB/88) e o estado de sítio (art. 137 da CRFB/88). Nessa toada, sustentam serem as medidas restritivas inconstitucionais, na medida em que provocam graves restrições a direitos fundamentais somente admitidas pelo constituinte originário pelos instrumentos elencados no texto constitucional.

Corroboram o ataque às medidas restritivas aduzindo a necessidade de um decreto federal para o acionamento do direito constitucional de crise, apontando a inconstitucionalidade da atuação de estados e municípios quando determinam, por exemplo, restrições de deambulação no período noturno ("toque de recolher").

A tese, ainda que inconscientemente, pressupõe o apego ao texto elaborado em 1988 e ao horizonte normativo dos constituintes brasileiros daquela época. Com efeito, limitar o sistema constitucional de crises aos dois instrumentos regulados no texto de 1988 significaria prestigiar um horizonte normativo que sequer previa a massificação da comunicação da telefonia móvel, os avanços tecnológicos que se sucederam, bem como o processo de globalização econômica em que estamos inseridos. Em suma, seria aprisionar o sentido do texto ao passado. A presente e as futuras gerações teriam que se adequar ao texto de 1988 a partir do horizonte normativo dos constituintes. Trata-se do problema intergeracional mencionado pelo prof. Daniel Sarmento (SARMENTO, 2013).

A vingar a tese originalista, diante da necessidade de restrição da circulação de pessoas no mundo todo e das recomendações das autoridades sanitárias que apontam para a proteção da vida e da saúde da população, teríamos que, ou reformar a constituição por meio de um complexo procedimento normativo, ou viver em um estado de sítio permanente, com prazo de duração indefinido, no qual as atividades do congresso nacional seriam seriamente comprometidas (art. 60, §1º da CRFB/88) de abrangência nacional, mesmo que a medida se mostre especialmente exagerada, diante das características regionais e locais da propagação do vírus em um país de grandeza continental.

Lado outro, a tese originalista por ensejar grave intervenção em todo o território nacional, por tempo indefinido, provocará graves restrições de direito para além da dose necessária para debelar a emergência sanitária. Nesse sentido, e sob a perspectiva do postulado da necessidade, integrante do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2010), as medidas sanitárias representam medidas menos gravosas para o combate da pandemia (BRANDÃO, 2020).

Por fim, no direito comparado, observa-se a adoção ampla da restrição de ir e vir, inclusive durante o dia, sendo o caso mais notório a Itália, país que sequer prevê estado de sítio. De outro lado, outros países cujas constituições tratam expressamente do direito constitucional de crise, regulamentando o estado de sítio, não adotaram medidas tão drásticas para o combate a pandemia, não obstante adotarem fortes medidas restritivas de deambulação, como a França e a Alemanha[1].

1.Alemanha(https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/01/19/alemanha-anuncia-extensao-do-lockdown-ate-14-de-fevereiro.ghtml, acesso em 14/4/2021); Itália (https://saude.ig.com.br/2021-01-15/italia-vai-colocar-um-quarto-da-populacao-em-lockdown.html, acesso em 14/4/2021); França(https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/03/31/toda-a-franca-entrara-em-lockdown-a-partir-de-sabado-anuncia-macron, acesso em 14/4/2021.

3- O formalismo falacioso.

Outro argumento brandido contra as medidas sanitárias é a ausência de autorização legal para os diversos decretos estaduais e municipais que dispõem sobre a situação regional e local, respectivamente.

Os que ventilam a tese, argumentam que a ausência de um texto legal específico dispondo sobre as medidas sanitárias restritivas afrontaria o princípio da legalidade que deve pautar a atuação administrativa.

O art. 3º da Lei 13.979/2020 teria disposto sobre dois instrumentos de intervenção sanitária, quais sejam a quarentena e o isolamento. Portanto, não haveria supedâneo legal para a restrição do direito de ir e vir no período noturno (vulgarmente conhecido como "toque de recolher").

