

# TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY, PANDEMIA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO LOCKDOWN: ANÁLISE DOS JULGADOS DOS MUNICÍPIOS DE PELOTAS-RS E DA ILHA DE SÃO LUÍS-MA<sup>1</sup>

Alex Jordan Soares Monteiro Mamede<sup>2</sup>

Resumo: A pesquisa investiga se as decisões judiciais que proíbem ou determinam o lockdown estão em sintonia com a teoria dos princípios de Robert Alexy. Constata-se que o exame de proporcionalidade demonstra que condições excepcionais justificam a imposição do lockdown pelo gestor público. Além disso, os princípios formais desenvolvidos por Robert Alexy dão suporte a uma precedência *prima facie* das ponderações realizadas pelo gestor público no combate à pandemia. O método de abordagem da pesquisa qualitativa é o hipotético-dedutivo, com o auxílio da técnica de pesquisa bibliográfica-documental.

Palavras-Chave: proporcionalidade. princípios formais. COVID 19.

## ROBERT ALEXY'S THEORY OF PRINCIPLES, PANDEMIC AND THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF LOCKDOWN: ANALYSIS OF JUDGMENTS OF THE MUNICIPALITIES OF PELOTAS-RS AND OF THE ILHA DE SÃO LUÍS-MA

---

<sup>1</sup> Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Guilherme Camargo Massau pela revisão do texto e pelas sugestões realizadas. Afirmando, contudo, que a responsabilidade pelo o que é dito aqui é inteiramente minha.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), na linha de pesquisa Estado e Constituição. Pós-Graduado em Direito Processual do Trabalho. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

**Abstract:** The research investigates if court decisions that prohibit or determine lockdown are in line with Robert Alexy's theory of principles. Verified that the examination of proportionality demonstrates that exceptional conditions justify the imposition of lockdown by the public manager. In addition, the formal principles developed by Robert Alexy support a *prima facie* precedence of the ponderations carried out by the public manager in combating the pandemic. The method of approach to qualitative research is the hypothetical-deductive, with the support of the bibliographic-documental research technique.

**Keywords:** proportionality. formal principles. COVID 19.

**Sumário:** Introdução. 1. A invocação da proporcionalidade e a declaração de inconstitucionalidade da decretação municipal de lockdown: o caso do Município de Pelotas-RS. 2. A imposição de lockdown via determinação judicial e o papel dos princípios formais na tensão entre os direitos fundamentais e a democracia: o caso da Grande Ilha de São Luís-MA. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO



urante todo o ano de 2020, as autoridades brasileiras enfrentaram a difícil tarefa de enfrentar uma pandemia sem ter à disposição uma medicação ou vacina com eficácia científica comprovada. A única saída encontrada foi a adoção de medidas não farmacológicas de distanciamento social, que muitas vezes implicam controvérsias constitucionais em torno da colisão entre o direito à saúde e a liberdade de ir, vir, e ficar em vias públicas.

O presente artigo pretende investigar se as decisões judiciais proibindo ou determinando o lockdown pelos Municípios

de Pelotas-RS e da Ilha de São Luís-MA estão em sintonia com a teoria dos princípios de Robert Alexy, no âmbito da ponderação e colisão entre direitos fundamentais.

A pretensão de enfrentar esse tema se dá pois o novo cenário que se desenha com a pandemia é ainda mais desafiador, uma vez que a garantia do direito à saúde perpassa por outros debates relacionados às liberdades constitucionais, à formulação de políticas públicas pelo Judiciário, ao dever de solidariedade e cooperação entre os entes federativos, e aos limites da interpretação judicial em um contexto de crise. Nesse turbilhão social, ao Judiciário é atribuída a difícil missão de reduzir os prejuízos sofridos, bem como estabelecer os limites da atuação das autoridades no enfrentamento da pandemia. De modo que é essencial que as decisões sejam debatidas e problematizadas, pois as repercussões do lockdown no dia a dia das pessoas não são pontuais. Assim, é indispensável para a sociedade, que medidas restritivas aos direitos fundamentais ou maior ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas, em decorrência da crise pandêmica, sejam submetidas a uma crítica criteriosa, que amplie o debate, motivação, publicidade e transparência na tomada dessas decisões.

No caso da proibição do lockdown no Município de Pelotas-RS, parte-se da hipótese de que há uma correspondência, pelo menos em parte, entre a proporcionalidade do modelo de fundamentação racional de Alexy e o uso da proporcionalidade na decisão judicial. Não que essa equivalência seja uma garantia contra a discricionariedade, mas é de se esperar que as referências à proporcionalidade e ao autor alemão respeitem e reproduzam as bases da teoria dos princípios dessa orientação metodológica.

Caso essa hipótese não seja confirmada, pretende-se verificar se a adoção do lockdown pelo gestor municipal supera as etapas e os critérios impostos pela máxima da proporcionalidade, na forma desenvolvida por Robert Alexy.

No caso da imposição judicial de lockdown na Ilha de São Luís-MA, parte-se da hipótese de que os princípios formais trabalhados na teoria dos princípios de Alexy resguardam uma precedência *prima facie* das ponderações realizadas pelo gestor público no enfrentamento à pandemia.

Com a finalidade de enfrentar o problema de investigação e verificar a incidência das hipóteses levantadas, analisar-se-á o decreto municipal do primeiro lockdown do Município de Pelotas-RS, cuja parte que tratava da restrição de circulação de pessoas e veículos foi tornada sem efeito por uma liminar que declarou a ausência de proporcionalidade. Além disso, também analisar-se-á o primeiro lockdown via determinação judicial do país, que ocorreu em 4 municípios da Região da Ilha de São Luís – MA, por força de uma liminar em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Maranhão.

O método de abordagem da pesquisa de natureza qualitativa será o hipotético-dedutivo, e contará com o auxílio da técnica de pesquisa bibliográfica-documental para a exposição das decisões e reflexão crítica a partir do referencial teórico.

## 1. A INVOCÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO MUNICIPAL DE LOCKDOWN: O CASO DO MUNICÍPIO DE PELOTAS-RS

O processo que levou à propagação global da COVID 19<sup>3</sup> teve início a partir de um surto de pneumonia ocorrido em

---

<sup>3</sup> De acordo com o Coronaviridae Study Group (CSG) do Comitê Internacional de Taxonomia de Vírus, responsável pela classificação de vírus e nomenclatura de táxons da família Coronaviridae, o novo coronavírus pertence à família Coronaviridae e foi batizado como Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus (Síndrome Respiratória Aguda Grave) – 2 (SARS-CoV2), sendo o responsável pela Doença do Coronavírus (Coronavirus Disease) – 2019 (COVID-19). Em apenas duas décadas, o SARS-CoV2 já é o terceiro contágio documentado de um coronavírus animal para humanos que resultou em uma epidemia (GORBALENYA et al., 2020, p.536). Há indícios de que o contágio inicial possa ter ocorrido por meio de uma zoonose ou exposição

dezembro de 2019 na cidade chinesa de Wuhan, que é a maior cidade da província de Hubei e que conta com uma população acima de 11 milhões de pessoas. Em janeiro de 2020, o vírus foi isolado e os primeiros casos foram detectados. Com o avanço da doença, em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Em 06 de fevereiro de 2020, é sancionada a Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades brasileiras para o enfrentamento da emergência de saúde pública. Em 11 de março de 2020, dados os níveis alarmantes de propagação e letalidade, a OMS declarou a doença do novo coronavírus como uma pandemia.

