

(In)segurança jurídica pandêmica

Um ensaio sobre melhores caminhos pelo processo

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Aluvião normativa; 3. Conflito de competências entre diferentes esferas de governo; 4. Inconsistência no processo de tomada de decisão estatal; 5. Perspectivas para a melhoria da ação pública pelo processo; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O tema da segurança jurídica há alguns anos vem frequentando espaço de destaque nas preocupações daqueles que pensam na criação de um ambiente mais favorável aos negócios no país^{2,3}.

Apesar de ser um assunto da moda, ele não é novo^{4,5}.

O esforço de codificação do Direito, verificado desde o século XIX em boa parte da Europa Ocidental, pode ser lido como uma tentativa de se conferir um caráter

¹ Doutor e mestre em Direito de Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² Essa escalada culminou, por exemplo, na aprovação da Lei nº 13.655/2018, que introduziu dez dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com o propósito declarado de prover “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Sobre a importância do diploma para o aprimoramento do processo de decisão estatal, ponderam Luiz Edson Fachin e Fernando Quadros da Silva: “o novo regramento que vem a lume, em especial quanto ao processo decisório, poderá evitar a judicialização de muitas questões regulatórias relacionadas à provisão de serviços públicos. Com a publicação da mencionada lei, ter-se-á uma significativa melhora nos processos regulatórios a cargo das agências. Também contribuirá para garantir segurança jurídica nos processos regulatórios e nas relações econômicas a edição relativamente recente da Lei nº 13.655/2018 [...]. Por evidente, não se trata apenas de segurança normativa formal, e sim da segurança jurídica substancial, sinônimo de justiça” (FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Fernando Quadros da. Justiça e segurança normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório. In: FONSECA, Reynaldo S. da; COSTA, Daniel C. G. da (coord.). *Direito Regulatório: Desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 56).

³ “[...] uma das principais causas que impede a consecução de investimentos em infraestrutura no Brasil consiste na insegurança jurídica generalizada. Um país com instituições voláteis afasta investimentos e acaba entrando em um círculo vicioso de subdesenvolvimento em razão da perda de competitividade em comparação a outros países que possuem instituições mais sólidas” (VALIATI, Thiago Priess. O impacto da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018) em relação aos setores de infraestrutura. In: VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 194).

⁴ DIP, Ricardo. *Segurança jurídica e crise pós-moderna*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 43 et seq.

⁵ “Direito e segurança jurídica são noções literalmente inseparáveis [...] ocorre, ademais disso, e acima de tudo, que o Direito é, em si mesmo, um projeto de implantação da segurança” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de Direito e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41). “[...] para que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso, ele precisa agir com base no Direito no presente e não ser surpreendido pelo próprio Direito no futuro. O Direito, pois, precisa ter efeitos prospectivos, e não retroativos” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 17). Discorrendo sobre a evolução da reflexão do Direito sob uma perspectiva da cibernética no curso do século XX, Mario G. Losano se refere a autores em cujas reflexões estava a busca pelo ideal de previsibilidade e da coerência da ação estatal, inclusive sob ângulo do comportamento do juiz (LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito: do século XX à Pós-Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. v. 3, p. 24 et seq.).

racional, sistemático e previsível às regras de conduta vocacionadas a reger as relações humanas, fator tido como fundamental para o desenvolvimento do modo de produção capitalista⁶.

Passados dois séculos do início desse movimento, a aspiração de aperfeiçoamento do nosso direito posto prossegue, aliás como seria mesmo de se esperar em uma sociedade que está em contínua evolução, o que impõe a periódica adaptação dos respectivos comandos às exigências da vida social.

No Brasil essa busca, que já teve como ponto de parada a criação de agências reguladoras independentes nos anos 1990⁷, intensificou-se nos últimos anos, com a aprovação de várias leis objetivando conferir uma maior segurança jurídica aos cidadãos.

Para ficar em alguns dos principais diplomas gestados com tal finalidade, podemos mencionar a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e o Estatuto das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019).

Alcançados pela terrível pandemia do coronavírus em 2020, novamente está o país às voltas com inúmeros projetos de reforma da nossa legislação (inclusive em nível constitucional), sendo a segurança jurídica um dos jargões mais lidos nos jornais para justificar a fúria normativa estatal.