Também aqui o argumento prova demais. Com efeito, o e. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6341 já reconheceu a competência concorrente entre União, estados e municípios para adoção das medidas sanitárias necessárias para o combate da pandemia, observado o interesse preponderante, seja ele nacional, regional ou local. Destaco a ementa do acórdão, *verbis*:

> EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.
> 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes têm lugar.
> 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.
> 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.
> 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da

> Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.
> 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.
> 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.
> 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Como vai no texto da ementa, trata-se de reconhecer competência para atuação de estados de municípios em razão das características regionais e locais, face às peculiaridades pandêmicas no seu respectivo território.

Nesse sentido, convém ressaltar que a interpretação restritiva sustentada para defender apenas duas formas de restrições a direitos fundamentais para fins sanitários, a quarentena e o isolamento, vai de encontro ou próprio texto legal que prevê uma cláusula de abertura a fim de permitir a ampliação do rol. Com efeito, a Lei 13.979/20 dispõe o seguinte:

> (…) Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, **entre outras**, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)
>
> I - isolamento;
>
> II - quarentena;
>
> III - determinação de realização compulsória de:
>
> a) exames médicos;
>
> b) testes laboratoriais;
>
> c) coleta de amostras clínicas;
>
> d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
>
> e) tratamentos médicos específicos;
>
> (…)

Desse modo, resta claro que a decisão sobre a melhor medida sanitária deve observar as características regionais e locais, bem como devem apresentar justificação idônea baseada

em evidências médicas devidamente comprovadas, tudo conforme as diretrizes gerais constantes do referido diploma.

Nesse passo, deve-se destacar que a própria dinâmica da pandemia sugere que a adoção de lei específica para adoção de outras medidas sanitárias sobre ser desnecessária, configuraria adoção de instrumento inidôneo para a finalidade pretendida. É que o processo legislativo exigiria a observância de um demorado trâmite compreensivo de: iniciativa, debates, análises por comissões, votação e todas as demais formalidades legais. Assim, ainda que os poderes legislativos ficassem por conta de analisar apenas leis semanais para o combate da pandemia, ao término do processo legislativo, o quadro epidemiológico já não corresponderia à situação inicial e a medida se mostraria írrita.

No que se refere a normas técnicas, e com a finalidade exclusiva de combater a pandemia, podem as autoridades sanitárias adotar as restrições que se fizerem necessárias, no momento pertinente, e sempre respeitada a indispensável justificativa científica bem como os parâmetros sanitários traçados na norma geral, Lei 13.797/20, nas disposições dos diversos códigos sanitários estaduais, bem com nos atos normativos municipais.

O e. Supremo Tribunal Federal já tratou da possibilidade de normas técnicas derivadas de órgãos administrativos vincularem os destinatários, desde que no caso a maior capacidade institucional do órgão regulador seja o meio mais idôneo para apontar as soluções necessárias.

Com efeito, no julgamento da ADI 5501/DF (caso da fosfoetanolamina) o tribunal julgou inconstitucional a Lei 13.269/2016 que obrigava o fornecimento da referida substância, ao argumento de que o órgão sanitário detém maior capacidade técnica para regular o fornecimento de medicamentos. A tese da "reserva de administração" ficou expressamente destacada pelo eminente ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto destaca-se:

> "Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM ADI. LEI Nº 13.269/2016. AUTORIZAÇÃO DE USO DE SUBSTÂNCIA ("PÍLULA DO CÂNCER") SEM A REALIZAÇÃO DE TESTES CLÍNICOS QUE COMPROVEM SUA EFICÁCIA E SEGURANÇA E SEM REGISTRO NA ANVISA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE E DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.
> 1. A Lei nº 13.269/2016 autorizou o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da falta de testes clínicos que comprovem a sua segurança e eficácia, e da ausência de registro sanitário perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.
> 2. Forte plausibilidade jurídica na alegação de inconstitucionalidade, por violação ao direito à saúde e ao princípio da separação dos poderes (reserva de administração). 2.1. Em primeiro lugar, a autorização de uso da substância anteriormente à realização de testes necessários para comprovar que o composto seja seguro (i.e., sem efeitos tóxicos ou efeitos colaterais danosos à saúde) e eficaz (i.e., capaz de funcionar para atacar a doença em 2 causa) coloca em risco a saúde, o bem-estar e a vida das pessoas, em clara afronta ao direito