No Brasil, o município de Pelotas-RS, com a população estimada em 343 mil pessoas (BRASIL, 2020a), foi a última cidade brasileira com mais de duzentos mil habitantes a registrar uma morte por COVID-19. No dia 25 de março ocorreu a detecção do primeiro caso na cidade (PELOTAS, 2020d), e no dia 20 de junho de 2020 houve o registro do primeiro óbito associado ao novo coronavírus (PELOTAS, 2020e). De acordo com o epidemiologista Pedro Hallal, reitor da Universidade Federal de Pelotas (UFPel) à época, um dos fatores para esse êxito no momento inicial da pandemia foi o trabalho em conjunto entre as universidades, a prefeitura e a rede hospitalar (BUBLITZ, 2020).

Contudo, a rápida disseminação do vírus também levou a um alto índice de ocupação das Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) na cidade de Pelotas-RS. No dia 31 de julho de 2020, o comitê da UFPel de enfrentamento e acompanhamento da COVID-19 emitiu uma nota técnica recomendando o aumento imediato de medidas de isolamento social frente ao esgotamento da capacidade hospitalar na cidade de Pelotas e região. Alertou para a taxa de ocupação de 95% das UTIs do hospital universitário,

---

ambiental no mercado de frutos do mar de Wuhan, e a transmutação do agente viral permitiu o contágio entre pessoas. (LI et al., 2020, p.1203).

que é o principal serviço de enfrentamento da pandemia nesse nível de complexidade. Também chamou atenção para o fato de que durante o mês de julho, independentemente da cor da bandeira de distanciamento (vermelha ou laranja), os níveis de isolamento social ficaram abaixo do necessário para o controle da pandemia, ficando em torno de 45%. (UFPEL, 2020a).

Diante da iminência do colapso da rede de UTIs e das dificuldades para criação de novos leitos, seja pelas limitações estruturais, seja pela carência de profissionais, o Comitê UFPel COVID-19 e o Comitê Interno do hospital universitário recomendaram “a ampliação urgente das medidas de distanciamento social de forma a atingir um índice de isolamento social de 70%, por três semanas, a partir de 3 de agosto de 2020, no município e região” (UFPEL, 2020a, p.1).

Tendo em vista o risco concreto de colapso na rede de UTIs do município - o que acabou se concretizando - e considerando, ainda, que as medidas restritivas impostas não foram suficientes para o controle do número de casos e óbitos<sup>4</sup>, a administração municipal decretou um lockdown com restrição da circulação de pessoas e veículos, excepcionada em casos de força maior e deslocamento para atividades essenciais.

No Município de Pelotas-RS foram adotadas outras medidas restritivas antes da decretação do lockdown, tais como a instituição do trabalho remoto na administração municipal, limitação do número de pessoas em estabelecimentos públicos e privados, fechamento do comércio não essencial, obrigatoriedade do uso de máscara e distanciamento social, e a vedação de ficar em praias, parques e praças. (PELOTAS, 2020a, 2020b). Contudo, essas medidas não contaram com a adesão necessária para a manutenção dos níveis de isolamento social acima dos 70%

---

<sup>4</sup> Dentre as razões apontadas para a decretação do lockdown está o fato de que “X - mesmo em um contexto de medidas restritivas e impeditivas impostas pela gestão pública, observa-se o aumento sustentado do número de casos de COVID-19 no município de Pelotas nas últimas semanas, determinando o aumento na ocupação de leitos de UTI e de óbitos” (PELOTAS, 2020c, p.65).

requeridos para o controle da curva de contágio do novo coronavírus. (UFPEL, 2020a).

O Decreto Municipal nº 6.300, de 05 de agosto de 2020, do Município de Pelotas, determinou a restrição de circulação de pessoas e de veículos particulares em logradouros públicos (lockdown) a partir das 20h do dia 08 de agosto (sábado) até às 12h do dia 11 de agosto de 2020 (terça-feira). (PELOTAS, 2020c).

Durante a vigência do decreto, o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, às 17h do dia 09.08.20 (domingo), deferiu a medida liminar *inaudita altera pars* requerida pelo Ministério Público para afastar a eficácia normativa dos artigos 3º e 4º do Decreto Municipal, que restringia a circulação de pessoas e veículos particulares.

A decisão considerou que as medidas de restrição de circulação de pessoas e de veículos particulares em logradouros públicos não atendem aos “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.16). Fazendo referência à concordância prática de Konrad Hesse e às ideias de mandado de otimização e ponderação de Robert Alexy, a decisão sustenta que ainda que se reconheça como sendo possível a hipótese de uma ponderação que conduza a uma restrição máxima da liberdade, isso só seria possível caso “essa restrição seja resultado de uma ponderação em que testadas, por razões sérias e suficientes, as condições fáticas e jurídicas do caso.” (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.13). Prossegue dizendo que “só se admitiriam situações máximas de restrição – como no caso de uma circulação de pessoas e veículos em logradouros públicos -, se (e somente se) as razões de restrição se justificarem por uma ponderação suficiente”. (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.13).

Na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, publicada originalmente em 1985, Robert Alexy (2015) defende que a positividade dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã,

aos quais todos os poderes estatais estão vinculados, representa uma abertura do sistema jurídico diante da Moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais. Segundo o autor alemão, o modelo de princípios e o modelo de valores são, na sua essência, estruturalmente iguais, “exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito axiológico (no âmbito do bom)” (ALEXY, 2015, p.153).

Embora Alexy (2015, p.173) realmente afirme que o seu modelo de sopesamento seja equivalente à concordância prática de Konrad Hesse (1998, p.66)<sup>5</sup>, ele limita essa comparação à tarefa de otimização dos princípios. Ou seja, os princípios “não trazem a exata definição da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2015, p.104), e, portanto, possuem uma relação constitutiva com outros princípios. Eles são sempre razões *prima facie* exigíveis na máxima medida das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que as possibilidades jurídicas dependem essencialmente dos princípios opostos. No caso das regras já há uma diferença, pois “como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2015, p.104).

É preciso deixar claro que o modelo de fundamentação racional de Alexy não se limita à tarefa de ponderação ou sopesamento entre os princípios colidentes. Ele traz consigo diversos pressupostos e requisitos para o enfrentamento do problema da discricionariedade no âmbito da colisão entre direitos

---

<sup>5</sup> Hesse (1998, p.66) afirma que o princípio da concordância prática traduz a ideia de que os “bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionais devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade”. E havendo colisões não se deve, “através de uma precipitada ‘ponderação de bens’ ou, inclusive, de uma abstração ‘ponderação de valores’, realizar um dos bens com o sacrifício do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de ‘otimização’: faz-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que os dois alcancem uma efetividade ótima”. (HESSE, 2009, p.37).



fundamentais. O sopesamento entre os princípios faz parte apenas da terceira máxima parcial ou sub-máxima da proporcionalidade<sup>6</sup> denominada como proporcionalidade em sentido estrito. De modo que o sopesamento não se restringe à mera definição do princípio prevalente, sendo imprescindível a definição do grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio colidente.

Os princípios, como mandados de otimização, exigem uma máxima realização na maior medida possível não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2015, p.95). E cabe à máxima da proporcionalidade em sentido estrito - a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade - expressar a otimização em relação aos princípios colidentes, pois as possibilidades jurídicas são determinadas pela própria colisão entre os princípios. Essa otimização dos princípios é representada pela primeira lei do sopesamento ou lei material do sopesamento, assim definida por Alexy (2015, p.593): “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”

A partir da primeira lei do sopesamento formulada por Alexy (2015, p.593), podemos afirmar que o sopesamento entre princípios no caso do lockdown da cidade de Pelotas-RS envolve três passos. No primeiro deve ser avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Após, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente (direito à saúde ou liberdade de ir, vir e ficar). Depois,

---

<sup>6</sup> A máxima da proporcionalidade de Alexy não tem uma estrutura de princípio, mas sim de regra, uma vez que impõe um dever definitivo cuja aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto (SILVA, 2010, p.168). Sua aplicação, portanto, não deve ser encarada como um comando de otimização a ser realizável da mesma forma que os princípios (SILVA, 2010, p.168; ÁVILA, 2019, p.205), motivo porque Ávila (2019, p.205) classifica a proporcionalidade como um postulado normativo, ou seja, uma norma de segundo nível representada por uma metarregra que trata da aplicação de outras normas.

em um terceiro passo, “deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio” (ALEXY, 2015, p.594).

