

Decretação de *lockdown* pela via judicial: medida (des)necessária?

Lockdown by court order:
an (un)necessary measure?

Decreto de cierre por medios judiciales:
¿medida (no) necesaria?

Sandra Mara Campos Alves ¹
Edith Maria Barbosa Ramos ²
Maria Célia Delduque ¹

doi: 10.1590/0102-311X00116020

A definição constitucional de saúde como um direito social coloca o Estado brasileiro na posição de garantidor deste bem jurídico. O sistema federalista adotado na *Constituição Federal* de 1988 estabelece que a União, os estados e os municípios têm competência comum para cuidar da saúde, e competência concorrente para legislar sobre o tema. Tal repartição de competência é baseada, especialmente, no modelo de descentralização das ações e serviços públicos de saúde e nas disparidades regionais presentes no território brasileiro.

No enfrentamento a COVID-19, essa heterogeneidade foi intensificada, possibilitando que as Unidades Federativas adotassem diferentes medidas restritivas de direitos e liberdades públicas, a depender do avanço da doença na respectiva área geográfica.

O espectro da autonomia desses entes foi recentemente reafirmado e verticalizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341/2020 ¹, reforçando o papel das autoridades sanitárias e gestores públicos locais na adoção de providências normativas e administrativas contra a COVID-19.

Cada poder político cumpre o seu papel. Desde a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional pelo Ministério da Saúde ², intensa produção normativa vem sendo realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo federais (Portal da Legislação. Legislação COVID-19. <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19>, acessado em 16/Mai/2020) versando não apenas sobre saúde, mas alcançando temas econômicos e tributários, de seguridade social, prestação de serviços, e direitos e garantias individuais, dentre outros. De modo semelhante, estados e municípios também contribuem com a constituição de um novo arcabouço jurídico.

A colisão entre direitos fundamentais, o exercício das liberdades públicas e o respeito às normas restritivas e de confinamento, com o intuito de desenhar limites entre a construção de normas administrativas, jurisprudências de proteção e garantia do acesso à saúde e a possibilidade do exercício da autonomia da vontade dos indivíduos são objeto de análise na academia ³.

Nesse contexto é que se observa a primeira decretação de *lockdown* no Brasil, nos municípios de São Luís, São José de Ribamar, Paço do Lumiar e Raposa, todos localizados no Estado do Maranhão, por força de decisão judicial anunciada em 30 de abril de 2020, em sede de ação judicial interposta pelo Ministério Público local, que apontou como fundamentos ⁴: ocupação total dos leitos de unidade de terapia intensiva (UTI) dedicados exclusivamente a COVID-19 da rede pública estadual; falta de transparência destas mesmas informações nas redes públicas das cidades citadas; previsão no *Boletim*

¹ Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, Brasil.

² Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Brasil.

Correspondência

S. M. C. Alves
SQN 111, bloco F,
apto. 208, Asa Norte,
Brasília, DF 70754-060,
Brasil.
smcalves@gmail.com



Epidemiológico do Ministério da Saúde do *lockdown* como medida não farmacológica e a necessidade de assegurar a saúde coletiva conforme determinação legal.

Trata-se de medida extrema de isolamento social e que deve ser aplicada quando medidas outras não podem ser implantadas ou mostraram-se insuficientes para contenção da doença, podendo levar ao colapso do sistema de saúde ⁵.

A decisão, inédita no país, determina que o governo do Estado do Maranhão aplique o *lockdown*, por meio da adoção de decreto em que constem as seguintes medidas: (i) suspensão de atividades não essenciais para manutenção da vida e da saúde; (ii) limitação de reuniões em espaços públicos; (iii) vedação da circulação livre de veículos particulares, identificando expressamente as exceções; (iv) regulamentação do funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais; (v) adoção de medidas de orientação e sanção administrativas, fiscalização efetiva e responsabilização administrativa, penal e civil, quando couber e; (vi) demonstração da estruturação adequada dos serviços de atenção à saúde para atendimento da COVID-19 ⁴. Aos municípios referidos, foi ordenado que se abstenham de legislar de forma contrária à medida extrema de isolamento estabelecida pelo Governo Estadual ⁴.

Embora se reconheça a urgência sanitária desencadeada pela pandemia da COVID-19, deve-se ressaltar que as políticas sanitárias são de responsabilidades do Poder Executivo, tendo em vista que as ações em saúde dependem de um feixe de informações que envolvem diferentes áreas do conhecimento e da realidade sociocultural da região a ser afetada pelo efeito das decisões tomadas.