> à saúde (CF/1988, arts. 6º e 196). 2.2. Em segundo lugar, configura-se violação à reserva de administração, que decorre do princípio da separação de Poderes (CF/1988, arts. 2º e 60, § 4º, III). **Ao autorizar o uso da fosfoetanolamina sintética sem cumprimento das exigências legais de realização de testes clínicos e de registro sanitário, o Poder Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Anvisa por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativa.**
> (…)"(grifos nossos)

Para concluir o ponto uma palavra sobre formalismo, sem caricaturas.

É certo que essa expressão comumente é empregada em um sentido negativo. Nesse sentido, diz-se formalista um decisor que ignora a realidade pretendendo discutir nas nuvens, de forma abstrata, a decisão que melhor vai se acomodar só sistema jurídico. Essa concepção não deve ser prestigiada.

Formalismo pode significar uma maior aderência ao texto e às "razões entrincheiradas" no mesmo (SHAUER, 2002) afastando-se uma análise casuística de razões concorrentes. Nesse sentido e sem excluir momentos em que o texto não será suficiente para solução de questões complexas, é possível sustentar-se que um formalismo que prestigie o texto (seja da Lei, seja de um decreto ou outro ato normativo) pode trazer mais racionalidade ao sistema.

De conseguinte, para que se aceite a conclusão que vai ser desenvolvida no texto, pode-se admitir tanto uma perspectiva de um positivismo inclusivo (HART, 2018) quanto uma perspectiva não positivista inclusiva (ALEXY, 2009) já que, no presente caso, há texto e ambas as abordagens seriam compatíveis com as conclusões propostas no presente trabalho.

4- Capacidades institucionais.

Decisões de segunda ordem e que levem a realidade a sério devem considerar a enorme assimetria entre o conhecimento e a quantidade de informações do julgador em relação aos profissionais de medicina que atuam na formulação de políticas públicas abrangentes nas três esferas federais.

Embora pareça contraintuitivo a liberação de bares e do transporte público e o fechamento de escolas, deve-se ser deferente com as decisões nesse sentido que tenham fundamento técnico. É certo que se trata de um ambiente decisional baseado em incertezas empíricas evidentes dada a insuficiente quantidade de dados para um trabalho científico mais assertivo e concludente. Entretanto, a limitação cognitiva e enviesada do decisor, ainda que

bem informado, jamais vai superar a expertise e a quantidade de informações de órgãos técnicos na área de epidemiologia.

Diante de quadro de incerteza empírica, o argumento a partir das capacidades institucionais pode ser um mecanismo essencial para orientar o intérprete. Pode-se dizer que, quanto maior a incerteza das consequências das diversas opções de solução, tanto maior será a necessidade de conhecimento especializado e de informações para decisões com maior probabilidade de acerto.

Capacidades institucionais não deve ser compreendida como uma questão abstrata ou de "vocação" institucional, como o seriam considerações do tipo "o legislador está mais capacitado para desenvolver políticas públicas do que o judiciário". É certo que o legislador pode promover um debate mais qualificado sobre política pública. Mas essa concepção abstrata de capacidade institucional não é a que se pretende sugerir.

O argumento da capacidade institucional parte de uma abordagem concreta sobre análise das opções de decisão a partir do conhecimento e da quantidade de informações de quem oferece uma proposta de solução. Nesse sentido, é preciso avaliar a capacidade real do decisor, bem como os efeitos dinâmicos prováveis da solução proposta. Na feliz síntese doutrinária:

> "Assim, o raciocínio pressuposto pelo argumento de "capacidades institucionais" poderia ser sintetizado a partir das seguintes características: uma comparação empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição dentre várias instituições possíveis. Esse cenário, como se vê, não comporta escolhas entre instituições feitas em abstrato..."(LEAL, 2016)

O raciocínio a partir das capacidades institucionais parte de dois aspectos: habilidade concreta de oferecer opções melhores e as consequências dinâmicas da solução proposta.