Assim sendo, não basta a mera indicação da prevalência da liberdade de ir e vir, é preciso também justificar como a importância da satisfação da liberdade de ir e vir justifica a afetação ou não-satisfação do direito à saúde. Dito isso, não é possível averiguar as possibilidades jurídicas retirando da equação os graus de satisfação ou afetação do direito à saúde, pois “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico.” (ALEXY, 2015, p.117).

Podemos notar que há uma predileção de Alexy (2015, p.328) por um suporte fático amplo no âmbito da fundamentação dos direitos fundamentais, dada a existência de um maior ônus argumentativo nas etapas da argumentação e uma maior explicitação dos argumentos que levaram a eventuais restrições de direitos fundamentais, o que permite um maior controle social e jurídico das decisões judiciais.

Ressalte-se, também, a relevância da definição das condições que dão amparo à relação condicionada de preferência para a formulação da lei de colisão alexyana, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.” (ALEXY, 2015, p.99). Aqui reside um ponto fundamental para a compreensão dos princípios como mandados de otimização. Muito embora os princípios nunca assumam em si mesmos o caráter de razões definitivas, eles também podem ser razões para decisões concretas. Porém, de acordo com a lei de colisão, a definição da relação condicionada de preferência é a reprodução de uma regra, logo “é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo

concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.” (ALEXY, 2015, p.108).

Dessa forma, uma decisão judicial que pretende manejar a máxima da proporcionalidade dentro do rigor metodológico da teoria dos princípios de Alexy deve observar os compromissos que ele assume. Não se espera com essa correspondência a resolução definitiva do problema da indeterminabilidade do direito. Inclusive, o próprio Alexy (2015, p.164, 571) admite que não compartilha do entendimento de Dworkin (2002, p.430) de que há uma única resposta correta para todo e qualquer caso jurídico. Para Alexy (2015, p.611) há uma “discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.” (ALEXY, 2015, p.611). Em outros termos, Alexy (2015, p.164) não acredita na possibilidade de superação de toda e qualquer discricionariedade, mas defende a possibilidade de superação do arbítrio e do decisionismo por meio da redução dessa discricionariedade a partir de procedimentos racionais.

Isso significa que na colisão entre princípios a resposta judicial deve conter os seguintes parâmetros: 1) indicação dos princípios jurídicos em rota de colisão; 2) verificação da adequação, necessidade e sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) em uma ordem subsidiária; 3) justificativa sobre o motivo que suporta a predileção de um princípio jurídico sobre outro.

Na decisão que proibiu o lockdown na cidade de Pelotas foram apontados os seguintes argumentos contra a medida adotada pelo gestor municipal: (i) em notícia divulgada no site do governo do Estado no dia 07.08.20 (sexta), há a informação de que a alteração da bandeira laranja para vermelha no município apenas ocorre no dia 11.08.20 (terça-feira), de modo que a aplicação do lockdown durante a bandeira laranja demonstra incoerência com as regras estaduais (RIO GRANDE DO SUL, 2020a,

p.17); (ii) inobservância do princípio da razoabilidade jurídica em face da ausência de graduação e da falta de coordenação em relação às medidas tomadas no âmbito estadual (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.18); (iii) o lockdown não passa no teste de proporcionalidade pois as condições fáticas não observam uma graduação na adoção das medidas restritivas de liberdade (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.18); (iv) as razões apresentadas no decreto são genéricas e abstratas, “não oferecendo de pronto as razões suficientes para uma mudança drástica de regulação de comportamentos sociais” (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.16).

Antes de passarmos à análise da proporcionalidade com base na proposta metodológica de Alexy (2015), é preciso contra-argumentar alguns fatos mencionados na decisão.

Em primeiro lugar, na própria notícia citada na decisão há uma nota técnica do governo estadual deixando claro que os municípios poderão adotar medidas mais restritivas “independentemente da cor em que estiverem” (RIO GRANDE DO SUL, 2020c, p.8), pois a finalidade do modelo de distanciamento estadual não é impedir medidas mais restritivas<sup>7</sup>, mas evitar que medidas demasiadamente brandas levem ao colapso do sistema de saúde municipal e acabem sobrecarregando o sistema de saúde de outros municípios (RIO GRANDE DO SUL, 2020c, 2020e). A propósito, a nota técnica ressalta o elevado número de óbitos registrados no município e o mantém na bandeira preta nesse quesito, bem como alerta para a manutenção da bandeira vermelha quanto ao indicador relacionado à alta incidência no número de hospitalizações por coronavírus (RIO GRANDE DO

---

<sup>7</sup> O art. 20 do Decreto Estadual nº 55.240, de 10.05.2020, que instituiu o modelo de distanciamento controlado no Rio Grande do Sul, prevê que as medidas restritivas impostas - com base na média ponderada das bandeiras da Região - são aplicadas de forma cumulativa com as normas municipais. (RIO GRANDE DO SUL, 2020d). Esse enunciado normativo preserva a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local (art.30, I, CRFB), no exercício do seu dever constitucional de cuidar da saúde (art. 23, II, CRFB).

SUL, 2020c, p.7). Após a decisão liminar que proibiu o lockdown, o Estado do Rio Grande do Sul manifestou-se nos autos da ADI e reforçou que o município não violou nenhuma regra estadual, pois limitou-se a impor - de forma adequada, necessária e proporcional - uma “medida sanitária mais restritiva, estabelecida diante da realidade local para o enfrentamento da pandemia de COVID-19” (RIO GRANDE DO SUL, 2020b, p.9).

Em segundo lugar, a decisão desconsiderou o fato de que nas razões do próprio decreto de lockdown já são enumerados os decretos anteriores em que houve a implementação gradual de medidas menos restritivas (PELOTAS, 2020c). Inclusive, as medidas sugeridas na decisão, como o impedimento à aglomeração em praças públicas e a obrigatoriedade do uso de máscaras, já haviam sido adotadas pelo município, mas não surtiram o efeito desejado. (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.18; PELOTAS, 2020a, 2020b).

Por fim, em terceiro lugar, da mesma forma que os dados estaduais da pandemia estão disponíveis no site do governo do Estado do Rio Grande do Sul, os dados de infectados, óbitos e hospitalizações estão disponíveis no site e nas redes sociais da Prefeitura de Pelotas, com boletins diários de rápida replicação nas redes sociais. Inclusive, durante a semana que antecedeu o lockdown foram realizadas transmissões em vídeo divulgando a iminência do colapso da rede de UTIs da cidade, bem como houve a divulgação das recomendações técnico-científicas do comitê científico da UFPEL recomendando a adoção imediata do lockdown (UFPEL, 2020a). Registre-se que no dia 12 agosto de 2020, sete dias após a publicação do decreto de lockdown, o sistema de saúde do município entrou em colapso, com todos os leitos de UTIs destinados a adultos ocupados e com a formação de lista de espera (UFPEL, 2020b). De acordo com o levantamento realizado pelo comitê científico da UFPEL, o isolamento social durante o lockdown de domingo (09.08.20) atingiu a taxa

expressiva de 78%. Porém, após a decisão judicial, os níveis caíram expressivamente para abaixo dos 70% necessários, tendo atingido 66% na segunda-feira e apenas 49% na terça-feira. (UFPEL, 2020b).

