

Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro

Fernando Menezes de Almeida

SUMÁRIO: 1. Apresentação. – 2. As bases do estado de direito na Constituição brasileira. – 3. A competência dos ordenamentos jurídicos parciais da federação. – 4. A autocontenção do Supremo Tribunal Federal em tempos de crise. – 5. O destaque para a ciência como fundamento da decisão jurídica.

1. *Apresentação*

Fabrizio Fracchia, em seu ensaio «*Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*», traz fundamenatais elementos para uma reflexão sobre os novos desafios que se apresentam para a sociedade contemporânea, organizada sob os princípios do estado de direito, no momento em que o mundo enfrenta a pandemia de COVID-19.

Adotando o direito administrativo como ponto de vista para observação e análise da realidade, Fracchia aborda, entre outras, questões relativas à importância da soberania estatal em uma época de globalização, à legalidade e ao respeito a direitos e liberdades, à relação entre os poderes estatais ao produzirem o direito na crise, e ainda ao papel da universidade e do jurista nesse contexto.

Dialogando com Fracchia e adotando seu mesmo ponto de vista, enquanto administrativista, gostaria de trazer ao debate algumas reflexões adaptadas à experiência vivida atualmente no Brasil.

A premissa a conduzir o desenvolvimento, ainda que breve, dessas ideias é a compreensão de que a opção política da sociedade por organizar-se sob a forma de estado de direito impõe que, mesmo em momentos de crise, nos quais se legitima a tomada de medidas excepcionais em defesa da própria sobrevivência das pessoas, essas medidas devam seguir os parâmetros do direito, desde as suas bases constitucionais.

Na sequência, serão explorados temas derivados da reafirmação das referidas bases constitucionais do estado brasileiro: o respeito ao sistema federativo e o respeito à harmonia dos Poderes, em especial ao papel da jurisdição constitucional – aqui acrescido da nuance de tomar-se a ciência como fundamento do controle da validade de atos jurídicos.

2. *As bases do estado de direito na Constituição brasileira*

Filiando-se à tradição do constitucionalismo ocidental, o Brasil define-se como estado de direito, aliás, um «estado democrático de direito», e adota um sistema constitucional compatível com essa opção fundamental¹.

O Brasil acumula, em seu sistema constitucional, os três sentidos do constitucionalismo (*lato, stricto e strictissimo sensu*²): (i) ter uma constituição como modo de impedir o despotismo; (ii) uma constituição que se funde sobre certos princípios voltados a se garantir a liberdade política, em especial: a separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, o governo representativo e o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; (iii) e a imprescindibilidade deste último (isto é, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis).

Trata-se, em essência, de um sistema baseado na legalidade, tanto em seu sentido formal como em seu sentido material.

O princípio da legalidade, em seu sentido formal – lei enquanto ato de vontade atribuível aos seus próprios destinatários, manifestando-se, no caso brasileiro, por meio de seus representantes³ –, está previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição⁴, sendo reforçado, no tocante à administração pública, pelo *caput* do artigo 37.

¹ Não é o caso, dada a dimensão deste ensaio, de desenvolver aspectos da história constitucional brasileira, (vide, entre outros, J. Afonso da Silva, *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011), mas pode-se sinteticamente admitir que o Brasil viveu, desde sua independência, a alternância entre regimes de respeito às liberdades e regimes autoritários. Contudo, nunca abriu mão, em suas Constituições, da afirmação do princípio da legalidade, mesmo que, em alguns momentos históricos, isso implicasse a caracterização de sua Constituição como meramente semântica (para empregar a clássica formulação de Loewenstein). De todo modo, desde a vigência da atual Constituição, de 1988, a vida institucional brasileira tem dado mostras de progressivo amadurecimento institucional, testemunhando o mais longo período de normalidade democrática, com real rotatividade política no governo e o regular funcionamento dos poderes constituídos, havendo até mesmo superado, sem rupturas institucionais, dois processos de *impeachment* de presidentes da república.

² M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, 203-204.

³ Elaborada segundo o rito do processo legislativo (art. 58 e seguintes), o que implica o papel central do Poder Legislativo, ainda que com a participação substancial do Poder Executivo, e mesmo certos casos de iniciativa legislativa do Poder Judiciário.