Diante disso, o Poder Executivo, como fonte de legitimidade popular, submetido à responsabilidade política e administrativa em razão de suas ações, representa o mais adequado locus de atuação em políticas sanitárias, tendo em vista que as consequências de suas opções estão submetidas a constante fiscalização da oposição, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, do Ministério Público, dos cidadãos e, em última instância, do próprio Poder Judiciário.

No caso do Poder Público maranhense, a instituição do Comitê Estadual de Prevenção e Combate a COVID-19 ⁶ foi a medida inaugural, decorrendo outras visando ao combate à epidemia ⁷.

A medida adotada pelo Poder Judiciário maranhense de primeiro grau abre caminho para a discussão acerca do ativo papel desempenhado pelo Poder Judiciário na última década, na vida institucional brasileira. E, no enfrentamento deste período pandêmico não está diferente. Verifica-se a centralidade do Poder Judiciário, seja do STF, seja dos diferentes órgãos do Poder Judiciário em suas mais diversas instâncias e especialidades.

Contudo, esse fenômeno não é peculiaridade do Estado brasileiro. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, verificou-se na maior parte dos países ocidentais um avanço do Poder Judiciário sobre o espaço da política majoritária, realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo, tendo por combustível o voto popular ⁸.

Deve-se destacar *leading case* em países como Canadá (testes com mísseis), Estados Unidos (eleição presidencial de 2000), Israel (construção de um muro na fronteira com o território palestino), Turquia (preservação de um Estado laico), Hungria e Argentina (planos econômicos) e Coreia do Sul (restituição de mandato de presidente destituído por *impeachment*) ⁹.

O Poder Judiciário, portanto, tem se destacado em quadras históricas como protagonista de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implantação de políticas públicas, escolhas morais em temas controvertidos e, principalmente, escolhas trágicas no âmbito da saúde. O caso brasileiro é especial pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à *Constituição Federal*, à realidade política e, nestes últimos meses ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, alçaram o Poder Judiciário às manchetes de jornais, além de espaço em programas de rádio e televisão e nas redes sociais.

Esses casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, e conduzem a uma transferência de poder político para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Tais fatos podem ser interpretados, com base na Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann ¹⁰, como uma irritação entre os sistemas da justiça e da política, fazendo com que os sistemas operem fora da lógica de seu código binário estrutural. Portanto, é fundamental diferenciar, nessa perspectiva, a judicialização do ativismo judicial.

Para Barroso ¹¹, a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre

do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Permite, portanto, um acoplamento estrutural entre os diferentes sistemas, por meio da *Constituição Federal*, de modo a oferecer respostas ao corpo social, quando demandado ¹⁰.

Já o ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a *Constituição Federal*, expandindo o seu sentido e alcance ¹². Normalmente se instala em situações de retração dos Poderes Legislativo e Executivo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, ou em ações que possam retirar a responsabilidade das instâncias majoritárias, na medida em que estas últimas dependem de constante legitimidade popular, enquanto o Poder Judiciário além de não ter fundamento popular, coloca-se em posição equidistante de disputas políticas ¹³ embora deva-se reconhecer que, não raro, o Poder Judiciário é utilizado com instância política para beneficiar e/ou obstaculizar determinadas ações governamentais.

Em outras palavras, o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, notadamente com a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas. Nesses casos, pode-se estar diante do que Luhmann nominou de corrupção dos sistemas, dada a invasão do ambiente do sistema da política por outros códigos e sistemas de comunicação que não lhe são próprios ¹⁰.

A decisão concessiva da tutela de urgência que decretou *lockdown* no Maranhão foi tomada, tendo como fundamentos, o reconhecimento constitucional da saúde como um direito fundamental social e que impõe ao poder público o dever de desempenhar ações que proporcionem a efetividade de tal direito; o *lockdown* como medida recomendada quando o distanciamento social não se mostre eficaz; e o não reconhecimento do caráter absoluto dos direitos e garantias individuais ⁴.