Nesse momento desafiador da história nacional cobra-se, não sem razão, eficiência da máquina pública, a qual é muitas vezes percebida – pelo menos em vários setores – como mera cobradora de altos impostos e fonte de óbices despropositados à livre iniciativa privada, um aparato pouco responsável e responsivo à vista das carências experimentadas pela população.

No período, três grandes problemas para além do nosso quadro legal dificultaram, como ainda dificultam, a eficiência esperada do Poder Público para coordenar esforços estatais e privados em torno do objetivo comum de preservar vidas e empregos.

Neste ensaio teceremos breves comentários sobre os referidos impasses para, em seguida, falarmos de como a valorização do instituto do *processo* pode contribuir para melhoria do cenário.

⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 42.

⁷ “Por inspiração confessada no modelo regulatório norte-americano, optou-se, então, pela criação das chamadas agências reguladoras independentes para o exercício deste papel (de coordenação de atividades econômicas para que se deem em consonância com interesses coletivos). Pretendeu-se, com isso, não apenas assegurar a existência de um corpo autônomo do poder central, capacitado técnica e institucionalmente para a regulação de uma determinada atividade econômica, como também, em particular, sinalizar para o investidor privado com uma maior estabilidade das regras decorrente do insulamento do poder político central” (BAPTISTA, Patricia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 204).

2. Aluvião normativa

Embora não seja exclusividade brasileira^{8,9}, a aluvião normativa experimentada pelo país vem se intensificando nos últimos anos em uma escalada que podemos dizer que atingiu o patamar epidêmico no curso da crise sanitária.

Num momento em que todos os atores políticos querem mostrar que estão fazendo a sua parte para enfrentar a pandemia da Covid-19, os parlamentares **não estão ficando** para atrás na iniciativa das mais diversas propostas vocacionadas a arrefecer os graves efeitos decorrentes do desastre biológico na vida de milhões de cidadãos¹⁰.

Diariamente surgem projetos de lei com os mais diferentes escopos, que vão desde impedir desocupação forçada de imóveis até criar regimes de transição para contratos públicos e privados, passando pelo estabelecimento de auxílios e incentivos econômicos para as mais diversas categorias de indústrias e profissionais impactadas pela política de isolamento social que se impôs como resposta à rápida disseminação do vírus.

A Lei nº 13.979/2020, conhecida como Lei da Covid, publicada em 6 de fevereiro de 2020, em poucos meses de vigência foi alterada por diversas leis (Lei nº 14.006/2020, 14.019/2020, 14.022/2020, 14.023/2020, 14.028/2020, 14.035/2020, 14.065/2020... e contando...).

No âmbito dos estados e municípios, guardadas (ou não) as matérias de suas atribuições, houve semelhante fervilhar normativo, só que dessa vez mais pela via do exercício de competência regulamentar a cargo do Executivo do que via produção de leis do Legislativo.

Ainda que no período de pandemia não se possa negar a relevância de soluções criativas adotadas pelos legisladores para manter a continuidade dos trabalhos parlamentares sem prejuízo do ônus do distanciamento social (notadamente pela adoção do plenário virtual¹¹), nem a boa vontade destes em oferecer respostas às angústias da população, muitas das quais enfrentaram atualizações diárias pela dinâmica evolução da doença, é intuitivo que a avalanche de atos normativos produzidos incessantemente em curto

⁸ ALBERTINI, Pierre. *La crise de la loi : déclin ou mutation?* Paris: LexisNexis, 2015, p. 149 et seq.; CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3 ed. Paris: L.G.D.J., 2008. p. 105-106; p. 109 et seq.; MORENO, Fernando Sainz. *Seguridad jurídica*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 119 et seq.

⁹ “Inflação jurídica ou inflação legislativa – é fenômeno existente em vários ordenamentos, caracterizado pelo aumento da produção normativa, desproporcional aos meios para assegurar a efetividade, gerando descrença no Direito, insegurança jurídica, dificuldade de conhecimento e assimilação, déficit de execução” (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 176).