Decretos que instituem restrições de direitos fundamentais, ainda que graves (toque de recolher) a partir da norma geral (que prevê "outras medidas necessárias), dos códigos sanitários de cada estado-membro ou de diploma normativo Municipal, desde que lastreados em suporte técnico qualificado e devidamente fundamentado, devem ser observados, em princípio, conquanto no plano concreto fique evidente a maior capacidade institucional da equipe técnica especializada em epidemiologia que subsidiou a solução adotada.

Certamente o tema é polêmico e outros profissionais podem aconselhar outras medidas ou apontar incoerência nas medidas adotadas (caso do transporte coletivo e dos estabelecimentos de ensino). Entretanto, é preciso medir os custos da decisão e do erro a partir dos efeitos sistêmicos das opções. A suspensão do toque de recolher trará maior proteção à

saúde da população abrangida pela medida? Diminuirá a transmissibilidade da doença? Na hipótese comum de ocupação quase total de leitos, o toque de recolher deve ser suspenso? Qual seria a alternativa sanitária mais eficaz? O julgador têm o conhecimento e as informações concretas necessárias para se sobrepor à equipe técnica que subsidiou os decretos?

Para responder essas complexas perguntas não basta consultar um algoritmo, é dizer, pesquisar na internet e, a partir do primeiro artigo encontrado elaborado por uma instituição idônea, responder negativamente às perguntas. Nessa altura do trabalho é conveniente ressaltar que o resultado de buscas na internet, além de refletem vieses do pesquisador, não o torna um especialista na matéria.

O problema do viés de confirmação gerado pelos algoritmos de busca é um tema eriçado de controvérsias e não poderia ser explorado nesse pequeno espaço. Entretanto, o resultado de uma busca jamais transformará um decisor em epidemiologista já que, para compreender documentos técnicos, ou se opor às conclusões deles, é preciso enorme conhecimento especializado e informações concretas sobre o estado da pandemia na região em que será proferida a decisão.

5- Decisões de segunda ordem.

Partindo da lição de Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, (2007) sustenta-se que decisores reais possuem uma racionalidade limitada, especialmente em ambientes decisórios repletos de incertezas, ensejando um modelo decisional de segunda ordem compatível com o contexto da pandemia e que trate adequadamente os custos da decisão e do erro judicial e levem em consideração as limitações cognitivas e de informações dos magistrados sobre temas relativos às complexas questões sanitárias.

Segundo os referidos autores, teorias abrangentes, abstratas, e que sugerem um modelo decisional de primeira ordem tais como o Juiz Hércules de Dworkin (2005), ou decisões preferidas em uma situação ideal de fala, Habermas (2010), ou levando-se em conta pressupostos ideais do discurso racional, Alexy (2019), embora sejam úteis em grande parte dos contextos decisórios, talvez não sejam estratégias eficazes de decisão diante da limitação cognitiva e enviesada dos reais tomadores de decisão, bem como considerando-se o contexto brasileiro de grande complexidade das questões fáticas proferidas em ambiente de incerteza empírica das soluções de combate a pandemia.