Nota-se que o julgado faz referência “à aplicação do princípio da proporcionalidade a partir da ponderação em concreto” (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, p.1), bem como faz uso das expressões teste da proporcionalidade, teste das condições fáticas e jurídicas, ponderação suficiente, e princípios como mandados de otimização segundo a teoria dos princípios de Alexy. No entanto, podemos observar que a decisão judicial não analisou as possibilidades fáticas e jurídicas dentro da proposta e dos limites metodológicos da máxima da proporcionalidade de Alexy.

Por esse motivo, é pertinente avaliarmos se a medida restritiva imposta passa pelo crivo da compreensão de proporcionalidade do autor alemão, em suas três máximas parciais e subsidiárias (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

No caso da determinação do lockdown, há a colisão do direito à saúde, representado pela manutenção de uma estrutura hospitalar apta a receber novas hospitalizações, com o princípio da liberdade de locomoção das pessoas que podem circular livremente em áreas públicas.

Analisando as máximas parciais relativas às possibilidades fáticas (adequação e necessidade), podemos observar que a adequação (meio-fim) está presente para os dois pontos de vista. Interpretar que a restrição da circulação das pessoas diminuirá o contágio viral é um meio adequado para proteger a saúde das pessoas e evitar o aumento do número de hospitalizações. Por outro lado, a garantia da liberdade de locomoção é viabilizada por meio da proibição do lockdown.

Em relação à necessidade (ausência de meio menos gravoso), outras medidas menos restritivas não elevaram os níveis

de isolamento social, e apenas é possível conter o número de hospitalizações por meio do controle da curva de contágio, que está diretamente relacionada ao nível de isolamento social. De igual modo, não há meio menos gravoso para proteger a liberdade de locomoção do que proibir o lockdown.

Superada a análise das máximas parciais relacionadas às possibilidades fáticas, passa-se à análise das possibilidades jurídicas evidenciadas na apreciação da proporcionalidade em sentido estrito. Essa terceira e última máxima parcial traz, em sua lei material do sopesamento, a premissa de que quanto maior o grau de não realização de um princípio ou de dano a ele, maior deve ser o grau de satisfação do outro (ALEXY, 2015, p.593).

No caso em tela, observamos que o grau de intervenção na liberdade de ir e vir das pessoas é bastante acentuado, uma vez que são impedidas de circular livremente. Por outro lado, o grau de satisfação do direito à saúde também é bastante acentuado, pois as recomendações técnico-científicas demonstram que o aumento da restrição da circulação das pessoas é indispensável para o controle do contágio viral, e para que se evite o colapso da rede de UTIs destinadas aos pacientes com COVID 19, preservando a saúde e a vida (OMS, 2020, p.10; FERGUSON et al., 2020). Ademais, no caso específico do lockdown em Pelotas-RS, a ampliação das medidas restritivas também está baseada em recomendações do comitê técnico-científico da UFPel (2020a), que é referência internacional nos estudos de epidemiologia e saúde pública<sup>8</sup>, e que teve a sua hipótese comprovada

---

<sup>8</sup> Importante destacar que a UFPel, por meio do seu Centro de Pesquisas Epidemiológicas (CPE), realiza há cerca de 40 anos estudos epidemiológicos no Rio Grande do Sul, no Brasil e no mundo. O CPE coordena o EPICCOVID19-Brasil, que é o primeiro estudo brasileiro que investiga o número de infectados pelo novo coronavírus. O Programa de Pós-Graduação em Epidemiologia da UFPel é o primeiro da área de Saúde Coletiva, no Brasil, a receber a nota máxima (7) na avaliação trienal da Capes/MEC, e a mantém até hoje. O CPE-UFPel é considerado Centro Colaborador da OMS em Nutrição Materno-Infantil; Centro Nacional de Referência em Alimentação e Nutrição do Ministério da Saúde e Centro de Excelência Latino-Americano da Fundação Wellcome Trust (UFPel, 2021). No ano de 2021, o Prof. Dr. Cesar Victora do CPE-

dias após o lockdown, com a ocupação total dos leitos de UTI (UFPEL, 2020b).

Essas recomendações técnico-científicas são a base empírica da limitação imposta à liberdade de locomoção, e estão em sintonia com a segunda lei do sopesamento ou a lei epistêmica do sopesamento alexyana, segundo a qual “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.” (ALEXY, 2015, p.618).

Inclusive, é com base nessas certezas empíricas que a decisão do plenário do STF, no âmbito da ADI 6343/DF, resguardou a predominância do interesse local e a competência dos municípios para adotar, dentro dos seus respectivos territórios, importantes medidas como a imposição de restrições “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 e vários estudos técnicos científicos” (BRASIL, 2020b, p.2), desde que as medidas estejam “fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal” (BRASIL, 2020b, p.3).

Claro que o administrador público, diferente do legislador, tem o seu âmbito de decisão restringido não apenas pelas normas constitucionais, mas também pelas normas legais. Porém, isso não significa que o administrador não tenha o seu âmbito de discricionariedade protegido pelo princípio democrático, muito pelo contrário, as decisões técnicas do gestor público também são guarnecidas por um princípio formal que dá primazia às suas ponderações (MARTINS, 2018, p.139).

Dessa maneira, quando o administrador público - dentro da sua competência e baseado em estudos técnico-científicos -



adota uma medida como o lockdown a fim de garantir o direito à saúde (princípio material), ele acrescenta a esse princípio material a força normativa do princípio formal que exige que as suas decisões sejam respeitadas na maior medida possível (ALEXY, 2018a; MARTINS, 2018). Há, assim, uma restrição à ponderação jurisdicional exercida pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do administrador público (MARTINS, 2018, p.154).

Com efeito, a pretensão de corrigir supostos excessos das medidas de enfrentamento à pandemia, sem a prévia oitiva dos agentes públicos, pode implicar na substituição de toda uma política pública, interferindo na própria legitimidade democrática daqueles que precisam tomar as difíceis decisões políticas de enfrentamento à pandemia. Isso se torna ainda mais grave em um contexto de crise global em que os sentimentos de medo, tensão e urgência se retroalimentam e exigem do gestor público respostas imediatas em um cenário de imprevisibilidade, ambiguidade, complexidade e incertezas (RODRIGUES, 2020, p.3).

Em geral, poder-se-ia dizer que a liberdade de ir, vir e ficar prevalece sobre o direito à saúde. Contudo, condições excepcionais dentro de um contexto já excepcional de pandemia podem justificar a precedência condicionada do direito à saúde em face da liberdade de ir, vir, e ficar em vias públicas. São elas: (i) alto índice de ocupação das UTIs ou da rede hospitalar; (ii) risco concreto de colapso do sistema de saúde; (iii) estudos técnico-científicos indicando a alta probabilidade de insuficiência dos serviços de saúde; (iv) recomendações técnico-científicas de adoção de medidas mais restritivas; (v) adoção gradual de medidas restritivas; (vi) índices de isolamento social abaixo do necessário para o controle da curva de contágio; (viii) lockdown adotado de forma excepcional e por um período limitado; (ix) divulgação das regras e horários do lockdown em rede aberta de televisão e nas redes sociais oficiais; (x) ausência de fechamento dos limites do Município; (xi) preservação do funcionamento

das atividades essenciais; (x) ausência de medicação com eficácia científica comprovada contra o agente viral; (xi) ausência de vacina à disposição.

Sob essas condições, presentes no caso do lockdown em Pelotas-RS, podemos afirmar que há a precedência do direito à saúde sobre a liberdade de ir e vir, sendo a precedência do direito à saúde reforçada pela estreita relação com a preservação da vida (CALLEJÓN, 2020, p.23), bem como pelo princípio formal de matiz democrático (ALEXY, 2018a), que preserva, na maior medida possível, as decisões tomadas pelo gestor público no enfrentamento à pandemia.