¹⁰ “Bem exemplifica a superprodução de normas o levantamento feito pela Câmara dos Deputados de proposições sobre o coronavírus, de acordo com a qual, de 05/03 a 05/05/2020, os deputados apresentaram 1.000 propostas de lei, dentre as quais 8 foram aprovadas e transformadas em lei ordinária ou complementar, 12 foram aprovadas pela Câmara e aguardam análise do Senado; e 2 aguardam sanção presidencial” (VILLELA, Renata Rocha. *Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo*. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 323).

¹¹ No âmbito federal tanto foi feito pelo Ato da Comissão Diretora nº 07/2020 (Senado) e pela Resolução nº 14/2020 (Câmara), que instituíram os Sistemas de Deliberação Remota (SDR), conforme: VILLELA, Renata Rocha. *Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo*. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 320.

lapso de tempo prejudica a capacidade de os respectivos destinatários terem ciência de qual parâmetro de conduta devem observar¹².

Se tanto não bastasse, a simplificação do rito, a celeridade que lhe foi imposta e o sistema remoto de deliberação operam em franco prejuízo à consistência e à racionalidade das regras aprovadas, que acabam por não ser devidamente debatidas nem instruídas em um ambiente de maior opacidade dos interesses que as patrocinam.

Risco que só vem a aumentar quando se constata que o “gênio liberado da garrafa” passa a ser usado não só para análise de matérias urgentes estritamente ligadas à pandemia, como para qualquer outra¹³, dado que aponta para a instrumentalização da ferramenta para o prosaico exercício de poder pela maioria ocasional formada no jogo de forças no Congresso.

3. Conflito de competências entre diferentes esferas de governo

Se a aluvião normativa não pode ser tida como fenômeno exclusivo do país, difícil imaginar que em outros lugares tenha ocorrido confusão tão grande como a que se deu por aqui no que diz respeito à concretização de competências comuns a cargo de diferentes esferas de governo.

Até um tipo penal (art. 268 do Código Penal¹⁴), que em tese poderia contribuir para desestimular condutas individuais temerárias capazes de ameaçar a incolumidade pública, restou inaplicável no período, dadas as orientações sanitárias em sentido diametralmente oposto encampadas pelos governos federal, estaduais e municipais como referência de postura aguardada da população durante os momentos mais delicados impostos pelo desastre biológico^{15,16}.

¹² “Essa aluvião de normas que buscam conferir soluções urgentes para as mais variadas situações tem o potencial de gerar uma situação de desordem jurídica e de perda do norte da legalidade, ao abrir espaço para antinomias e dúvidas acerca de qual regulação deve ser seguida [...]. Não há dúvidas, portanto, que o excesso de normas pode ser tão maléfico quanto a ausência delas ou, ainda, que o excesso de leis pode conduzir ao caos no ordenamento jurídico que, a despeito de sua dinamicidade, necessita de coerência” (VILLELA, Renata Rocha. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 324).

¹³ VILLELA, Renata Rocha. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 324 et seq.

¹⁴ Infração de medida sanitária preventiva – art. 268 do Código Penal: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro” Disponível em: <https://bit.ly/3x3j04E>. Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁵ Ana Elisa Bechara, que propõe filtros para a aplicação legítima do art. 268 do C.P. à vista do seu caráter de norma penal em branco cujo complemento fica ao total arbítrio da autoridade estatal (ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma e análise da ordem descumprida em concreto, considerando valores caros ao Direito Penal, como o da proporcionalidade e intervenção penal mínima), bem transmite a dificuldade de comunicação eficiente com a população estabelecida pelos agentes estatais durante a crise sanitária: “[...] não se pode deixar de notar que diminuição da adesão social às medidas de isolamento social não tem relação com a maior ou menor intervenção penal, mas sim, na verdade, com a confusão de mensagens transmitidas por agentes políticos de diferentes esferas, gerando polarização e desconfiança generalizada” (BECHARA, Ana Elisa L. S. Direito Penal em tempos de pandemia: como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 287-288).

¹⁶ “Destaque-se, por outro lado, as divergências públicas entre o Presidente da República e Governadores de Estados sobre o afrouxamento ou a manutenção do isolamento social, que se traduziram em normas estaduais mais drásticas que as previstas no plano federal. Esse conflito federativo levou à insegurança jurídica sobre as medidas efetivamente em vigor e,

Se alguém esperava ouvir do seu governante instruções sobre como proceder com segurança em meio à pandemia, tanto passou a depender de quem essa pessoa escolhia ouvir, quadro naturalmente caótico que em nada contribuiu para a cooperação social necessária ao enfrentamento adequado da crise.

