

## O CONTROLE PONDERADO E A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO MUNICIPAL N.º 21.118/2020

### *THE BALANCED CONTROL AND DECRETO MUNICIPAL N.º 21.118/2020 OF CONSTITUTIONALITY*

#### **FAUSTO SANTOS DE MORAIS**

Docente do PPGD Atitus Educação Membro Fundador da Assoc. Ibero Americana de Direito e IA – AIDIA. Editor Chefe da Revista Brasileira de IA e Direito – RBIAD Head do Grupo de Pesquisa IAJUS TEAM. E-mail: faustosmorais@gmail.com. ORC ID: 0000-0002-4648-2418.

#### **ALEXANDRE ATAUALPA SELAYARAN**

Advogado especialista em Direito e Processo do Trabalho. Membro do grupo de estudo “Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais” e do grupo de estudo “Inteligência Artificial e Direito”, ambos da Escola de Direito da Faculdade Meridional, Passo Fundo/RS. E-mail: aaselayaran@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5052695502609493>; ORC ID: 0009-0007-9715-694X.

#### **RESUMO**

Este trabalho concentra-se na legitimidade democrática e controle judicial das decisões políticas, indagando-se, assim, se o Supremo Tribunal Federal interferiu indevidamente na competência do Poder Executivo em razão da decisão proferida na SS 1.309/SP. Para fins de desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á o método fenomenológico-hermenêutico. E, sendo assim, a hipótese adotada é que o STF não teria discricionariedade para modificar a regulamentação estabelecida pelo Decreto n.º 21.118/2020, que era objeto de análise na SS 1.309/SP. A fim de cumprir o objetivo geral do trabalho, haverá o desenvolvimento de três objetivos específicos. Primeiramente, será apresentada a regulamentação realizada por meio do Decreto n.º 21.118/2020 atinente à restrição ao Direito de Liberdade dos idosos. Num segundo momento, será apresentado o debate judicial acerca da (in)constitucionalidade do referido decreto, especialmente a decisão proferida pelo STF. Derradeiramente, apresentar-se-á a proposta teoria do controle judicial ponderado. A justificativa desse estudo está associada ao sempre atual debate acerca do limite do controle judicial das decisões políticas, as quais foram ainda mais discutíveis quando do estado pandêmico vivenciado não só no Brasil. Ao final do estudo, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal deveria ter mantido a decisão do Poder Executivo, de acordo com a teoria do controle judicial moderado.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais; Direito à liberdade; Controle Judicial; Coronavírus.



## ABSTRACT

This work focuses on the democratic legitimacy and judicial control of political decisions, asking whether the Federal Supreme Court unduly interfered with the competence of the Executive Branch due to the decision issued in SS 1.309/SP. For the developing this work, will be used the phenomenological-hermeneutic method. The hypothesis adopted is that the STF would not have discretion to modify the regulation established by “Decreto” n.º 21.118/2020, which was the object of analysis in SS 1.309/SP. There will be the development of three specific objectives. First, the regulation carried out through Decreto n.º 21.118/2020 regarding the restriction of the Right to Liberty of the elderly will be presented. In a second moment, the judicial debate about the (un)constitutionality of the aforementioned decree will be presented, especially the decision handed down by the STF. Finally, the proposed theory of weighted judicial control will be presented. The justification for this study is associated with the ever-current discussion about the limit of judicial control of political decisions, which were even more debatable when the pandemic state experienced not only in Brazil. At the end of the study, it was found that the Federal Supreme Court should have maintained the decision of the Executive Branch, according to the theory of moderate judicial control.

**Keywords:** Social right; Right to freedom; Judicial review; Coronavírus.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi planejado sobre o tema da intervenção judicial nas decisões políticas na pandemia do coronavírus, mais especificadamente sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Suspensão de Liminar 1.309 em que se discutia a (in)constitucionalidade do Decreto n.º 21.118/2020 em razão de ter restringido o Direito Fundamental de ir e vir dos idosos.

Nesse contexto, assume-se para o presente trabalho a seguinte problemática: O Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida na ação acima referida, adotou um adequado posicionamento de intervenção judicial em relação a esta escolha política? Para tanto, adotou-se a hipótese de que, num controle judicial ponderado em observância ao Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais, o Supremo deveria ter observado a decisão do Poder Executivo, mantendo-se, assim, a constitucionalidade do Decreto n.º 21.118/2020.

Por conta disso, pretende-se aqui, de maneira geral, apresentar a proposta teórica de Mathias Klatt acerca da reformulação da ideia de intervenção judicial no tema dos



Direitos Positivos. A proposta será desenvolvida mediante o uso do método fenomenológico-hermenêutico.

A justificação da pesquisa está relacionada com dois principais aspectos: **(a)** relevância social-jurídica acerca dos debates de (in)constitucionalidade das restrições aos Direitos Fundamentais, em especial durante a pandemia do coronavírus; **(b)** os debates que ainda ocorrem acerca da (re)formulação da legitimidade democrática e, também, judicial, especialmente quando se está tratando da proteção dos Direitos Fundamentais num contexto brasileiro de judicialização da política e de ativismo judicial.