Durante a implementação das medidas de combate à pandemia em todo o país, alguns autores defenderam que uma medida tão rigorosa como o lockdown é inconstitucional, porque apenas poderia ser imposta sob a vigência do estado de sítio (SOTERO; SOARES, 2020, p.108; CAVALCANTI; NETO; CERQUEIRA, 2020, p.481), uma vez que nem o estado de defesa autoriza restrições à liberdade de locomoção<sup>9</sup>.

Entende-se necessário revisitar criticamente esse entendimento, e oferecer um contraponto ao que eles defendem.

É preciso compreender que os desafios impostos pela pandemia impõem dinâmicas estatais completamente novas do ponto de vista da cooperação federativa<sup>10</sup>, com a preservação da

---

<sup>9</sup> Nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou de ineficácia do estado de defesa, o estado de sítio autoriza que seja imposta sobre as pessoas a obrigação de permanência em localidade determinada (art. 139, I, CRFB). Por outro lado, o estado de defesa autoriza restrições ao direito de reunião (art. 136, §1º, a, CRFB), mas nada dispõe acerca de restrições à liberdade de ir e vir.

<sup>10</sup> Na ADI 6343 (BRASIL, 2020b), o pleno do STF deixa claro que a União deve exercer o seu papel primordial de coordenação entre os entes federativos, mas deve respeitar a autonomia dos Estados e Municípios, especialmente, pois é impossível que o poder central conheça todas as particularidades locais. O Estado garantidor da saúde da população não é apenas a União, mas também os Estados-membros, DF e os Municípios (art.23,II, CF – competência comum). Ademais, a saúde da população não pode ser prejudicada por eventual omissão da União, logo, todas as pessoas estatais, no âmbito de suas respectivas competências, devem implementar as políticas públicas para cuidar da saúde da população, sempre baseadas em recomendações técnicas

autonomia de todos os entes federativos, que devem atuar de forma rápida, coordenada, conjunta, e sempre atentos às realidades locais e às normas e critérios científicos (BRASIL, 2020b, 2020c). Não é por menos que Callejón (2020, p.20) destaca que o momento crítico que o constitucionalismo enfrenta não decorre do reaparecimento das crises clássicas, mas sim da sua “mutação genética” (CALLEJÓN, 2020, p.20), com o desenvolvimento de novas crises em novos contextos críticos. Isso significa que a pandemia demanda respostas enérgicas em que a “prática caótica e esquiva dos dias foge à teorização e exige ser entendida em modo de sub-teorização” (SANTOS, 2020, p.9). É evidente que a realidade nos escapa de tal maneira que precisamos teorizar e encontrar caminhos constitucionais sem nos descuidarmos das excepcionalidades da própria exceção<sup>11</sup> (SANTOS, 2020, p.10).

Em face disso, o caso do lockdown em Pelotas-RS demonstra que a proporcionalidade de medidas excepcionais - em uma realidade pandêmica já excepcional - torna possível a convivência harmônica das medidas de restrição com a preservação da ordem constitucional, muito embora não esteja vigendo nenhuma forma de estado de exceção constitucional prevista de forma explícita na Constituição.

---

fundamentadas em evidências científicas. Cabe alertar, aqui, apenas por excesso de cautela, que o STF não deu carta branca para a União adotar uma postura omissa ou descompromissada no combate à pandemia, o que restou consignado foi que cada ente federativo (incluindo, por óbvio, a União) pode e deve atuar no seu respectivo âmbito de competência (interesse local, regional e nacional), e que as decisões de todos os entes precisam estar lastreadas, repito, em recomendações técnicas dos respectivos órgãos técnico-científicos.

<sup>11</sup> Boaventura Santos (2020, p.9) afirma que a geração que nasceu ou cresceu depois da Segunda Guerra habituou-se a ter um pensamento excepcional em tempos normais. E a pandemia da COVID 19 expôs a dificuldade dessa geração em pensar a exceção em tempos excepcionais. Adverte, ainda, que há diferentes formas de exceção, e a excepcionalidade desta exceção demanda que no futuro façamos a distinção não apenas entre Estado democrático e Estado de exceção, mas também entre Estado de exceção democrático e Estado de exceção anti-democrático (SANTOS, 2020, p.10).

## 2. A IMPOSIÇÃO DE LOCKDOWN VIA DETERMINAÇÃO JUDICIAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS FORMAIS NA TENSÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DEMOCRACIA: O CASO DA GRANDE ILHA DE SÃO LUÍS-MA

Em 30 de abril de 2020, também por meio de uma decisão liminar, a Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luís determinou que o Estado do Maranhão editasse um decreto determinando o lockdown por 10 dias nos quatro municípios<sup>12</sup> que integram a Ilha de São Luís, com a restrição da circulação de pessoas e a vedação de circulação de veículos particulares, salvo para compra de alimentos ou medicamentos, ou no itinerário de serviços considerados como essenciais por decreto estadual. Soma-se a isso que a decisão vai além da mera vedação de circulação de veículos particulares para determinar que o governo estadual vede a entrada e saída de veículos da Ilha de São Luís, salvo caminhões, e veículos que estão no desempenho ou no itinerário de serviços considerados essenciais (MARANHÃO, 2020a).

Semelhante ao caso de Pelotas-RS, a medida judicial também foi requerida pelo Ministério Público e foi proferida sem a oitiva prévia do Poder Executivo. Pois na visão do magistrado o aguardo de prévia manifestação do Poder Público provocaria o esvaziamento da medida de urgência (MARANHÃO, 2020a, p.5). De pronto, podemos observar que essa ausência de manifestação prévia dos gestores públicos reforça uma postura adversarial do Judiciário, e desconsidera que o reforço de interações de caráter deliberativo entre os poderes tem maiores possibilidades de produzir melhores respostas sobre os direitos

---

<sup>12</sup> Além da capital São Luís - MA, a Grande Ilha de São Luís também inclui os municípios de São José de Ribamar - MA, Paço do Lumiar - MA e Raposa - MA. Quanto a esses municípios, o magistrado determina que eles se abstenham de disciplinar regras de distanciamento social de modo contrário ao Estado do Maranhão, no que toca à adoção do bloqueio total (lockdown) (MARANHÃO, 2020a, p.10).

fundamentais (MENDES, 2008, p.214).

Ademais, o magistrado prossegue dizendo que a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB) e o direito à saúde (art. 198, CRFB) indicam que o modelo político, social e econômico adotado pela sociedade não admite como válida qualquer prática tendente a ofender o direito universal à saúde. De modo que é tarefa do Poder Judiciário impor as medidas necessárias para a proteção desse direito (MARANHÃO, 2020a, p.6). Ressalta, ainda, que o lockdown “é a única medida possível e eficaz no cenário para contenção da proliferação da doença” (MARANHÃO, 2020a, p.7), e reconhece que a medida suscita dúvidas “acerca de sua constitucionalidade, pois importa em restrições à circulação de pessoas, funcionamento de estabelecimentos comerciais e sacrifícios de outros direitos” (MARANHÃO, 2020a, p.8). Todavia, entende que o mais importante no momento é assegurar a saúde da coletividade, “mesmo que isso signifique privar momentaneamente o cidadão de usufruir, em sua plenitude, certas prerrogativas individuais.” (MARANHÃO, 2020a, p.8).

A decisão difere do caso de Pelotas-RS pois impõe a adoção do lockdown com o argumento de que o direito à saúde prevalece sobre a liberdade de ir e vir. No entanto, a decisão é igualmente problemática do ponto de vista do princípio formal democrático, que impõe que as decisões adotadas pelas autoridades legitimadas para tanto sejam respeitadas na máxima medida possível (ALEXY, 2018a).