⁴ «Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei».

Ao lado da legalidade formal, a Constituição brasileira também acolhe o sentido material da legalidade – lei enquanto ato tendencialmente geral e abstrato, visando a tratar isonomicamente os destinatários – ao afirmar no *caput* do artigo 5º a igualdade de todos perante a lei.

Em suma, numa síntese⁵ dos dois sentidos da legalidade, o sistema constitucional brasileiro exige que toda medida individual e concreta a ser adotada pelos poderes estatais fundamente-se em norma legal anterior, de índole geral e abstrata, cujo conteúdo é permanentemente passível de controle de constitucionalidade.

No contexto da pandemia de COVID-19, o Brasil rapidamente adotou um arcabouço legislativo que parece bastante sólido para amparar as medidas que diversas autoridades administrativas da Federação estão incumbidas de implementar.

A principal norma desse sistema de enfrentamento da crise é a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, de âmbito federal, a qual “dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

As medidas que as autoridades administrativas podem tomar por força dessa Lei estão arroladas em seu artigo 3º: «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; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde».

Uma falha, em termos de legalidade, que se pode observar na formulação do citado artigo 3º está em seu *caput* referir-se a autoridades poderem adotar as medidas ali indicadas, «dentre outras». Ora o «dentre outras» jamais poderá ser interpretado de modo a permitir que autoridades administrativas criem outras medidas restritivas de direitos sem prévia base em lei – quer dizer, sem prévia referência a conteúdo obrigacional fixado pela Lei, não bastando para tanto uma delegação legal em branco de competência para a administração. No entanto, na

⁵ Aqui inspirada nas lições de L. Duguit, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, 2000 (edição facsimilar de Paris: E. de Bocard, 1926), 275.

prática, o que se tem notado é o respeito, por parte das autoridades administrativas, aos parâmetros de conteúdo efetivamente fixados pela Lei.

Ao lado dessa Lei de legitimação das medidas de polícia administrativa em defesa da saúde pública, outra norma geral relevante para dar corpo a um sistema de legalidade⁶, pondo em prática as regras de exceção compatíveis com o próprio sistema constitucional, é o Decreto Legislativo⁷ n. 6, de 20 de março de 2020, que «reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública» – o que configura formalidade necessária para que sejam flexibilizadas certas regras de «responsabilidade fiscal» (ou seja, certas regras de limites de gastos públicos), nos termos do artigo 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Essas breves considerações têm o objetivo de constatar o respeito aos fundamentos do estado de direito no Brasil durante o enfrentamento da pandemia, destacando a maturidade institucional do País⁸.

No entanto, aproveita-se o ensejo para, dialogando com Fabrizio Fracchia, ressaltar um retorno de atenção à noção de sobenania estatal. Num momento de crise de abrangência global, de fato, a sociedade brasileira encontrou respostas nas decisões estatais soberanas e nas instituições nacionais⁹.

É certo – para acrescentar um aspecto de direito internacional – que a citada Lei n. 13.979/20 (artigo 2º, parágrafo único) também acolhe expressamente conceitos adotados pelo Regulamento Sanitário Internacional. Todavia, as regras do Regulamento estão devidamente internalizadas no direito brasileiro (Decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020).

⁶ Não se pretende mencionar neste ensaio medidas legislativas de alcance mais pontual (p. ex.: flexibilização do regime trabalhista, para ao mesmo tempo amparar empresas em crise e preservar empregos; contenção de gastos públicos; autorizações orçamentárias extraordinárias; suspensão de certas exigências fiscais às empresas privadas), as quais, para eventual aprofundamento, podem ser consultadas em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>, no tópico especial para “legislação COVID-19”.

⁷ Cuida-se de espécie normativa de competência exclusiva do Congresso Nacional.

⁸ Ainda que o intuito deste ensaio seja ater-se a considerações próprias da ciência do direito, não se pode deixar de registrar *en passant* críticas quanto à postura do Presidente da República e de certas autoridades do governo federal, ao negar a gravidade da pandemia e ao desprezitar pessoalmente as normas de cautela impostas pelo sistema legalmente estabelecido. Nesse contexto, tem-se evidenciado, no plano político e jurídico, o protagonismo de autoridades dos Poderes Executivos dos Estados e dos Municípios nesta crise sanitária, como será visto no tópico seguinte.