Por fim, calha mencionar que esse artigo está estruturado sob três objetivos específicos. Num primeiro momento, será apresentada as minúcias do Decreto n.º 21.118/2020 do Município de São Bernardo do Campo do Estado de São Paulo. Posteriormente, será apresentada a discussão judicial acerca do referido Decreto, atentando-se, em especial, a decisão do Supremo Tribunal Federal. Derradeiramente, será apresentada a teoria do controle judicial ponderado.

Ao final do ensaio, verificou-se que a hipótese inicialmente proposta foi integralmente confirmada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal deveria ter privilegiado a decisão do Poder Executivo.

## 2. DAS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE IR E VIR DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Nesta seção, será abordada a restrição ao Direito Fundamental de ir e vir dos idosos durante a pandemia do coronavírus, expondo, em especial, o Decreto publicado pelo Município de São Bernardo do Campo do Estado de São Paulo na época.

Como sabido, o mundo vivenciou uma grave crise sanitária, a qual impôs atuações estratégicas, por parte dos governantes, a fim de conter a rápida circulação comunitária do coronavírus.

No Brasil, até o dia 07/08/2020, às 18h50min, por exemplo, 2.922.442 pessoas foram contaminadas pelo vírus e infelizmente 99.572 pessoas não suportaram e vieram a óbito, conforme dados do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020).



Diante da gravidade da pandemia mundial, muitos países trabalharam incansavelmente em estudos científicos a fim de descobrir tratamentos eficazes e seguros contra a doença da COVID-19. O resultado desse incansável trabalho é as diversas vacinas aprovadas.

Antes da aprovação das vacinas e o início da vacinação no mundo afora, diversas medidas foram tomadas pelos agentes políticos a fim de conter a rápida contaminação pelo vírus. Por vezes, as medidas adotadas foram rígidas, como, por exemplo, a implementação de *lockdown*.

O município de São Bernardo do Campo do Estado de São Paulo, em 24/03/2020, adotou, mediante a publicação do Decreto n.º 21.118/2020, restrição à liberdade dos idosos, em especial ao Direito de ir e vir, a fim de proteger a saúde deste grupo de pessoas na pandemia do coronavírus.

O artigo 3º do referido decreto obrigava o recolhimento residencial das pessoas com 60 anos ou mais, podendo, todavia, haver o deslocamento tão somente para os trabalhadores da área de saúde e para a realização de atividades necessárias, as quais deveriam estar previstas em lei ou decreto (SÃO BERNARDO DO CAMPO, 2020).

No entanto, essas medidas mais restritivas de Direitos quase sempre são objeto de debate jurídico no que se refere à (in)constitucionalidade. Tanto é que, logo após a publicação do Decreto acima, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública contra o Município e a empresa de transporte coletivo público (n.º 1007205-25.2020.8.26.0564) a fim de proibir a aplicação do referido decreto, inclusive com pedido de tutela de urgência.

Após a apresentação do Decreto municipal, pretende-se, na próxima seção, apresentar as decisões proferidas no âmbito da ação civil pública acima mencionada, especialmente quanto ao entendimento adotado à época pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3. DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como dito acima, logo após a publicação do Decreto municipal, o *Parquet* estadual ajuizou ação judicial a fim de suspender os efeitos da norma municipal, a qual visava a



proteção do Direito à saúde e do Direito à vida dos idosos, assim como a diminuição da contaminação comunitária do coronavírus.

Na análise perfunctória da ação, em especial no que se refere ao pedido de tutela provisória, o juízo de piso deferiu parcialmente no sentido de que, em havendo justa causa, os idosos poderiam circular livremente (TJSP, 2020). Tendo em vista a decisão a respeito da tutela de urgência, o *Parquet* interpôs agravo de instrumento para que fosse deferida a suspensão da eficácia jurídica da indigita norma (TJSP, 2020).

Na análise do agravo de instrumento, o Des. Rel. Fermino Magnani Filho concedeu a tutela provisória para suspender os efeitos do Decreto Municipal, permitindo-se, assim, a circulação livre dos idosos (TJSP, 2020).

Ante os termos da decisão monocrática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a municipalidade interpôs, junto ao Supremo Tribunal Federal, a suspensão da liminar ora deferida, uma vez que esta supostamente provocaria lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança pública (SFT, 2020).

Além disso, ressaltou que o Decreto em questão pretendia proteger os Direitos Fundamentais dos idosos, principalmente a saúde e a vida. Ainda, defendeu que o Decreto Municipal estava em conformidade com o Decreto Estadual, bem como com a Portaria 454/2020 do Ministério da Saúde (STF, 2020).

Derradeiramente, mencionou que o decreto editado estava em conformidade com a decisão liminar proferida da ADI 6.341, na qual foi ressaltada a competência concorrente dos Estados e Municípios no combate à pandemia do coronavírus (STF, 2020).

Em resumo, a municipalidade alegava a constitucionalidade, a legitimidade e a legalidade do Decreto editado a fim de proteger a saúde e a vida das pessoas de 60 anos ou mais.