Percebe-se, assim, que a imposição do lockdown por via judicial atrai a discussão em torno do papel dos princípios formais nessa suposta tensão entre os direitos fundamentais e a democracia. Alexy (2018a, p.9) defende que os princípios formais também são comandos de otimização, mas possuem um objeto de otimização diferente dos princípios materiais. Os objetos de otimização dos princípios materiais são determinados conteúdos, como, por exemplo, a saúde, a vida ou a liberdade de ir e vir. Os princípios formais, por sua vez, têm como objetos de

otimização “decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos” (ALEXY, 2018a, p.10). Ou seja, as decisões tomadas por aqueles que são legitimados para tanto devem ser respeitadas na maior medida possível, sejam elas quais forem. Além disso, os princípios formais demandam “que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada.” (ALEXY, 2018a, p.10).

Embora raramente mencionado, o papel dos princípios formais é de suma importância na teoria alexyana, sobretudo, no âmbito da ponderação envolvendo uma norma-regra. Pois uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio material que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também os princípios formais. (ALEXY, 2015, p.105; ALEXY, 2018a, p.10).

Do mesmo modo, os princípios formais desempenham um papel importante pois rebatem parte das críticas de que a teoria dos princípios de Alexy leva a um desbalanceamento na separação de poderes, com uma indevida transferência para a jurisdição constitucional de competências decisórias dos outros poderes. (SILVA, 2012, p.916).

Alexy (2018a, p.10) defende que a própria democracia constitui um princípio formal, e representa “uma tentativa de institucionalizar, na máxima medida possível, os ideais do discurso enquanto deliberação pública”. Em outras palavras, a democracia atribui um peso especial às decisões tomadas pelo Parlamento, pois é “o processo mais racional e legítimo de produção do direito” (ALEXY, 2018a, p.10). Soma-se a isso que o princípio da democracia exige que “o legislador democraticamente legitimado tome tantas decisões importantes para a sociedade quanto possível” (ALEXY, 2018a, p.10).

Dessa maneira, não cabe ao Judiciário “realizar a ponderação de princípios com desprezo às competências

constitucionais” (MARTINS, 2018, p.154). De igual modo, no âmbito das ponderações realizadas pelo gestor público no enfrentamento à pandemia, podemos afirmar que também há uma restrição à ponderação jurisdicional exercida pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do administrador público (MARTINS, 2018, p.154).

Embora seja um severo crítico de um controle de constitucionalidade forte, e divirja de Alexy (2018b, p.95) e Dworkin (2000, p.27) nesse quesito<sup>13</sup>, Waldron (2013) traz importantes contribuições para a nossa discussão a partir da sua concepção de governo articulado, segundo a qual cada etapa sucessiva da governança estatal tem que ter preservada a sua integridade (WALDRON, 2013, p.467). Isto é, deve-se respeitar a integridade de cada uma das funções estatais, que precisam se encaixar em um esquema comum e articulado de governança que permita às pessoas confrontar o poder político em diferentes formas (WALDRON, 2013, p.466).

Em suas críticas às compreensões do Estado de Direito e da separação de poderes como limitações às funções estatais (WALDRON, 2018, p.34), Waldron (2018, p.34,36) defende que o direcionamento das funções estatais pelas Constituições não está ligado necessariamente à ideia de restrição, mas sim ao controle das etapas de realização das funções estatais pelos

---

<sup>13</sup> Waldron (2006, p.1406) defende que o Judiciário não é o espaço adequado para deliberações em torno dos desacordos razoáveis da coletividade, de modo que as leis resultantes das deliberações legislativas são o único método benéfico para a democracia, motivo porque é contra um controle de constitucionalidade forte (strong judicial review) que elimine do ordenamento a lei declarada inconstitucional. Por outra perspectiva, Dworkin (2000, p.27-28) entende que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juizes para decidir questões sobre direitos”, vez que estão sujeitos a pressões de grupos politicamente poderosos e são menos propensos a um papel contramajoritário em favor dos direitos das minorias. Já Alexy (2018b, p.95) sustenta que em uma democracia ideal não haveria conflito entre democracia e direitos fundamentais, mas na democracia real a vida política exige que a jurisdição constitucional exerça o seu papel de representação argumentativa ou discursiva do povo, motivo porque defende um judicial review a partir de um modelo combinado de regras e princípios com a primazia das regras.

poderes que a priori são os mais capacitados para o desempenho dessas funções. Isso significa que o controle dos poderes estatais não está ligado necessariamente à ideia de limites, em vez disso o que se busca é a máxima realização das demandas do povo sempre de forma otimizada e coordenada. Isso permitirá a concretização da política constitucionalizada, ou seja, “uma política articulada que se move tanto deliberadamente quanto por deliberação de cena a cena e de fórum a fórum, e que leva a sério a integridade de todas as partes do processo legislativo ou de outro processo de tomada de decisão política”<sup>14</sup> (WALDRON, 2018, p.38).

Logo, da mesma forma que o Legislativo é o melhor âmbito de discussão dos méritos gerais das políticas de enfrentamento à pandemia (Lei 13.979/20), o Executivo pode e deve ponderar e planejar as estratégias concretas de enfrentamento na busca de uma máxima realização da função pública e de uma prestação de contas à sociedade.

Dessa forma, além da maior legitimidade democrática, o Poder Executivo também possui uma maior capacidade técnica para a tomada de decisão, com o orçamento à disposição, assessoramento técnico-científico, maior compreensão acerca da estrutura de saúde, e maior interlocução com as forças produtivas da sociedade. Essa maior capacidade técnica-institucional assume ainda maior relevância em uma pandemia, em que há o manejo de dados dinâmicos com rápida variação do número de contágios, hospitalizações, leitos disponíveis e óbitos.

Parece-nos que o Judiciário não é o mais qualificado para a tomada de decisão, seja por falta de informação, seja por falta de conhecimento específico. Prova disso é que na decisão o magistrado forma o seu convencimento a partir da premissa fática

---

<sup>14</sup> No original: “una política constitucionalizada es una política articulada que se mueve tanto deliberadamente como por medio de la deliberación de escenario en escenario y de foro en foro, y que toma en serio la integridad de cada parte del procedimiento de creación de leyes u otros procesos de decisión política” (WALDRON, 2018, p.38).



de que a capital do Estado alcançou “a lotação máxima dos leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19” (MARANHÃO, 2020a, p.7). Muito embora essa informação corresponda à realidade do dia 28.04.2020 da capital (MARANHÃO, 2020b, p.3), no dia seguinte (29.04.2020) a situação já muda completamente com a redução da taxa de ocupação das UTIs da capital para 79,87%, e o interior com apenas 18,52% dos leitos UTIs/COVID ocupados (MARANHÃO, 2020c, p.3).

Além disso, no dia da decisão (30.04.2020) a taxa de ocupação dos leitos de UTI da capital ainda sofre uma ligeira queda para 77,64% (MARANHÃO, 2020d, p.3)<sup>15</sup>. Registre-se, também, que na véspera da decisão o Maranhão encontrava-se com a taxa de letalidade abaixo da média nacional, e com o coeficiente de mortalidade abaixo da média nacional e da média da região Nordeste, com 2.35 óbitos por 100 mil habitantes (MARANHÃO, 2020e, p.4,5). Isso abre margem para considerarmos que o lockdown imposto, embora seja uma medida adequada para evitar a lotação máxima dos leitos de UTI, não era uma medida necessária, pois havia a possibilidade de medidas menos restritivas que não afetem a liberdade de ir e vir impedirem o colapso da rede de UTIs do Estado.