Houve sinalizações de todo o tipo, desde o “fique em casa” até o “vá ao salão de beleza”, passando por festejos que se intensificaram no final de 2020, alguns jocosamente apelidados de nomes mórbidos, como “barco da morte”, “covidfest” e quejandos¹⁷.

4. Inconsistência no processo de tomada de decisão estatal

Ao lado da aluvião normativa e dos conflitos de competência, outra comorbidade que acometeu o funcionamento das nossas instituições durante a crise sanitária foi a inconsistência do processo de tomada de decisão encampado por diversas autoridades país afora.

Em que pese termos tido a vantagem estratégica de ver o comportamento da pandemia em outros países antes de ela aterrizar nas nossas fronteiras, o que em tese daria a oportunidade para que os gestores brasileiros, apreendendo com a experiência estrangeira, pudessem melhor elaborar seus planos de ação por aqui, tem-se que, infelizmente, essa chance acabou sendo perdida.

Como se estivéssemos em uma espécie de jogo estranho e tresloucado, o que se observou foi importantes personalidades simplesmente negarem a gravidade do quadro de calamidade experimentado e usarem do desafio atual como pretexto para fazerem avançar suas agendas políticas pessoais, atinentes a grupos de apoiadores militantes¹⁸ ou, então, assumidas junto a financiadores de campanha.

No mesmo tabuleiro, autoridades que reconheceram a seriedade da pandemia também deram seus lances de aparente autopromoção, não perdendo ensejo para rivalizar popularidade com as negacionistas em um cenário tóxico de batalha campal, observada pelo olhar atônito de todos aqueles que fantasiavam a possibilidade de trabalho conjunto entre umas e outras em torno do objetivo maior de salvar vidas.

Polemizou-se absolutamente tudo.

Se tomar vacina – que até o dia em que escrevemos essas linhas ainda não era disponível em território nacional – seria bom; se das vacinas em vias de aprovação

especialmente, sobre qual orientação do Poder Público o cidadão, de fato, deveria seguir: ficar em casa ou retomar as suas atividades?” (BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus, “Estado de Exceção Sanitária” e restrições a direitos fundamentais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 233-234).

¹⁷ Para uma sofisticada problematização do emprego do art. 268 do Código Penal no período da pandemia sob a perspectiva do princípio da legalidade penal, ver: PÁDUA, João Pedro. Repristinção interpretativa de normas penais em tempos de crise: limites discursivos e empíricos aos limites normativos dos tipos penais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2, p. 77 et seq. Sobre a viva polêmica, ver ainda: PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. Ressurgimento do vetusto art. 268 do Código Penal: um convite ao erro. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 511-523.; FILIPPO, Thiago B. G. de. Covid 19 e a infração penal de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal). In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 525-535.

¹⁸ Incluindo aqueles que partilham de crenças bastante segmentadas, e até incríveis, mas de forte apelo emocional à vista de um certo clima de conspiração que vem ganhando o coração de milhares de pessoas em um movimento impulsionado pelas engrenagens das redes sociais.

pelo mundo a de qual origem seria mais confiável; se seria possível ao Estado impor aos cidadãos a obrigação de tomar vacina; se as medidas de distanciamento social seriam eficientes para conter a propagação do vírus ou se, seguindo slogan que há pouco tempo restringia-se a *blockbusters* de ação, um estado de espírito do tipo “viva e deixe morrer” seria a mensagem mais aconselhável de ser incutida no imaginário coletivo nesses tempos trevosos¹⁹; se a imposição do uso de máscaras em locais públicos não seria uma afronta inaceitável à liberdade individual²⁰.

A lista segue...

Se a União teria a “prerrogativa” de organizar uma única política sanitária para enfrentamento da pandemia ou se teria que compartilhar tal “privilegio” com estados e municípios²¹; se a vacina – que ainda não está disponível, repita-se – seria distribuída só pela União ou se outras esferas de governo teriam competência para perseguir seus imunizantes e providenciar seu fornecimento à população; se o tratamento X.P.T.O., que não possui um protocolo com eficácia atestada pela comunidade científica, poderia ser ofertado pelo SUS ou mesmo imposto pela União no âmbito de tal sistema – nas redes sociais de hoje, recebe-se vídeos com *jingles* alardeando o emplasto, a resposta definitiva para a pandemia, que, embora não tenha sido encontrada em lugar nenhum do globo, foi descoberta por alguns brasileiros descolados que emprestam suas vozes para divulgar as vantagens em se ministrar precocemente tal elixir aos diagnosticados com a moléstia.