Na análise da suspensão liminar, o Min. Dias Toffoli, todavia, negou seguimento ao recurso, nos termos do art. 21, §1º, do Regimento da Corte Suprema, pois segundo o Min. a decisão liminar não gerava risco de dano à ordem público-administrativa (STF, 2020).

De acordo com o Min. relator, as normas mencionadas pela municipalidade não impõem a restrição do direito de ir e vir de pessoas maiores de 60 anos e sim recomendam a não circulação dessas pessoas em razão da pandemia instalada no país.

Em seu voto, o Min. registrou que, a despeito da competência para editar o referido Decreto, este deveria estar embasado em recomendação técnica e fundamentada da ANVISA para impor o recolhimento obrigatório, o que, todavia, não foi demonstrado no caso.

Segundo o Min. Dias Toffoli, este foi o entendimento, inclusive, exposto na decisão cautelar proferida pelo Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341. Registre-se que, no momento da decisão ora em análise, ainda não havia sido referendada a decisão cautelar proferida no bojo da ADI acima, pois aquela foi publicada em abril de 2020 (STF, 2020).

Portanto, o Min. entendeu que a restrição adotada, no âmbito municipal, não se justificava tão somente pela pandemia do coronavírus. Para tanto, o Decreto restritivo deveria estar amparado em fundamentação técnica, sobretudo da ANVISA.

Por fim, o Min. destacou que o enfrentamento da pandemia deveria ocorrer de maneira organizada e coordenada, devendo, em especial, os órgãos públicos agirem em observância às decisões capitaneadas pelo Ministério da Saúde, o qual se mostra como órgão hierarquicamente superior no que tange à proteção da saúde. Assim, entendeu que decisões isoladas, como, por exemplo, o Decreto objeto do presente recurso ocasionavam desorganização na administração pública.

Após demonstrar o trâmite da ação civil pública, que questionava a (in)constitucionalidade do Decreto municipal, em especial os fundamentos da decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, passar-se-á, nas próximas seções, à análise dos fundamentos da decisão do STF sob o foco do presente trabalho.

#### 4. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL

Muito ainda se debate em relação à legitimidade do controle judicial, sobretudo com relação a concretização de Direitos Fundamentais. Muitas correntes teóricas foram



e ainda são elaboradas a fim de responder qual a melhor postura do Poder Judiciário num Estado Democrático de Direito.

Antes de adentrar-se no constructo teórico do controle judicial ponderado, pretende-se, nessa seção, mencionar quais são os posicionamentos dogmáticos mais comuns acerca da (in)existência de legitimidade democrática do controle judicial quando se trata de Direitos Fundamentais. Entende-se que se faz importante tal introito para posteriormente explicar a ideia moderada a respeito do controle judicial.

É consabido que o reconhecimento dos Direitos Fundamentais como normas jurídicas constitucionais (supremacia constitucional) ocorreu a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, pois é o momento em que os Direitos Fundamentais assumem a característica de normas autoaplicáveis e com vinculação aos três poderes (NOVAIS, 2012, p. 199).

No Brasil, pode-se afirmar que esse reconhecimento dá-se com a promulgação da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, pois a referida Carta Máxima restabeleceu o regime democrático no país, ou seja, a Constituição instaurou o Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014, p. 275).

A Constituição brasileira está atrelada aos pressupostos teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo, o qual possui como marco inicial o término da 2ª Guerra Mundial (BARROSO, 2013, p. 30 – 31).

É no Constitucionalismo Contemporâneo que surgiu um dos principais debates na dogmática jurídica. O referido debate está atrelado às relações entre Democracia e Jurisdição Constitucional, uma vez que as Constituições do pós 2ª Guerra Mundial, além de estabelecerem pontos formais, direcionaram-se ao estabelecimento de uma “obra material aberta” (MORAIS, 2009, p. 72).

Muito se discutiu e ainda se discute acerca da legitimidade para atribuir sentido à Constituição, principalmente acerca do papel do Poder Judiciário na proteção e/ou concretização dos Direitos Fundamentais num Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>.

A indigitada discussão ocorre principalmente pelas Teorias Procedimentalistas e Substancialistas, uma vez que essas pretendem responder o questionamento referente

---

<sup>1</sup> No contexto brasileiro, pode-se afirmar que a referida proposição é fundamentada em dois principais movimentos. Sendo eles: a) judicialização da política e b) ativismo judicial.

ao papel da Jurisdição Constitucional ante os redesenhos institucionais da Democracia (STRECK, 2014, p. 151).

De acordo com o constructo teórico da Teoria Procedimentalista da Democracia, o papel do Judiciário seria de “ser guardião das formas da democracia”. Isto é, a jurisdição constitucional exercida pelo judiciário deveria tão somente verificar o respeito aos procedimentos da participação popular (OLIVEIRA, 2009, p. 47).

Por outro lado, os adeptos à Teoria Substancialista da Democracia entendem que cabe ao Judiciário a função de interpretar a Constituição e, conseqüentemente, proteger de maneira mais contundente os Direitos Fundamentais (STRECK, 2014, p. 163 – 164).