⁹ Como dito por F. Fracchia no ensaio de início referido: «La risposta più immediata è stata netta ed evidente, dimostrando la perdurante necessità che lo Stato sia stabilmente organizzato (o, almeno, celermente si organizzi) per fronteggiare le minacce esterne e interne, apprestando strutture e disegnando catene di comando che riflettono valori e principi spesso trascurati negli ultimi decenni dalle società occidentali, (fortunatamente e giustamente, ma forse troppo sbrigativamente solo) caratterizzate dalla proliferazione di diritti e libertà».

3. A competência dos ordenamentos jurídicos parciais da federação

Uma particularidade do caso brasileiro, a reforçar a ideia de que, na situação de crise atualmente vivida, a sociedade socorre-se das soluções inerentes à soberania nacional, é a sua estrutura federativa.

Invocando a “soberania nacional”, subscree-se neste ensaio a afirmação de Fabrizio Fracchia de que essa referência não tem nenhuma identidade ideológica com «*banale populismo, nazionalismo o generico sovranismo*».

Pelo contrário, é o reconhecimento da opção de uma sociedade livremente organizada por, preservando elementos próprios de sua identidade cultural e civilizacional, relacionar-se em situação jurídica igual com as demais sociedades, em um contexto de cada vez maior circulação de pessoas, de bens, de valores, de informações e de ideias.

É ainda a percepção de que corpos intermediários entre o indivíduo e o todo são garantias contra o totalitarismo. A noção de “todo”, nesse argumento, comporta uma compreensão relativa. No seu grau máximo pode-se supor o “todo” como sendo o globo. Um estado global propiciaria o contraste máximo nessa dicotomia entre o indivíduo e o todo.

Transpondo essa ideia para o plano nacional, a estruturação federativa – a qual não se está a prescrever como adequada para qualquer contexto, senão respeitando a história de cada país – é ao mesmo tempo potencialmente geradora de limites ao poder estatal sobre o indivíduo e reforçadora da eficácia do poder jurídico nacional, enraizando-o pelos ordenamentos jurídicos regionais e locais.

Em essência, a opção federativa permite justamente a convivência da diversidade na unidade; isso tanto em termos políticos e culturais como em termos jurídicos, levando a que, na expressão de Kelsen, convivam num mesmo ordenamento jurídico soberano diversos ordenamentos jurídicos parciais autônomos.

No caso brasileiro, a Constituição delineou, de modo inovador¹⁰, uma federação de três níveis de entes autônomos: a União, os Estados e os Municípios¹¹, todos integrantes da República Federativa do Brasil (art. 18).

A União, os Estados e os Municípios, no âmbito de sua autonomia, possuem tanto competências legislativas¹² como competências para a execução de ações administrativas, competências essas que (segundo os critérios traçados pela

¹⁰ Nem por isso menos criticável. Permita-se a referência a F. Menezes de Almeida, *Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira*, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 68, jul.-set/2009.

¹¹ Havendo ainda o Distrito Federal, sede da Capital do País, que acumula competências de Estado e Município.

¹² No Brasil, há também leis, em sentido formal, estaduais e municipais.

Constituição, artigos 21 a 25 e 30) podem ser privativas ou concorrentes, para as distintas matérias.

É bastante complexo, para não dizer impreciso, o critério pelo qual a Constituição invoca “matérias” para a repartição de competências: ora ramos do direito (p. ex.: direito civil), ora institutos jurídicos (p. ex.: desapropriação), ora elementos do mundo natural (p. ex.: florestas), ora recortes de abrangência territorial (p. ex.: assuntos de interesse local), gerando inevitáveis sobreposições a implicar soluções jurisprudenciais casuísticas.

No entanto, não tem sido objeto de divergências a compreensão de que legislar sobre «proteção e defesa da saúde» é matéria de competência concorrente da União e dos Estados (art. 24, XII), cabendo ainda aos Municípios «suplementar a legislação federal e a estadual no que couber» (ou seja, no âmbito do interesse local – art. 30, II). Em se tratando de competências concorrentes, cabe à União estabelecer normas gerais válidas em todo o território nacional, normas essas passíveis de suplementação por legislação estadual (no nível de normas específicas) e por legislação municipal (no que diz respeito ao interesse local).