Ademais, também não é recomendável que a responsabilidade política atrelada à decretação do lockdown seja transferida para o Judiciário. Isso pode trazer consequências nocivas à própria essência da política democrática. Pois essa transferência de responsabilidade nas decisões políticas fundamentais permite um “redirecionamento de culpa” (HIRSCHL, 2009, p.165), na medida em que os políticos não arcam com o ônus de sua responsabilidade política perante o eleitorado, e dessa forma se desincumbem da “própria tarefa pública para a qual foram eleitos — que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas

---

<sup>15</sup> Essa diminuição na taxa de ocupação dos leitos UTIs/COVID ocorreu em razão da criação de novos leitos pelo governo estadual, subindo o número de UTIs na capital de 112 no dia 28.04.2020 para o total de 161 no dia 30.04.2020 (MARANHÃO, 2020b, 2020d).

difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado” (HIRSCHL, 2009, p.173).

Se o Poder Judiciário tomar para si a responsabilidade da condução das medidas de combate à pandemia, há obstáculos até mesmo para eventuais responsabilizações decorrentes da implementação de medidas que no futuro se mostrarem equivocadas. Vale lembrar que, embora a MPV nº 966/20<sup>16</sup> tenha limitado a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de dolo e erro grosseiro em atos relacionados à pandemia, o plenário do STF definiu na ADI 6421 que a não caracterização de erro grosseiro depende da observância das normas e critérios científicos, com especial destaque para as orientações da OMS, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção (BRASIL, 2020c).

Nota-se, portanto, que durante o enfrentamento da pandemia deve-se observar duas questões fundamentais: (i) a precedência *prima facie* das ponderações realizadas pelo gestor público, especialmente, quando as suas ações estão amparadas por evidências técnico-científicas; (ii) o déficit de expertise dos Tribunais em políticas sanitárias e macroeconômicas anticrise impõe, a princípio, que eles sejam mais deferentes às decisões dos governantes a respeito das medidas restritivas de combate à pandemia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Investigou-se se as decisões judiciais que realizaram a ponderação de princípios, diante da colisão entre o direito à saúde e a liberdade de ir, vir, e ficar em vias públicas, corresponderam às bases da teoria dos princípios de Robert Alexy.

Após análise do caso que proibiu o lockdown no

---

<sup>16</sup> A Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que limitava a responsabilização de agentes públicos por ação ou omissão nas medidas de enfrentamento da pandemia de Covid-19, perdeu a validade no dia 10 de setembro de 2020 sem a votação pela Câmara e pelo Senado.

Município de Pelotas-RS, conclui-se que a proposta de Robert Alexy sobre a colisão de princípios e o modelo de fundamentação racional não encontra correspondência na decisão judicial, muito embora haja referência à proporcionalidade e ao autor alemão. O que se verificou foi a invocação de meros fragmentos da teoria de Alexy de forma limitada à mera compreensão dos princípios como comandos a serem otimizados, sem que haja um comprometimento com os critérios metodológicos e epistemológicos da teoria.

Ademais, conclui-se que a decisão não se desvencilhou do seu ônus argumentativo de fundamentar racionalmente todas as etapas da aplicação das submáximas da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*).

Em face disso, o presente trabalho analisou a colisão entre os princípios a partir da máxima da proporcionalidade de Alexy, e constatou que a incidência de um suporte fático, sustentado por condições excepcionais dentro de um contexto já excepcional de pandemia, permite a criação de uma regra (lei de colisão) que autoriza a decretação de lockdown pelo gestor público. Assim sendo, elencou-se as condições presentes no caso de Pelotas-RS que autorizam a decretação de lockdown: (i) alto índice de ocupação das UTIs ou da rede hospitalar; (ii) risco concreto de colapso do sistema de saúde; (iii) estudos técnico-científicos indicando a alta probabilidade de insuficiência dos serviços de saúde; (iv) recomendações técnico-científicas de adoção de medidas mais restritivas; (v) adoção gradual de medidas restritivas; (vi) índices de isolamento social abaixo do necessário para o controle da curva de contágio; (viii) lockdown adotado de forma excepcional e por um período limitado; (ix) divulgação das regras e horários do lockdown em rede aberta de televisão e nas redes sociais oficiais; (x) ausência de fechamento dos limites do Município; (xi) preservação do funcionamento das atividades essenciais; (x) ausência de medicação com eficácia científica comprovada contra o agente viral; (xi) ausência de vacina à

disposição.

Na hipótese do caso da Ilha de São Luís-MA, verificou-se que a decisão judicial é problemática do ponto de vista do princípio formal democrático, que exige que as decisões tomadas pelo gestor público sejam respeitadas na máxima medida possível, principalmente, quando a gestão está pautada em orientações técnico-científicas.

Em ambos os casos analisados, constatou-se que as decisões judiciais (proibindo ou impondo o lockdown), sem a prévia manifestação dos gestores públicos, reforçam uma postura adversarial do Judiciário, e desconsideram que as interações deliberativas entre os poderes têm maiores possibilidades de produzir melhores respostas sobre os direitos fundamentais em tempos de pandemia.

A partir da reflexão proporcionada pelo papel dos princípios formais na teoria de Alexy, conclui-se que há uma precedência *prima facie* das ponderações realizadas pelo gestor público no enfrentamento à pandemia, e que isso não pode ser desconsiderado pelo Judiciário. Constatou-se que essa precedência *prima facie* tem fundamento em dois fatores. Em primeiro lugar, o gestor público possui uma maior legitimidade democrática, o que implica que deve arcar com o ônus de sua responsabilidade política de tomar as difíceis decisões políticas de enfrentamento à pandemia, sujeitando-se a eventuais responsabilizações decorrentes de omissões ou ações que no futuro se mostrarem equivocadas. Em segundo lugar, o Poder Executivo possui uma maior capacidade técnica-institucional para a tomada de decisão, com o orçamento à disposição, assessoramento técnico-científico, maior compreensão acerca da estrutura de saúde, e maior interlocução com as forças produtivas da sociedade. Essa maior capacidade técnica-institucional reflete-se em uma maior habilitação para o manejo de ações a partir de dados dinâmicos, com rápida variação do número de contágios, hospitalizações, leitos disponíveis e óbitos.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica (Orgs.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.
- ALEXY, Robert. As dimensões real e ideal do direito. In: TRIVISONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica (Orgs.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Cidades, Rio Grande do Sul, Pelotas. Panorama. 2020a. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/pelotas/panorama>. Acesso em: 13 mai 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6343/DF*. Acórdão Medida Cautelar. Plenário. Relator Min. Marco Aurélio. J. 06.05.2020. 2020b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6421 MC/DF*. Acórdão Medida Cautelar. Plenário. Relator Min. Luís Roberto Barroso. J. 21.05.2020. 2020c.
- BUBLITZ, Juliana. Entenda por que Pelotas é a única cidade com mais de 200 mil habitantes e zero mortes de covid-19 no país. *GZH Saúde*, Pelotas. 18.06.2020 às 14:09h. Disponível em:

<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/06/entenda-por-que-pelotas-e-a-unica-cidade-com-mais-de-200-mil-habitantes-e-zero-mortes-de-covid-19-no-pais-ckbkvtgxy003v015ndeqrp4e1.html>.

Acesso em: 16 mai. 2021.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Direito constitucional, pandemia e globalização. *Prim@ facie*, v.19, n.42, p.16-36, 2020.

CAVALCANTI, H.; NETO, E.; CERQUEIRA, N. Toque de recolher e lockdown: a mutação inconstitucional promovida pelas autoridades locais no combate à Covid-19 no Brasil. *Prim@ facie*, v.19, n.42, p.463-489, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERGUSON, Neil et al. Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand. *Imperial College London (16-03-2020)*, 2020. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/mrc-global-infectious-disease-analysis/covid-19/report-9-impact-of-npis-on-covid-19/> . Acesso em: 07 jun. 2021.