Considerando tais perspectivas teóricas distintas, assume-se para esse trabalho a problemática de que ainda se faz necessário (re)pensar a relação entre a legitimidade democrática e o Poder Judiciário, na proteção dos Direitos Fundamentais, a fim de reformular a ideia de tudo ou nada acima esboçada.

Diante desse embate teórico, apresentar-se-á, na próxima seção, a teoria proposta por Matthias Klatt em relação à intervenção judicial nas decisões do Poder Legislativo ou Executivo, que visam instituir (ou deixam de instituir) políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais sociais.

## 5. CONTROLE JUDICIAL PONDERADO DOS DIREITOS POSITIVOS

Em relação aos Direitos Sociais, sabe-se que muitos debates ocorreram – até mesmo se eram ou não Direitos Fundamentais – e ainda ocorrem, principalmente sobre a adequada atuação do Poder Judiciário na concretização desses direitos num contexto cada vez maior de judicialização da política<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> De maneira ilustrativa, convém mencionar os debates referentes às seguintes questões: (a) Reserva do Possível, (b) Mínimo Existencial, (c) Separação dos Poderes e (d) Ativismo Judicial. Para maiores esclarecimentos em relação à temática cfr: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: BARCELLOS, Ana Paula de; SARLET, Ingo Wolfgang (org); TIMM, Luciano Benetti (org) [et al.]. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2ª ed. 2013; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009 e SGARBOSSA, Luís

Alexy contribuiu para esse debate ao defini-los como deveres estatais de proteção, ou seja, que exigem uma ação do Estado (ALEXY, 2008, p.459) e, para além disso, apresentam-se com a mesma natureza de princípio. Isto é, exigem uma proteção estatal mais ampla possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, podendo, então, colidir com outros princípios (ALEXY, 2008, p.463).

Para a resolução dos conflitos entre princípios, Alexy menciona a necessidade da máxima da proporcionalidade. A proporcionalidade é utilizada como critério ambivalente, tanto na proibição do excesso quanto na proibição de proteção deficiente. Para tanto, foram desenvolvidas diferentes metodologias para controlar a aplicação da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p.463 – 464).

Concentrando-se na análise da proteção deficiente oferecida pelo Estado, dever-se-ia considerar uma estrutura de argumentação própria que, em que pese seja parecida com a análise da proibição do excesso, possui suas peculiaridades próprias (MICHAEL, 2010, p.196).

Quando a proporcionalidade diz respeito à proteção eficiente, exigir-se-á considerar questões um pouco diferentes quanto à proibição do excesso. Nesse sentido, a análise inicia-se com o exame da exigência de um meio de proteção em atenção à determinada finalidade (MICHAEL, 2010, p. 197), fazendo com que se constitua o dever do Estado atuar para alcançar aquele dito objetivo. O objeto de análise é a ordem para empregar determinado meio (MICHAEL, 2010, p. 197).

Num segundo momento, verificar-se-á se o meio empregado é idôneo para atingir a finalidade requerida. Se o meio não for idôneo a qualquer fim ou implicar na ofensa de outras finalidades, este deve ser considerado deficiente (MICHAEL, 2010, p. 197).

O terceiro passo é verificar se o Estado realizou os meios necessários para atingir a finalidade protetiva consagrada como Direito Fundamental, devendo, assim, o Estado promover o meio menos gravoso com o mesmo resultado como forma de proteger os Direitos Fundamentais e demais finalidades constitucionais. Nesse momento, a

ponderação se faria presente quanto à existência de meios mais efetivos e igualmente moderados para a realização dos fins postos ao Estado (MICHAEL, 2010, p. 197).

Isto é, especula-se se a medida deveria potencializar a efetividade da finalidade sem promover maior intervenção em outras finalidades (ou Direitos Fundamentais) concorrentes. Essa análise, nos moldes da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, exigiria o uso da ponderação.

Num quarto e último teste sobre a proteção deficiente, exigir-se-ia o exame quanto à conveniência da proteção (MICHAEL, 2010, p. 198). Somente seria possível revisar a conveniência do meio pedido e a alternativa adotada pelo Estado quando outro meio fosse único, mais idôneo e efetivo.

Não sendo esse o caso, a omissão ou a medida adotada gozaria de um espaço de discricionariedade decorrente de uma prognose constitucional-legislativa (MICHAEL, 2010, p. 198).

Ainda no que diz respeito aos Direitos Sociais, conforme entende Klat, esses possuem, em si, quatro problemas. Quais sejam: **a)** justificção; **b)** conteúdo; **c)** estrutura e **d)** competência/justiciabilidade (KLAT, 2015, p. 218).

Muito embora o autor mencione quatro problemas atinentes aos Direitos Positivos, será trabalhado apenas o problema da competência/justiciabilidade, que, ao fim e ao cabo, está inter-relacionado aos demais problemas<sup>3</sup>.