Nesse enredo desolador, que em alguns momentos assume mesmo a forma de uma dança macabra, testa-se a paciência do cidadão que, além de medo da doença e do desemprego, ainda passa a ser bombardeado por campanhas de desinformação de toda sorte²².

¹⁹ Para os amantes do cinema, o filme que vem à mente em meio ao agreste experimentado é o clássico *Viva e Deixe Morrer* da franquia 007, de 1973, estrelado por Roger Moore no papel do espião britânico que tem licença para matar. A película foi acompanhada de música tema homônima, gravada por Paul McCartney e regravada por Guns N'Roses e Pretenders. (LIVE and Let Die. *Wikipedia*, São Francisco, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3g38Dlp>. Acesso em: 17 jan. 2021).

²⁰ Polêmica esta que encontra terreno fértil em outras partes do globo, incluindo países tidos como de IDH mais elevado, como se pode ver em: FERNANDES, Daniela. Grupos antimáscaras provocam agressões na Europa e unem extremas esquerda e direita. *BBC Brasil*, São Paulo, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3zLRQYO>. Acesso em: 17 jan. 2021. Destacamos passagem da reportagem: “Enfermeiro em um hospital no norte da França, Fabien sofreu traumatismo craniano após ser violentamente agredido por pedir a um cliente de um café que usasse máscara. Brigas por esse motivo vêm ocorrendo em comércios e transportes do país e têm causado preocupações quanto a movimentos radicais contra o uso do equipamento de proteção. Esses grupos vêm ganhando força nas redes sociais e também disseminam notícias falsas sobre a pandemia do novo coronavírus”. Passados cinco meses da referida notícia, e acrescentadas algumas milhares de mortes por todo o globo em razão da pandemia Covid 19, o questionamento permanece, como se pode conferir em: MANIFESTAÇÃO de 10 mil pessoas contra o uso de máscaras em Viena. *Bol Notícias*, São Paulo, 16 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3pySBcc>. Acesso em: 17 jan. 2021.

²¹ As palavras “prerrogativa” e “privilegio” são usadas aqui de modo crítico, embora costumem ser largamente empregadas pela nossa doutrina de Direito Público para definir como devem ser compreendidas as competências que a Constituição e as leis atribuem às diferentes esferas de governo de nosso país. Para mais elementos da nossa visão a respeito, ver ARAÚJO, Alexandra F. de; CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. (In)competências em matéria de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto N.; OLIVEIRA, José Roberto P.; BERTOCCELLI, Rodrigo de P. (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 401 et seq.

²² Fenômeno que, embora não seja inédito, ganha ingredientes explosivos no âmbito das redes sociais, sobretudo em um cenário em que dados pessoais obtidos por empresas de tecnologias passam a ser manipulados para propósitos políticos. Sobre o desafio imposto às sociedades contemporâneas em decorrência da veiculação de correntes de desinformação pela internet, ver SUNSTEIN, Cass R. *#Republic*, Princeton: Princeton University Press, 2017. p. 76 et seq.; p. 100 et seq.

Desconfia-se, com motivos mais ou menos plausíveis, da isenção da informação veiculada por grandes conglomerados de comunicação que, entre nós, estão nas mãos de algumas poucas famílias^{23,24}.

Desconfia-se, também com seu fundo de razão, da nobreza dos propósitos da indústria farmacêutica no desenvolvimento de tais e quais medicamentos.

Desacredita-se, igualmente com base em um histórico de resultados pouco animadores em vários setores²⁵, na capacidade de o Estado prestar serviço de qualidade à população.

O que fazer?

Sob a perspectiva da Administração Pública, um passo fundamental seria algo relativamente simples: um processo de tomada de decisão pautado em evidências²⁶.

O segundo seria a articulação entre as diferentes esferas de governo em torno de ações comuns que não se contrariassem nos sinais endereçados à população.