GORBALENYA, Alexander et al. Coronaviridae Study Group of the International Committee on Taxonomy of Viruses. The species Severe acute respiratory syndrome-related coronavirus: classifying 2019-nCoV and naming it SARS-CoV-2. *Nature microbiology*. v.5, n.4, 02.03.2020, p.536-544, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41564-020-0695-z> . Acesso em: 13 mai. 2021.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Fabris,

- 1998.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 139-178, 2009.
- International Epidemiological Association (IEA). *Cesar Victora named winner of 2021 Richard Doll Prize in Epidemiology*. 2021. Disponível em: [http://ieaweb.org/IEAWeb/News/Cesar\\_Victora\\_Wins\\_2021\\_Richard\\_Doll\\_Prize.aspx](http://ieaweb.org/IEAWeb/News/Cesar_Victora_Wins_2021_Richard_Doll_Prize.aspx) . Acesso em: 07 jun. 2021.
- LI, Qun et al. Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus–Infected Pneumonia. *The New England Journal of Medicine*, v.382, n.13, 26.03.2020, p. 1199-1207, 2020. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmoa2001316> . Acesso em: 13 mai. 2021.
- MARANHÃO. TJMA. Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luis. *Ação Civil Pública nº 0813507-41.2020.8.10.0001*. Decisão Liminar. Juiz Douglas de Melo Martins. J. 30.04.20. 2020a.
- MARANHÃO. Secretaria da Saúde do Maranhão. *Boletim Epidemiológico COVID 19 – 28.04.2020*. 2020b. Disponível em: <https://www.saude.ma.gov.br/boletins-covid-19/> . Acesso em: 04 jun. 2021.
- MARANHÃO. Secretaria da Saúde do Maranhão. *Boletim Epidemiológico COVID 19 – 29.04.2020*. 2020c. Disponível em: <https://www.saude.ma.gov.br/boletins-covid-19/> . Acesso em: 04 jun. 2021.
- MARANHÃO. Secretaria da Saúde do Maranhão. *Boletim Epidemiológico COVID 19 – 30.04.2020*. 2020d. Disponível

- em: <https://www.saude.ma.gov.br/boletins-covid-19/> . Acesso em: 04 jun. 2021.
- MARANHÃO. TJMA. Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luis. ACP nº 0813507-41.2020.8.10.0001. Documento ID 30578996, juntada 30.04.20. Secretaria da Saúde do Maranhão. *Panorama COVID 19 no Maranhão – 29.04.2020*. 2020e.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, mai./ago. 2018.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Actualización de la estrategia frente a la Covid-19, 14.04.2020*. Genebra: OMS, 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020\\_es.pdf?sfvrsn=86c0929d\\_10](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020_es.pdf?sfvrsn=86c0929d_10)>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- PELOTAS. Decreto municipal nº 6.249 de 17.03.2020. *Diário Oficial dos Municípios do Rio Grande do Sul*. Ano XII, n. 2772, 18.03.2020, p.73-75, 2020a. Disponível em: <http://www.diariomunicipal.com.br/famurs/> . Acesso em: 18 mai 2021.
- PELOTAS. Decreto municipal nº 6.267 de 22.04.2020. *Diário Oficial dos Municípios do Rio Grande do Sul*. Ano XII, n.2796, 23.04.2020, p.47-56, 2020b. Disponível em: <http://www.diariomunicipal.com.br/famurs/> . Acesso em: 18 mai 2021.
- PELOTAS. Decreto municipal nº 6.300 de 05.08.2020. *Diário Oficial dos Municípios do Rio Grande do Sul*. Ano XII, n. 2869 , 06.08.2020, p.64-65, 2020c. Disponível em:



- <http://www.diariomunicipal.com.br/famurs/> . Acesso em: 18 mai 2021
- PELOTAS. Prefeitura Municipal de Pelotas. *Boletim coronavirus nº 7 – 25.03.2020*. 2020d. Disponível em: <https://www.pelotas.com.br/noticia/boletim-coronavirus-no-7-25032020> . Acesso em: 18 mai. 2021.
- PELOTAS. Prefeitura Municipal de Pelotas. *Boletim coronavirus nº 94 – 20.06.2020*. 2020e. Disponível em: <https://www.pelotas.com.br/noticia/boletim-coronavirus-no-94-20062020> . Acesso em: 18 mai. 2021.
- RIO GRANDE DO SUL. TJRS. *ADI 0081196-84.2020.8.21.7000*. Plantão. Decisão Liminar Monocrática. Presidente Des. Voltaire de Lima Moraes. J. 09.08.2020. 2020a.
- RIO GRANDE DO SUL. TJRS. *ADI 0081196-84.2020.8.21.7000*. Manifestação do Estado do Rio Grande do Sul acerca da constitucionalidade do Decreto Municipal nº 6.300/20, editado pelo Município de Pelotas. Protocolada 17.09.2020. 2020b.
- RIO GRANDE DO SUL. Estado do Rio Grande do Sul. *Nota técnica com a justificativa da classificação de risco por região*. 07.08.20, p.1-9, 2020c. Disponível em: <https://estado.rs.gov.br/upload/arquivos//dc-semana14-nt-11a17ago.pdf> . Acesso em: 19 mai. 2021.
- RIO GRANDE DO SUL. *Decreto estadual nº 55.240, de 10 de maio de 2020*, 2020d. Disponível em: <https://saude-admin.rs.gov.br/upload/arquivos/202005/12091118-55-240.pdf> . Acesso em: 19 mai. 2021.
- RIO GRANDE DO SUL. Estado do Rio Grande do Sul. *Nota técnica do Comitê Científico de Apoio ao Enfrentamento à Pandemia Covid-19 - 08.05.2020*, 2020e. Disponível em: <https://www.inova.rs.gov.br/upload/arquivos/202005/08233823-comite-cientifico-08maio2020.pdf> . Acesso em: 19 mai. 2021.

- RODRIGUES, Carlos Coutinho. COVID 19 e a gestão de crises em Portugal. In: CARREIRAS, Helena. *COVID 19 e gestão de crises: um novo paradigma?*. National Defense Institute of Portugal, IDN brief especial pandemia, 13.05.2020, p.2-3, 2020.
- SANTOS, Boaventura. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, p.915-937, 2012.
- SOTERO, Ana Paula; SOARES, Ricardo. Constituição e restrição a direitos fundamentais em tempos de pandemia de COVID-19: um breve estudo do lockdown no Estado do Maranhão. In: BAHIA, Saulo; MARTINS, Carlos (Orgs.). *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavirus: segundo volume*. São Paulo: Editora IASP, 2020.
- Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Comitê Interno Para Acompanhamento Da Evolução Da Pandemia Da Covid-19 – Ufpel. Comitê Interno Para Ações De Enfrentamento À Pandemia Do Coronavírus - He Ufpel/Ebserh Covid-19. *Nota técnica, de 31 de julho de 2020*. Pelotas, 2020a. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/covid19/files/2020/07/Nota-te%CC%81cnica-COMITE-UFPEL-COVID-31072020.pdf> . Acesso em: 16 mai. 2021.
- Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Comitê Interno Para Acompanhamento Da Evolução Da Pandemia Da Covid-19 – Ufpel. Comitê Interno Para Ações De

- Enfrentamento À Pandemia Do Coronavírus - He Ufpel/Ebserh Covid-19. *Nota técnica, de 14 de agosto de 2020*. Pelotas, 2020b. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/covid19/files/2020/08/Nota-t%C3%A9cnica-COMITE-UFPEL-COVID-14082020.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2021.
- Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). *Apresentação institucional do Centro de Pesquisas Epidemiológicas (CPE)*. 2021. Disponível em: <http://www.epidemioufpel.org.br/site/content/home/index.php>. Acesso em: 07 jun. 2021.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? *Boston College Law Review*, Newton, v. 54, p. 433-468, 2013. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2/>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.