O debate acerca da competência e/ou justiciabilidade dos Direitos Sociais refere-se ao adequado posicionamento do Poder Judiciário a ser adotado na concretização dos Direitos Fundamentais a prestações positivas, haja vista a competência democrática dos agentes políticos para decidir sobre o tema (KLATT, 2015, p. 220).

Esse problema trata-se, em síntese, de um conflito de princípios de competência, ou seja, conflito entre princípios formais, razão pela qual se faz necessária a utilização da máxima da proporcionalidade para a solução desse conflito (KLAT, 2015, p. 216).

A ideia de princípios formais está relacionada com o conceito de princípios materiais de Robert Alexy. Isto é, os princípios formais são mandamentos de otimização

<sup>3</sup> Tal delimitação justifica-se em razão da própria abordagem que será realizada neste artigo e, sobretudo, em função da limitação redacional necessária.

de algo na maior medida possível, atendendo-se, no caso concreto, as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2014, p. 13).

Contudo, é possível diferenciar os princípios materiais e formais em virtude da “palavra algo”, uma vez que o objeto a ser otimizado nos princípios materiais refere-se a conteúdos como, por exemplo, vida, liberdade, saúde, mínimo existencial, dentre outros (ALEXY, 2014, p. 13).

Por outro lado, o objeto de otimização dos princípios formais são as próprias decisões. Não importando, portanto, o conteúdo material. Em síntese, os princípios formais requerem que as normas jurídicas vigentes sejam otimizadas pela autoridade competente.

A fim de exemplificar a categoria dos princípios formais, Alexy menciona o princípio da Democracia (representativa), que ilustra a noção de princípios formais, pois o citado princípio refere-se a decisões tomadas por agentes políticos democraticamente eleitos.

Para Klatt a solução do problema da intervenção judicial dos Direitos Sociais dar-se-á mediante uma postura flexível, tendo em vista que o nível de intensidade da intervenção judicial será flexibilizado – mediante a utilização da ponderação – em vez de se apostar num modelo de “tudo ou nada”<sup>4</sup> (KLATT, 2015, p. 237).

Desse modo, a estruturação da ponderação de princípios formais dar-se-á de maneira idêntica aos princípios materiais. Isto quer dizer que a ponderação decorre da primeira lei de sopesamento. Qual seja? “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” (KLATT, 2015, 240).

Assim sendo, a ponderação desse conflito de competências deverá seguir três questionamentos (KLATT, 2015, p. 240). Sendo eles: a) “Qual o grau de não satisfação da competência”? b) “Qual a importância de satisfazer a outra competência”? c) “A importância justifica a não satisfação da primeira competência?”

---

<sup>4</sup>A ideia de “tudo ou nada” está relacionada com uma concepção de Jurisdição Constitucional que intervém pouco ou muito nestes casos. Estes modelos podem ser compreendidos a partir das Teorias Substantialistas ou Procedimentalista. Para maiores esclarecimentos, c.f.r: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora, p. 275. Revista dos Tribunais, 2014.

Em relação a esta primeira etapa da ponderação, o autor aduz que se trata de uma estrutura interna e, em virtude disso, será uma justificação de ordem interna do conflito de competência (KLATT, 2015, p. 240 – 241).<sup>5</sup>

No que se refere à justificação externa, verifica-se que está ligada à avaliação no caso concreto do grau de intensidade da intervenção judicial na esfera de decisão política dos Direitos Sociais (KLATT, 2015, p. 241).

Nessa seção apresentaram-se ideias gerais acerca do controle judicial ponderado dos Direitos Sociais. Na próxima etapa desse estudo, será abordada apenas a questão do grau de intensidade do controle judicial.

## 6. INTENSIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Primeiramente, convém destacar que a justificação externa, mencionada na seção anterior, é dependente de argumentos externos à ponderação. Esses argumentos estão atrelados ao peso concreto (grau de intensidade) da interferência judicial na competência dos agentes políticos (KLATT, 2015, p. 242).

Klatt propõe, portanto, quatro fatores – não taxativos - que contribuirão para quantificar o peso concreto da interferência do Poder Judiciário na decisão política do Poder Legislativo ou Executivo (KLATT, 2015, p. 242). Anteriormente, necessário mencionar os níveis de intensidade da intervenção, ou seja, os níveis que representam o peso concreto do controle judicial.

O nível de intensidade será definido apenas no caso concreto, pois só será possível constatar o grau de intervenção após a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso (KLATT, 2015, p. 221).

A intensidade da intervenção será averiguada em consonância com a escala triádica desenvolvida pelo autor, a qual está relacionada à deferência do Poder Judiciário ao Legislativo e/ou executivo (KLATT, 2015, p. 232 - 234)

---

<sup>5</sup> No presente artigo não será apresentada de maneira minuciosa a questão sobre a justificação interna, pois, conforme já apontado, esse artigo foi delimitado com intuito de problematizar tão só a questão da justificação externa.

Tal escala triádica é ilustrada da seguinte maneira: **a)** controle de leve intensidade; **b)** controle de moderada intensidade (intermediário); e **c)** controle de séria intensidade.