A Lei n. 13.979/20, portanto, sendo lei de normas gerais, deve ser – e efetivamente vem sendo – diretamente aplicada também por Estados e Municípios, independentemente de legislação própria desses outros níveis federativos.

E é pacificamente aceito que União, Estados e Municípios têm em comum competências para executar ações administrativas em relação ao cuidado com a saúde pública (artigo 23, II).

Isso significa que Estados e Municípios podem (além de legislar sobre a matéria) editar atos administrativos normativos regulamentando diretamente a Lei (federal) n. 13.979/20, ou mesmo praticar atos concretos de administração implementando medidas de saúde pública.

No caso concreto do Brasil, em face da pandemia de COVID-19, verifica-se que as ações administrativas mais efetivas no combate à pandemia vêm sendo praticadas por governos estaduais ou municipais.

Exemplificando com o caso do Estado de São Paulo e com o caso de sua Capital (Município de São Paulo), foram editados decretos pelo Governador do Estado e pelo Prefeito Municipal, adotando a quarentena para suspender o atendimento presencial em estabelecimentos privados comerciais e de prestação de serviços, bem como suspendendo o funcionamento de diversos estabelecimentos públicos (com exceções, naturalmente).

Ainda trabalhando com os mesmos exemplos, os governos do Estado e do Município de São Paulo cuidaram de evitar, ao menos por ora, a imposição da proibição de circulação das pessoas em vias públicas, valendo-se para tanto de técnicas de *soft law*, entretanto revestidas da forma de *hard law*.

Com efeito, consta de normas regulamentares desses entes federativos «recomendação» para que «a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais»¹³, ou «recomendação» de «horário de funcionamento das atividades industriais, comerciais e de serviços» que necessitem permanecer abertos, para evitar acúmulo de pessoas circulando em horários de pico¹⁴ – recomendações essas desprovidas de sanção jurídica.

Esses comandos morais – as recomendações de não circulação de pessoas – têm obtido significativa adesão por parte da população, o que tem sido suficiente, na avaliação das autoridades, para administrar a curva de contaminação dos indivíduos e de ocupação dos leitos de terapia intensiva na rede hospitalar¹⁵.

4. *A autocontenção do Supremo Tribunal Federal em tempos de crise*

Um fenômeno típico da dinâmica atual do sistema constitucional brasileiro, comum aos direitos da tradição ocidental, é a constitucionalização do direito.

Por força desse fenômeno – sumariando-se aqui a análise proposta por Riccardo Guastini¹⁶ – «*un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante*», acarretando como principais consequências: (i) que a legislação deixe de ser considerada atividade livre em seus fins, para ser tida como atividade discricionária (quanto à escolha de meios) condicionada a fazer atuar fins pré-estabelecidos pela constituição; (ii) que os juízes tenham poderes e deveres de aplicar não somente as leis, mas antes a constituição; seja uma aplicação direta da constituição, tida como norma vinculante, seja uma aplicação das leis em uma interpretação que sempre as adere à constituição; (iii) que as relações privadas também sejam condicionadas pela constituição; (iv) que até a doutrina veja-se pautada pela constituição, nela buscando o fundamento axiológico das leis e tendendo a expor o conteúdo normativo como um mero desenvolvimento de princípios constitucionais.

Observa-se, pois, uma tendência expansiva do controle jurisdicional no contexto de constitucionalização do direito, não apenas no tocante à ação administrativa, mas também no que diz respeito às próprias leis em abstrato. Nas pala-

¹³ Exemplo extraído do Decreto (estadual paulista) n. 64.881/20, art. 4º.

¹⁴ Exemplo extraído do Decreto (municipal paulistano) n. 59.349/20.

¹⁵ Uma questão que certamente a justiça e a administração brasileiras terão ainda de enfrentar será sobre a responsabilidade civil do estado, extracontratual e contratual, por essas medidas, discussão que também comportará um aspecto federativo.