Impôs, aos entes demandados, uma série de obrigações que não se sabia se seriam possíveis de serem organizadas e suportadas, naquele curto espaço de tempo, pelos agentes políticos responsáveis. A implantação de medidas de bloqueio total exige articulação com outras áreas do governo, como a segurança pública, proteção social, comunicação etc., de modo a projetar um conjunto de medidas capazes de conferir uma retaguarda adequada de apoio econômico e social à população submetida ¹⁴, além da eficácia em si do *lockdown*, atribuindo um aspecto de hipercomplexidade para sua adoção e que talvez o Poder Judiciário não possa avaliar adequadamente de modo liminar.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes ¹¹. Por essa linha, juízes e tribunais, além de outras medidas, abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas, como observa-se na decisão judicial proferida pela Justiça Estadual de Pernambuco em 7 de maio de 2020 que indeferiu medida similar de bloqueio total a ser implantada na referida localidade, também solicitada pelo Ministério Público local. Aduziu que as medidas realizadas não estavam sendo capazes de reduzir ou nivelar a curva de contágio ¹⁵.

Em sua decisão, o magistrado entendeu não caber ao Poder Judiciário “...a definição das prioridades, a serem adotadas de acordo com critérios pretensamente técnicos, pelos poderes constituídos para o desempenho de tais funções, evitando-se que o poder judiciário extrapole o limite de sua atuação constitucional, para abarcar aspecto decisório pautado por conteúdo político...” ¹⁵, trazendo como fundamento jurídico a própria *Constituição Federal* e sua cláusula pétrea de separação dos Poderes. Deixou, ao encargo da autoridade política, a tomada de decisão.

Sem medo de exagerar, percebe-se que o Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista, postura que tem provocado situações inusitadas e complexas e que ultrapassam as linhas próprias das competências desenhadas na *Constituição Federal* para os entes federativos. De forma mais grave, a decretação de *lockdown* pela via judicial retira a responsabilidade do Poder Executivo na condução das políticas públicas de enfrentamento à pandemia, e permite que ações arbitrárias e desarrazoadas possam ser efetivadas sem que haja o crivo dos órgãos fiscalizadores, tendo em vista que o órgão que deveria ser a última instância tornou-se o agente determinante da ação política.

Não se trata, portanto, de fechar-se hermeticamente evitando a comunicação entre os sistemas da política e da justiça, especialmente por se tratar de emergência sanitária, e sim de preservar a autonomia constitucional dos entes da federação e a observância da repartição de Poderes.

Colaboradores

Todas as autoras conceberam a ideia original, escreveram e revisaram o manuscrito.

Informações adicionais

ORCID: Sandra Mara Campos Alves (0000-0001-6171-4558); Edith Maria Barbosa Ramos (0000-0001-6064-1879); Maria Célia Delduque (0000-0002-5351-3534).

Referências

- Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6341. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765> (acessado em 05/Mai/2020).
- Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União 2020; 4 fev.
- Ventura DFL, Aith FMA, Rached DH. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena no Brasil”. *Revista Direito e Práxis* 2020; [Ahead of print]. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>.
- Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Ação Civil Pública – processo nº 0813507-41.2020.8.10.0001. <https://pje.tjma.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam> (acessado em 02/Mai/2020).
- Carvalho MS, Lima LD, Coeli CM. Ciência em tempos de pandemia. *Cad Saúde Pública* 2020; 36:e00055520.
- Maranhão. Decreto nº 35.660, de 16 de março de 2020. Dispõe sobre os procedimentos e regras para fins da prevenção da transmissão da COVID-19, institui o Comitê Estadual de Prevenção e Combate à COVID-19 e dá outras providências. Diário Oficial do Maranhão 2020; 16 mar.
- Maranhão. Coronavírus no Maranhão. <http://www.saude.ma.gov.br/> (acessado em 17/Mai/2020).
- Tate CN, Vallinder T. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: Tate CN, Vallinder T, editores. *The global expansion of judicial power*. New York/London: New York University Press; 1995. p. 1-10.
- Hirschl R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo* 2009; 251:139-78.
- Luhmann N. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes; 2011.
- Barroso LR. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN)THESIS 2012; 5:23-32.
- Ramos ES. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva; 2010.
- Vieira OV. *Supremocracia*. *Revista Direito GV* 2008; 4:441-63.
- Fundação Oswaldo Cruz. Posicionamento da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) – 06/05/2020. A evolução da Covid-19 no Estado do Rio de Janeiro: desafios no enfrentamento da crise sanitária e humanitária relacionada à pandemia. https://agencia.fiocruz.br/sites/agencia.fiocruz.br/files/u91/relatorio_distanciamento_social.pdf (acessado em 06/Mai/2020).
- Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ação Civil Pública – processo nº 0021639-42.2020.8.17.2001. <https://pje.tjpe.jus.br/1g/ConsultaPublica/listView.seam> (acessado em 07/Mai/2020).

Recebido em 07/Mai/2020

Versão final reapresentada em 19/Mai/2020

Aprovado em 02/Jun/2020