No que tange ao controle de leve intensidade, o autor menciona que é, por parte do Poder Judiciário, um alto grau de deferência aos agentes políticos. O controle de nível intermediário, por outro lado, está relacionado à qualidade da decisão do Poder Legislativo ou Executivo, ou seja, se a decisão foi apropriada ou eficaz (KLATT, 2015, p. 232 – 233).

O controle de séria intensidade, por sua vez, corresponde a um grau ínfimo de deferência às decisões tomadas pelos poderes políticos, porquanto o Judiciário está vinculado à ideia de efetividade dos Direitos Fundamentais pela via judicial (KLATT, 2015, p. 233 – 234).

São, portanto, esses os níveis de intensidade do controle judicial, que serão verificados no caso concreto e mediante a utilização de quatro fatores. Quais sejam? Os fatores – não exaustivos – são os seguintes: **a)** qualidade da decisão; **b)** segurança epistêmica das premissas; **c)** legitimidade democrática; e **d)** princípios materiais.

A qualidade decisória será verificada mediante a análise dos argumentos justificadores da decisão. Além disso, ressalta Klatt que quanto maior a qualidade da decisão legislativa/executiva maior será o peso atribuído à competência dessa decisão (KLATT, 2015, p. 242 – 243).

A insegurança epistêmica das premissas está associada ao consenso das premissas argumentativas da decisão. A (in)segurança epistêmica existe em relação às premissas normativas e empíricas (KLATT, 2015, p. 245).

Ademais, destaca o autor que quanto maior a insegurança das premissas - sejam elas normativas ou empíricas - maior será o peso da decisão do poder político em razão da legitimidade democrática para decidir sobre questões controversas.

Por outro lado, a insegurança epistêmica quanto às premissas não poderá causar a omissão do Poder judiciário, o qual deve, ao menos, averiguar a existência fática da insegurança e, sobretudo, se a decisão foi coerente e racional (KLATT, 2015, p. 248).

No caso do Decreto municipal, que determinou o recolhimento residencial obrigatório dos idosos durante a pandemia do coronavírus, é possível visualizar com mais clareza esse fator. Isto é, ao tempo da publicação do Decreto, sabia-se que era fato

público e notório a inexistência de tratamento seguro e eficaz contra a infecção pelo coronavírus.

Além disso, no início de abril do ano de 2020, o país já demonstrava sinais de transmissão comunitária do vírus. No município de São Bernardo do Campo, por exemplo, até o dia 01 de abril de 2020, havia 4 (quatro) óbitos confirmados e 37 (trinta e sete) casos confirmados, além de 741 (setecentos e quarenta e um) casos em investigação (SP, 2020).

A legitimidade democrática para a tomada da decisão também é um importante fator para fins de determinação do peso concreto do controle judicial. No entanto, ao contrário de um entendimento apriorístico, calha mencionar que tal fator poderá influenciar um controle judicial maior, consoante a proposta do autor (KLATT, 2015, p. 248 – 249).

Por último, os princípios materiais condizem com a seguinte ideia: **(i)** quanto mais intensa a escolha política afetar um Direito Fundamental, menor será a competência dos poderes políticos para decidir (KLATT, 2015, p. 250).

Contundo, caso inexistirem quaisquer interferências em princípios materiais, a importância da competência do órgão político para decidir sobre a matéria será elevada. (KLATT, 2015, p. 250).

No conflito de competência instaurado na Suspensão de Liminar n.º 1.309 de relatoria do Min. Dias Toffoli, na qual se discutiu a (in)constitucionalidade do Decreto municipal objeto do presente ensaio, pode-se afirmar que todos os fatores descritos acima estão ligados ao caso.

Analisando a decisão tomada no âmbito da Suspensão Liminar n.º 1.309, verifica-se que esta classifica-se num controle de séria intensidade da escolha do Poder Executivo. Ocorre, todavia, que, em contraponto com os fatores de classificação, entende-se que a decisão judicial deveria ter dado maior deferência à escolha do Poder Executivo, uma vez que:

I. O Decreto municipal levou em consideração a pandemia do coronavírus e a necessidade de diminuir a rápida contaminação, especialmente com relação aos idosos (grupo de risco), conforme exposto nas considerações do Decreto (São Bernardo do Campo, 2020);

II. Havia, na época da publicação do Decreto, insegurança epistêmica quanto às premissas normativas e empíricas. A insegurança quanto às premissas normativas refere-se, no presente caso, à (in)constitucionalidade da obrigatoriedade do recolhimento residencial para idosos;

II.1. A insegurança empírica, por sua vez, relacionava-se às medidas sanitárias efetivas e suficientes para que fosse diminuída a rápida contaminação pelo coronavírus, ou seja, na época de publicação do Decreto não havia tratamento seguro àqueles contaminados pelo vírus.

Por outro lado, convém registrar que havia mínima segurança empírica no que se refere às medidas – distanciamento social - a fim de evitar a transmissão comunitária do vírus (OPAS, 2020). Também, havia mínima segurança empírica no que tange a quais pessoas enquadravam-se no grupo de risco, como, por exemplo, os idosos (MG, 2020).