Pelo quanto descrito linhas acima, não há, infelizmente, muita esperança de que com o fator humano hoje disponível conseguiremos avanços significativos no segundo passo nos próximos meses, o que tende a cobrar seu preço em termos de ineficiência das políticas adotadas.

Nada obstante, em se dando de modo efetivo o primeiro, pelo menos há maior chance de deferência dos Tribunais quanto às difíceis escolhas a serem feitas pelos nossos gestores nesta etapa da pandemia²⁷, o que, com o auxílio do Judiciário, abre uma janela de oportunidade para que tenhamos progressos nesse tortuoso caminhar.

5. Perspectivas para a melhoria da ação pública pelo processo

Seja no que se refere à produção de normas, tanto pelo Legislativo como pelo Executivo, seja no que diz respeito à tomada de decisão em cumprimento ao ordenamento jurídico vigente, o processo é o espaço a ser valorizado para uma atuação estatal mais

²³ CARAJEESCOV, Yuri. Mídia, política e instituições no contexto da crise da Covid 19. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de Crise: COVID 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 113 et seq.

²⁴ O que não é fenômeno exclusivo do Brasil, como nos dá notícia Luigi Ferrajoli analisando o contexto italiano, em especial no período do governo de Silvio Berlusconi (que foi primeiro-ministro de 1994 a 1995, de 2001 a 2005, de 2005 a 2006 e de 2008 a 2011), ele mesmo multimilionário e acionista controlador de um dos principais conglomerados de mídia do país (FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens – a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36 et seq).

²⁵ Deficiências históricas que, remontando às origens de nossa burocracia estatal, hoje são instrumentalizadas por vozes políticas de variados vieses em campanha aberta de combate ao serviço público, pintado como inimigo da nação.

²⁶ Com o nível de informação hoje existente sobre as pessoas e seus comportamentos há um vasto campo para aprimoramento do agir estatal, que pode, a partir de conhecimento técnico e dados da experiência, planejar-se a partir de simulações, o que vem inclusive gerando o risco do que alguns chamam de *algocracia*, (GARCIA, Fabio H. F. *As múltiplas faces do Direito em Max Weber*. Curitiba: Juruá, 2020. p. 282 et seq). Feita a ressalva de que o manejo da ferramenta deve passar por um filtro ético, político e jurídico, em observância ao ônus de respeito aos direitos humanos envolvidos, não parece haver espaço discricionário legítimo nos dias que correm para que o gestor pretenda decidir matérias complexas baseado exclusivamente no seu alvedrio, sem qualquer amparo em evidências que lhe permitam razoavelmente supor que o resultado almejado com sua deliberação tem boa probabilidade de ser alcançado.

²⁷ ARRUDA, Carmen Sílvia L. de. Harmonia entre os poderes: judicialização, autocontenção e deferência. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.), *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 221 et seq.

eficiente²⁸, o que naturalmente pressupõe o oferecimento de segurança e de previsibilidade em favor da população²⁹.

O processo, entendido como item a ser observado numa deliberação, uma sucessão de atos encadeados tendentes a uma escolha, condicionando a qualidade desta, já que desempenha diversas funções relevantes para o exercício do Poder³⁰, todas elas concorrendo em maior ou menor grau para a satisfação de tal objetivo.

Além de o processo ser o local em que os destinatários do ato-em-potência poderão ser ouvidos pela autoridade, levando ao seu conhecimento tanto sua experiência como expectativas acerca do que será decidido³¹, nele também se dá o aporte do elemento técnico vocacionado a esclarecer facetas do problema enfrentado e a identificar alternativas para sua superação³².

Do lado da garantia da participação democrática e da instrução adequada na concretização dos afazeres públicos³³, o processo igualmente funciona como espaço de interação entre diferentes gestores que, atuantes em uma mesma esfera de governo ou não, tenham competências sobrepostas ou interrelacionadas sobre determinado assunto³⁴.

Em matérias alvo de disputas políticas acirradas, o processo, disciplinando as regras pelas quais se dará o jogo entre as forças que buscam prevalecer, protege, ao menos em tese, o interesse de todos os seus jogadores, reduzindo as oportunidades para que

²⁸ Sobre o tema, ver MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.; OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.; PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020; e SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 9-51.