¹⁶ R. Guastini. *La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali* (coord. Tecla Mazzarese), Torino, 2002, 148-155.

vras de Rainer Wahl¹⁷ – referindo-se ao direito alemão, mas sustentando uma ideia perfeitamente válida para o caso brasileiro –: «*Pour l'administration, la loi n'est plus 'prête à l'emploi', le point de départ insusceptible d'être mis en doute de son action; les lois doivent constamment être vérifiées quant à leur constitutionnalité, de la même manière que toute application au cas d'espèce est soumise aux critères et au contrôle de constitutionnalité*».

No Brasil, especialmente desde a Constituição de 1988, essa tendência de constitucionalização do direito não apenas se faz presente, como ainda é reforçada por características próprias do sistema constitucional ensejadoras da judicialização da política¹⁸, levando a que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, adote posturas que, em tempos anteriores, seriam consideradas transbordantes de seus «limiti esterni» – para acompanhar a sistematização da matéria apresentada por Elio Casetta¹⁹ – «*nel senso che al di là di essi non sussiste nessun giudice dell'ordinamento che abbia appunto giurisdizione*».

Paralelamente, o reflexo, sobre a dinâmica federativa, desse fenômeno de expansão da Constituição, cujo conteúdo passa a ser a pauta de aplicação direta dos comandos normativos aos casos concretos, é uma tendência de centralização do direito em um padrão nacional, suprimindo-se, na prática, substancial parcela da autonomia normativa dos Estados e Municípios²⁰.

Todavia, o que se tem observado no atual momento de crise sanitária, notadamente por parte do Supremo Tribunal Federal²¹, é um movimento de autocontenção, tendente a prestigiar a validade das decisões legislativas e administrativas, e mesmo tendente a permitir que Estados e Municípios exerçam com mais margem sua autonomia.

Citem-se alguns exemplos²²:

¹⁷ R. Wahl, *Aux origines du droit public allemand contemporain*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n. 3, mai/jun, Paris, 2007, 820.

¹⁸ Fenômeno analisado pioneiramente no Brasil por M. Gonçalves Ferreira Fº, *Judicialização da política e politização da justiça*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, out./dez. 1994. Um desdobramento relevante da questão, em dias atuais, é discutido sob a referência ao ativismo judicial – ver E. da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* (2ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹ E. Casetta, *Compendio di diritto amministrativo* (19ª ed., a cura di Fabrizio Fracchia), Milano, 2019, 467.

²⁰ A experiência histórica da Federação brasileira é centralizadora, em detrimento da autonomia de Estados e Municípios, numa postura no mais das vezes confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

²¹ À mesma conclusão não se chega quanto aos juízes em geral. É certo que não se pode generalizar – e até mesmo pode-se supor que não seja o comportamento da maioria –, porém, na primeira instância da jurisdição, encontram-se muitas decisões que frontalmente extrapolam os limites do controle jurisdicional, sendo, no mais das vezes, reformadas pelos tribunais.

²² Com a ressalva de que várias dessas decisões são ainda medidas liminares, por vezes tomadas monocraticamente pelo Ministro relator do processo, ou pelo Presidente do Tribunal, devendo futuramente ser confirmadas pelos demais Ministros. No entanto, um dos casos citados – justamente o que envolve a constitucionalidade da principal lei sobre a pandemia: Lei n. 13.979/20 – já obteve decisão (mesmo que cautelar) do Plenário (ou seja, de todos os Ministros), permitindo-se concluir qual será a postura definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

- Decidindo liminarmente, em «medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade»²³ tendo por objeto a Medida Provisória²⁴ n. 963/20, a qual alterara regras da legislação trabalhista, o Ministro Relator afirmou textualmente em suas razões de decidir que, sem abrir mão de sua função de exercer o controle de constitucionalidade, «o Poder Judiciário, como um todo, e Supremo Tribunal Federal, em particular, precisa agir com extrema cautela diante das graves proporções assumidas pela pandemia da Covid-19» e que «cumpre à Suprema Corte enfrentar a questão sob exame com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque».
- Julgando uma «arguição de descumprimento de preceito fundamental»²⁵, pela qual se pretendia que o Tribunal obrigasse a administração pública a tomar medidas visando à utilização dos leitos de unidades de tratamento intensivo de hospitais privados durante a pandemia de COVID-19, o Ministro Relator não conheceu a ação (ou seja, entendeu-a de plano processualmente incabível), afirmando que a ação em questão: “não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19”.
- Apreciando a «medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade»²⁶, tendo por objeto diversos dispositivos da própria Lei n. 13.979/20, o Tribunal considerou-os constitucionais, validando a opção do legislador. Nesse julgamento, o Tribunal cuidou ainda de aspectos federativos, afirmando a competência legislativa concorrente dos entes federativos sobre a matéria de proteção à saúde e afirmando que a competência administrativa comum a todos eles permite que o Presidente da República defina por decreto os serviços públicos e atividades essenciais que devam continuar em funcionamento, resguardando-se, porém, a autonomia dos entes locais.
- No julgamento, ainda liminar, de uma «arguição de descumprimento de preceito fundamental»²⁷, pela qual se pretendia que o Tribunal obrigasse o Presidente da República a tomar certas atitudes no âmbito de sua competência e se abstivesse de comportamentos em desacordo com orientações das