Decisões de primeira ordem são ambiciosas e retratam um esforço de racionalização maximalista no sentido de uma situação ideal que se quer aproximar com o sincero objetivo de levar mais racionalidade ao processo decisório na busca por uma decisão a mais correta possível (ou correta, DWORKIN, 2005) em termos normativos. Nesse sentido, importantes iniciativas nessa perspectiva vêm sendo aplicadas ao direito pátrio. Sobre decisões de primeira ordem e a análise específica das medidas sanitárias restritivas de direitos, colho feliz passagem doutrinária que tratou da proporcionalidade das medidas sanitárias restritivas, concluindo:

> "...As medidas de isolamento, de quarentena e de realização de exame e tratamento médicos e de coleta laboratorial são constitucionais, porque são restrições aos direitos fundamentais que respeitam a norma da proporcionalidade. A mais drástica das medidas, a quarentena de regime geral ou de risco difuso, mesmo que aplicada de modo universal ou horizontal, deverá, para não ser censurada constitucionalmente, ser acompanhada de outras medidas que permitam a subsistência das pessoas que não possam ficar confinadas em suas residências." (ALMEIDA, 2020)

O autor parte de uma interpretação textual extensiva e realiza uma ponderação entre os princípios implicados com base na conhecida fórmula de Alexy (2010). Ao final, entende serem as medidas proporcionais desde que seja ofertada uma compensação financeira para quem se submeter ao confinamento. Concorda-se com essa perspectiva, como ideia regulativa geral na matéria.

Sem dúvida, essa perspectiva mais abrangente é útil e pode ser aproveitada na maioria dos casos em que se discutem medidas sanitárias restritivas de toda ordem, durante o período da pandemia. Entretanto, em cenários de incerteza empírica ou de imprescindível atuação de outros poderes para o cumprimento da decisão, deve-se pensar em como decidir. Com efeito, decisões de segunda ordem são decisões sobre como decidir. Para ilustrar o argumento:

> "...No segundo caso, a análise se desenvolve em um metanível, no qual são considerados os efieitos dinâmicos vinculados ao uso de diferentes estratégias de pirmeira-ordem. Em outras palavras, uma decisão de segunda ordem não está preocupada com casos específicos, mas sim com as soluções de uma estratégia de decisão que possa produzir os melhores efeitos globais à vista de um determinado valor..."(LEAL, 2012)

Entretanto, a abordagem complementar oferecida por decisões de segunda ordem que levem a sério as capacidades institucionais, é dizer, habilidades concretas e os efeitos dinâmicos das decisões sobre tais medidas pode agregar mais racionalidade e responsividade aos agentes políticos responsáveis, em abstrato, para consecução de tais medidas sanitárias emergenciais.

Por fim, é certo que, em alguns casos, haverá boas razões para deferir e para indeferir questionamentos sobre as medidas restritivas, especialmente naquelas situações nas quais ambas as partes apresentem elementos técnicos e fundados e o ambiente seja de total incerteza quando aos efeitos dinâmicos das opções. Para casos em que o resultado da ponderação for um empate, há que se prestigiar o espaço epistêmico do agente político para fazer a opção que lhe pareça a melhor (ALEXY, 2019). Aqui o formalismo (respeito aos decretos da autoridade sanitária) pode ser a melhor opção como estratégia decisória de segunda ordem, considerados os custos da decisão e do erro judicial (CASS SUNSTEIN, 1999).

6- Conclusão.

A abordagem aqui chamada de originalista não se sustenta. Excluir a possibilidade de outras situações de crise que ensejam medidas restritivas de direitos fundamentais seria uma postura metodológica que aprisionaria a constituição ao passado, agravando o "problema intergeracional" que toda constituição suscita. Desse modo, é com os olhos voltados para os problemas do presente que se deve olhar a prática constitucional até aqui e desenvolver o direito a partir das soluções que forem compatíveis com nossa tradição, que sopesem adequadamente os princípios jurídicos envolvidos e a confiabilidade das premissas empíricas, mas que ofereçam as melhores consequências sistêmicas.

Decretos restritivos de direitos fundamentais (sempre em benefício de outros direitos fundamentais, notada mente a vida e a saúde), além da obrigação de estarem em sintonia com a norma geral federal, devem observar os diversos códigos sanitários e as deliberações gerais dos inúmeros comitês de especialistas criados para o combate à pandemia. Portanto e como toda decisão política em uma democracia constitucional, devem apresentar as razões que ensejam as medidas e tudo o que foi feito para minimizar o impacto destas. Conforme relevante passagem doutrinaria, nas democracias contemporâneas a ideia de legitimação representativa a partir de argumentos agrega novo sentido às deliberações formais tomadas em ambientes públicos, nas três esferas de poder (BARROSO, 2020).