Aqui cabe, ainda, uma análise comparativa com os argumentos expostos na decisão do Min. relator. Conforme já exposto acima, o Min. Dias Toffoli entendeu que, a despeito da competência para editar o referido decreto, este deveria estar embasado em recomendação técnica e fundamentada da ANVISA para impor o recolhimento obrigatório, o que, todavia, não foi demonstrado no caso. Aliás, referiu que este foi o entendimento decisório na concessão de medida cautelar na ADI 6.341 pelo Min. Relator Marco Aurélio.

Ocorre, no entanto, que, analisando os termos da decisão cautelar na indigitada ADI, não se identificou a referida tese (STF-A, 2020). No acórdão para fins de referendar a decisão cautelar, há, por sua vez, a tese no sentido de que o conflito no exercício da competência comum dos entes federativos na área do direito à saúde deve ser solucionado pela melhor proteção do direito à saúde, a qual deve ser pautada pelas evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

De todo modo, entende-se que, na época de publicação do Decreto e da decisão proferida na SL 1.309, já havia o enquadramento dos idosos no grupo de risco. Por tal razão, havia a recomendação do Ministério da Saúde, por meio da Portaria 454 de 20/03/2020, para que os idosos observassem o distanciamento social e evitassem deslocamentos desnecessários (BRASIL, 2020).

III. Tendo em vista, então, a proposta do autor, especialmente no que tange ao fator de (in)segurança das premissas normativas e empíricas, entende-se que, no caso em questão, o fator da legitimidade democrática culmina ainda mais na mínima interferência do Poder Judiciário na escolha do Poder Executivo municipal, uma vez que, na época em que publicado o Decreto e em que a decisão foi proferida, havia tanto segurança como insegurança das premissas empíricas, conforme exposto acima.

IV. Por fim, entende-se que, a despeito da significativa restrição ao Direito de liberdade dos idosos, havia com o Decreto municipal uma maior proteção do Direito à saúde da população e, em especial, dos idosos – primeira lei de sopesamento -. Aliás, no presente caso, constata-se que não havia outro meio mais idôneo e mais efetivo para proteger a saúde dos idosos e conter a transmissão comunitária do coronavírus.

Verifica-se, também, que a segunda lei de sopesamento de Robert Alexy corrobora a decisão política. Segundo o autor, “quanto mais pesada for uma interferência<sup>6</sup> em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justifiquem” (ALEXY, 2014, p. 09).

Muito embora as inseguranças normativas e empíricas acima demonstradas no que se refere ao coronavírus, sobretudo no que se refere ao tratamento aos acometidos do coronavírus, constatou-se que, na época do Decreto municipal, já havia mínima segurança empírica – premissas empíricas – em relação às medidas efetivas para conter a rápida transmissão do vírus (distanciamento social) e quais as pessoas estavam inseridas no grupo de risco (idosos, por exemplo).

Então, ainda que a medida adotada pelo Município, com base no princípio formal da competência comum na proteção do Direito à saúde, interfira no Direito Fundamental à liberdade dos idosos, os demais fatores acima debatidos demonstram que o resultado da decisão poderia ter sido no sentido de maior deferência à escolha do poder político.

## 7. CONCLUSÃO

<sup>6</sup> Robert Alexy menciona, também, que interferências em Direitos Fundamentais sem nenhum justificativo material, ou seja, apenas em razão de legitimidade democrática, não é apenas desproporcional, mas também arbitrária. (Idem, p. 20)

O presente trabalho sustentou a hipótese da possibilidade de um controle judicial ponderado sobre as decisões de outros órgãos competentes, como o poder legislativo e o poder executivo. No caso em questão, entende-se que as decisões judiciais, especialmente aquela proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, interviam demasiadamente na escolha política, a qual merecia maior deferência em razão dos seguintes argumentos:

**a)** Na época, o Decreto municipal pretendia com o isolamento domiciliar dos idosos a diminuição do contágio comunitário e, em especial, a proteção do Direito Fundamental à vida e à saúde deste grupo de pessoas;

**b)** Na época em que o Decreto foi publicado, havia a recomendação para que fosse empregado o distanciamento social a fim de diminuir a contaminação comunitária, inclusive dos idosos, conforme Portaria publicada pelo Ministério da Saúde;

**c)** Tanto no momento em que foi publicado o Decreto como no momento em que este foi objeto de análise judicial havia incerteza quanto à premissa normativa. Isto é, havia controvérsia jurídica acerca da (in)constitucionalidade da restrição imposta pelo Município. Por outro lado, havia segurança na premissa normativa quanto à competência da municipalidade para editar normas atinentes ao Direito à saúde a fim de impedir o aumento das consequências da pandemia;

**d)** Quando publicada a referida norma e quando proferida a decisão do Supremo Tribunal Federal, havia insegurança com relação às premissas empíricas quanto aos tratamentos adequados para combater à doença provocada pelo vírus, pois não havia vacina e tampouco tratamentos medicamentosos cientificamente comprovados;

**e)** Por outro lado, havia consenso científico no que se refere ao distanciamento social a fim de diminuir a contaminação comunitária (premissa empírica), bem como a inclusão dos idosos no grupo de risco. Isto é, havia mínima segurança empírica quanto aos grupos mais expostos ao vírus e às consequências mais graves da doença, assim como ao meio adequado para evitar a contaminação.