²³ ADI-MC n. 6.363, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 6.4.2020.

²⁴ Medidas provisórias são atos com força de lei e vigência imediata, editados pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, sujeitos à posterior aprovação pelo Congresso Nacional, aprovação essa que provoca a conversão da medida provisória em lei, tornando seus efeitos permanentes.

²⁵ ADPF n. 671, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 3.4.2020.

²⁶ ADI-MC n. 6.341, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 15.4.2020.

²⁷ ADPF n. 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgamento em 8.4.2020.

autoridades sanitárias, o Ministro Relator considerou incabível, que o Poder Judiciário determinasse ao Presidente da República a tomada de medidas administrativas específicas – «Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais» – resguardando, no entanto, a competência do Tribunal para a «verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas». Ao mesmo tempo, o Ministro Relator decidiu que: «não compete ao Poder Executivo federal afastar²⁸, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo *Imperial College of London*, a partir de modelos matemáticos (*The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression*, vários autores; *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID 19 mortality and healthcare demand*, vários autores)».

Aproveito, aliás, a parte final da citação deste último caso, em que o Tribunal invoca artigos científicos como fundamento da decisão, para passar ao tópico final deste ensaio.

5. O destaque para a ciência como fundamento da decisão jurídica

Para encerrar o presente ensaio, vale chamar atenção para a valorização que tem sido dada ao conhecimento científico no momento da crise sanitária.

Um aspecto notório dessa questão – que não parece necessário aqui desenvolver – é a evidente dependência da sociedade em relação à ciência para que se encontrem soluções para a pandemia, em termos de diagnóstico, tratamento e prevenção da COVID-19.

²⁸ Houve um momento em que o Presidente da República verbalizou na imprensa sua intenção de tentar impedir, por meio de atos normativos federais, que governadores de Estados e prefeitos de Municípios adotassem, por atos próprios, medidas administrativas de isolamento social.

Entretanto, um outro aspecto merece ser ressaltado em uma análise de direito: o papel do conhecimento científico como fundamento de validade de decisões jurídicas.

O Poder Legislativo federal (por meio da Lei n. 13.979/20), assim como diversas autoridades estaduais e municipais (por meio de atos normativos que vêm editando)²⁹, consagraram o argumento baseado em conhecimento científico como parâmetro de controle de legalidade.

Com efeito, está previsto no § 1º do artigo 3º da Lei n. 13.979/20: «As medidas previstas neste artigo³⁰ somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública».

Ora, por força desse dispositivo, as autoridades administrativas que aplicam a Lei têm o dever de motivar suas decisões com base em argumentos científicos, o que legitima um controle judicial de legalidade com fundamento na ciência.

O que se tem constatado na prática – novamente invocando a experiência pessoal vivida no Estado de São Paulo – tem sido a tomada de decisões administrativas com fundamento em manifestações de comitês técnico-científicos.

E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vem se afirmando no mesmo sentido. Verifiquem-se mais exemplos:

- Em caso³¹ no qual o Presidente do Supremo Tribunal Federal teve de apreciar pedido de «suspensão de segurança»³², reconhecendo a invalidade de um ato municipal (do Município de Teresina) que proibia o funcionamento da planta industrial de certo fabricante de bebidas, sua decisão foi assim fundamentada: «Fácil constatar, assim, que referido decreto carece de fundamentação técnica, não podendo a simples existência da pandemia que ora assola o mundo, servir de justificativa, para tanto. Não é demais ressaltar que a gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todos as suas esferas de atuação, mas sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados».