O momento é de grave crise sanitária e de muitas informações desencontradas. Há opções contraintuitivas e outras que nos parecem razoáveis. Nesse ponto, o importante é que essa massa de informações seja analisada por quem tem mais capacidade técnica, seja para deferir, seja para indeferir, ou mesmo para que se adotem outras medidas que apresentem um resultado prático equivalente.

O que não se mostra razoável e racional, é a consulta enviesada a sites sobre a doença, ainda que o resultado seja uma manifestação de uma instituição reconhecida, v.g. o "Imperial College of london". Juízes são especialistas em humanidades e nada sabem sobre epidemiologia e muitos outros assuntos que envolvem outras abordagens teóricas, bem como outros saberes. Ter a humildade de reconhecer a enorme assimetria de conhecimento e de informações entre decisores e especialistas trará mais segurança a população e certamente resultará em decisões mais corretas e capazes de produzir consequências sistêmicas mais favoráveis.

A deferência às opões políticas de governadores e prefeitos não os exime das consequências de suas decisões, ao contrário, impõe um pesado ônus político, sujeitando-os a toda sorte de críticas e ao escrutínio de especialistas, bem como a futura responsabilização política, art. 28, Decreto-Lei 4657/42. Mas, em uma democracia constitucional saudável, a regra é seguir as diretrizes do espaço majoritário, não só porque os agentes foram eleitos e ungidos pelo voto, mas também porque apresentaram razões públicas (no caso, razões técnicas sanitárias) em suas opções deliberativas que podem ser aceitas por todos os implicados. Uma sociedade bem-ordenada (RAWLS, 2003) e que trate seus cidadãos como indivíduos livres e iguais, deve seguir decisões políticas fundamentadas e razoáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
_____. **Teoria Discursiva do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.
_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: Teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALMEIDA, Luis Antônio Freitas de. **As medidas legais de controle da COVID-19 (isolamento, quarentena e tratamento de saúde compulsório) e sua proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p.263-295, abr/jun. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – 9ªedição – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. Coronavirus, '**Estado de exceção sanitária' e restrições a direitos fundamentais**. Disponóvel em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitos-fundamentais.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 806/** Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio, DJE 24/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Inconstitucionalidade 6764/** Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio, DJE 23/03/2021.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade 4163/**São Paulo. Relator Min. Marco Aurélio, DJE,12/11/2020.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.501/**Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio, DJE,30/11/2020.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 16/4/2021.

BRASIL. **Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm, acesso em16/4/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm, acesso em 16/4/2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério** – São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol.1 e 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

LEAL, Fernando. "**A Constituição diz o que eu digo que ela diz: Formalismo inconsistente e textualismo oscilante no direito constitucional brasileiro**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça – ano 11, n. 36, jan./jun.2017 – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **Dois problemas de operacionalização do argumento de "capacidades institucionais"**. Revista de Estudos Institucionais, v. 2, 1, 2016.

_____. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011.

_____. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na suidealidade do sistema jurídico**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da UERJ. Rio de Janeiro. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_1e20cebde5f51f7079380198fafb4311.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria** – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Analise do Direito** – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SARMENTO, Daniel et ali. **Direito Constitucional: Teoria, História e Metodos de Trabalho** – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SHAUER, Frederick. Formalism. The Yale Law Journal, v. 97 number 4, March 1988.

_____. **Must Formalism be defended Empiricaly?** Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics

SUNSTEIN, Cass R. and Vermeule, Adrian, **Interpretation and Institutions** (July 2002). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=320245 .

SUNSTEIN, Cass R.. **Second-Order Perfectionism**, 75 Fordham L. Rev. 2867 (2007). Available at: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss6/6.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.