Contrapondo, assim, os argumentos acima com o constructo teórico de Robert Alexy e, especialmente, com a teoria do controle judicial ponderado, infere-se que o

Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Liminar n.º 1.309, poderia ter adotado o controle judicial de leve intensidade.

Como visto, o Decreto municipal adotou para fins de proteção do Direito Fundamental à saúde e vida dos idosos – integrantes do grupo de risco – o meio mais idôneo e efetivo a fim de impedir a contaminação pelo vírus, o que, por consequência, também diminuiria a contaminação comunitária. Além disso, a norma municipal estava calcada em mínima segurança normativa (competência municipal) e mínima segurança empírica (distanciamento social e grupo de risco).

Portanto, entende-se que a municipalidade havia observado o Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais e o STF deveria ter respeitado a decisão democrática tomada pelo Poder Executivo municipal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Coronavírus – Brasil, 2020**. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 07 Ago. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6341/2020**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.309 SÃO PAULO**. Rel. Min. Dias Toffoli, 1º de Abril de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885747>>. Acesso em: 20. Jan. 2021.



BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA N.º 1007205-25.2020.8.26.0564**. 1ª Vara da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo, 27 de março de 2020. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FO000DRXG0000&processo.foro=564&processo.numero=100720525.2020.8.26.0564&uidCaptcha=sajcaptcha\\_9bac234323634970bd6d2e8cabb1f4ed](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FO000DRXG0000&processo.foro=564&processo.numero=100720525.2020.8.26.0564&uidCaptcha=sajcaptcha_9bac234323634970bd6d2e8cabb1f4ed)>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2059248-62.2020.8.26.0000**. 4ª Câmara de Direito Público, Des. Relator Fermino Magnani Filho, 28 de março de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=205924862.2020.8.26.0000&cdProcesso=RI005SKV90000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv4stfkhV2x5MFkgc%2B3ys31X01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcdctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrsINQoWf%2BSkMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yl7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9IsPfdEPBq7lchWcneJ%2BY7f4EVtna15WIYCsZ2%2BDBDmBBBBoXMUcJ5wC6nImQOAZJhLa375kh7i5CxvHC7g4QOoPeSA%3D%3D>>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

BRASIL, Município de São Bernardo do Campo do Estado de São Paulo. **DECRETO MUNICIPAL N.º 21.118/2020**. Decreta restrições de ordem sanitárias aos idosos que estejam no território do Município, e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/sp/s/sao-bernardo-do-campo/decreto/2020/2112/21118/decreto> n-21118-2020-decreta-restricoes-de-ordem-sanitarias-aos-idosos-que-estejam-no-territorio-domunicipio-e-da-outras-providencias?q=21118>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

BRASIL, Secretaria da Saúde do Município de São Bernardo do Campo do Estado de São Paulo. **CORONAVÍRUS – BOLETIM SÃO BERNARDO**. Disponível em: <<https://www.saobernardo.sp.gov.br/documents/1071080/1102566/Boletim-Covid0104.png/dd4de8cb-6885-12f0-f07a-6057fe3d3ea0>>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

BRASIL, Secretaria da Saúde do Estado de Minas Gerais. **CINCO PERGUNTAS E RESPOSTAS SOBRE GRUPOS DE RISCOS DA COVID-19**. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.mg.gov.br/blog/84-grupos-de-risco-para-covid-19>>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. **PORTARIA N.º 454 DE 20 DE MARÇO DE 2020**. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/prt454-20-ms.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm)>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

BRASIL, Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). **COVID-19: DIRETORA DA OPAS PEDE 'EXTREMA CAUTELA' NA TRANSIÇÃO PARA MEDIDAS DE**



**DISTANCIAMENTO SOCIAL MAIS FLEXÍVEIS.** 14 de Abril de 2020. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6145:covid-19-diretora-da-opas-pede-extrema-cautela-na-transicao-para-medidas-de-distanciamento-social-mais-flexiveis&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6145:covid-19-diretora-da-opas-pede-extrema-cautela-na-transicao-para-medidas-de-distanciamento-social-mais-flexiveis&Itemid=812)>. Acesso em: 20. Jan. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KLATT, Mathias. **Direitos a prestações positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado.** In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo.** Florianópolis - SC: Qualis editora, 2015.

MICHAEL, Lothar. **As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade.** HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 189-206.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”.** In: BARRETO, Vicente de Paulo (org); CULLETON, Alfredo Santiago (org); STRECK, Lenio Luiz (org). **20 Anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política.** São Leopoldo: Oikos Editora, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito.** Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Notas sobre uma teoria da Constituição Dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil.** In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org); CULLETON, Alfredo Santiago (Org); STRECK, Lenio Luiz (Org). **20 Anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política.** São Leopoldo: Oikos Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.