²⁹ Em que pese o desprezo que certas autoridades públicas no Brasil – em especial no âmbito do governo federal – manifestam pela ciência, numa atitude que faz atualíssima a análise de Ortega y Gasset quanto ao fenômeno da “rebelião das massas” e da aversão do “homem-massa” à ciência.

³⁰ Já transcritas no tópico 2 deste ensaio.

³¹ SS n. 5.362, Min. Dias Toffoli (Presidente), julgamento em 7.3.2020.

³² Trata-se de expediente processual pelo qual, em situações excepcionais, o Presidente do Tribunal pode, em caso de «potencialidade de ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas», suspender decisões liminares dadas por outros órgãos judiciais numa ação específica dita «mandado de segurança», que é uma ação voltada para combater ilegalidade e abuso de poder de autoridades administrativas.

- Em outros casos de «suspensão de tutela provisória»³³, o Presidente do Supremo Tribunal Federal igualmente fundamentou sua decisão sobre validade de ato de autoridade administrativa em critérios técnico-científicos. Eram casos nos quais se discutiam atos normativos estaduais (do Estado do Maranhão e do Estado da Bahia) que autorizavam agentes sanitários a atuar nos aeroportos estaduais aferindo temperatura de passageiros oriundos de locais atingidos pela COVID-19. A decisão do Tribunal³⁴ afastou a validade dos referidos atos normativos, baseando-se em manifestações técnicas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária: «Entretanto, a gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todas as suas esferas de atuação, sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados. A proposição do requerente foi objeto de contestação, pela ANVISA, órgão técnico, sob o fundamento de que, além da ineficácia ou imprecisão da medida para identificação de pessoas contaminadas, sua execução nas áreas de acesso restrito de aeroportos tem o potencial de gerar aglomeração de pessoas».

Dos exemplos relatados no tópico anterior deste ensaio, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade de atos de maior repercussão – tais como a Lei n. 13.979/20, ou atos normativos estaduais que aplicam as regras de isolamento social –, tem chegado a conclusões que valorizam a opção do legislador e do administrador público, ao mesmo tempo sendo conclusões favoráveis às medidas de proteção à saúde.

No entanto, poder-se-ia especular se o Tribunal teria a mesma deferência com a opção política legislativa ou administrativa caso se tratasse de medidas com o sentido inverso: favoráveis à não restrição de atividades e, portanto, supostamente trazendo riscos à saúde pública.

Ora, os exemplos estudados neste último tópico justamente mostram o Tribunal censurando medidas que aparentemente seriam mais favoráveis à proteção à saúde.

Pode-se supor, portanto, que a autocontenção do Supremo Tribunal Federal foi efetiva, no sentido de não interferir no mérito de decisões legislativas e administrativas compatíveis com a Constituição – e não meramente uma coincidência, na medida em que tais decisões legislativas e administrativas casualmente visassem aos mesmos objetivos que hipoteticamente o Tribunal considerasse desejáveis.

³³ Uma providência processual similar à do exemplo acima referido.

³⁴ STP n. 173, Min. Dias Toffoli (Presidente), julgamento em 10.4.2020. O mesmo argumento consta da STP n. 172, Min. Dias Toffoli (Presidente), julgamento em 8.4.2020.

E o parâmetro dessa autocontenção do Tribunal – preservado o sempre necessário juízo de não contrariedade às normas constitucionais – foi justamente o fundamento técnico-científico das normas jurídicas submetidas ao controle de constitucionalidade.

É uma satisfação especial poder constatar esse fenômeno de valorização da ciência pelo direito, particularmente no âmbito de reflexões produzidas a partir de uma perspectiva acadêmica – e simbolicamente no ambiente da Universidade de São Paulo, cuja divisa é *scientia vincet*.

Fernando Menezes de Almeida - Abstract

Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro

Il contributo analizza gli effetti dell'emergenza sanitaria nella Repubblica Federale del Brasile dal punto di vista del diritto costituzionale e amministrativo.

Reflections on COVID-19 pandemic in the context of the Brazilian legal system

The article examines the impact of the sanitary emergency in the Federal Republic of Brazil under a constitutional and administrative perspective.