²⁹ “Considera-se uma regulação de qualidade se a mesma é efetiva, transparente, eficiente e responsável. Quer dizer, se serve para alcançar objetivos bem estabelecidos, se não impõe cargas e custos desnecessários para a sociedade como um todo, se reduz a discricionariedade e a captura e se é aberta, participativa e clara em sua preparação e implementação. Tudo isso tem inúmeras vantagens, entre elas: dar segurança ao sistema regulatório, reduzir riscos e custos regulatórios, ampliar a participação e o controle social e promover o desenvolvimento e o crescimento econômico” (FREITAS, Daniela Bandeira de. Eficiência jurídica no mercado: um instrumento a serviço da democracia. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice R. L. do (coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95).

³⁰ Odete Medauar indica como finalidades do processo administrativo: garantia do cidadão, melhor conteúdo e eficácia das decisões, legitimidade no exercício do Poder, correto desempenho da função, Justiça na Administração, aproximação entre Administração e cidadãos, sistematização da atuação administrativa, facilitar o controle e servir de palco para a aplicação de princípios/regras que vinculam a burocracia estatal (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 65 et seq.).

³¹ É importante destacar que o incremento de canais de participação popular no processo de tomada de decisão pública, embora traga benefícios como os citados, também traz riscos para a respectiva eficiência, já que demanda tempo, recursos materiais e ainda pode conduzir ao sequestro da agenda estatal por interesses particulares ou setoriais egoísticos bem-organizados, como oportunamente é ponderado em: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 113 et seq.

³² Quanto a esse aspecto temos a questão da formulação de escolhas com amparo em evidências, ônus que se aproxima daquilo que Paulo Otero chama de princípio procedimental da “atendibilidade da situação factual” que, em um de seus desdobramentos, corresponderia ao dever de o decisor público ter como referência do seu agir “fatos passados ou presentes ou envolva ainda um juízo de prognose relativamente a fatos futuros” (OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 253 et seq.).

³³ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 244 et seq.

³⁴ “A colaboração dos órgãos administrativos entre si, à luz do art. 66 do CPA [Código de Processo Administrativo português], postula possibilidade de ser solicitado o auxílio de quaisquer órgãos administrativos para, atendendo ao seu contribuinte pessoal, documental ou técnico, possibilitarem uma melhor preparação ou até a própria base factualmente relevante para a decisão final por parte do órgão competente” (OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 102).

lances impulsivos, ou decorrentes de alianças meramente ocasionais em torno de um dado encaminhamento, venham prevalecer.

O processo, ademais, ao institucionalizar uma arena para a disputa de interesses, oferecendo condições para o seu oportuno sopesamento³⁵, é o que pode dar transparência aos bastidores de normas, políticas e atos estatais, elemento relevante para o seu controle³⁶, seja este feito pela própria população, seja pelos órgãos públicos pertinentes, como os Tribunais de Contas e o Judiciário.

Nada obstante a referida lista de vantagens, como o processo é instituto que limita o Poder, não são poucas as resistências ao seu avanço no dia a dia do legislador ou burocrata.

Uma das principais está justamente na reação que existe, em especial no Legislativo, quanto à exigibilidade das suas regras regimentais com relação aos seus próprios membros.

Formada a maioria para aprovação de um texto legal no plenário, o observar ou não o regulamento previsto para a missão passa a ficar em segundo plano, desprezando-se, pois, todo o potencial que o processo tem para aprimorar a deliberação das autoridades.

O resultado, como seria de se imaginar, no mais das vezes é a redução do Poder à força, com a aprovação a toque de caixa de normas mal elaboradas e que logo são judicializadas pelos próprios perdedores da contenda, que encontram nos Tribunais palco para uma nova batalha em torno da matéria em disputa.

No Executivo verifica-se fenômeno análogo, isso apesar da aprovação de recentes leis que, ao menos no que concerne à produção regulamentar, exigem expressamente a realização de estudos de impacto vocacionados a testar a proporcionalidade das medidas propostas pelos agentes estatais.

Como o ônus de observar o regulamento restringe o âmbito do agir discricionário a cargo do gestor público, não é de se estranhar a pressão que existe para fazer tábula rasa de tal tipo de determinação legal que de cogente acaba por funcionar como facultativa, desfecho ilustrado pelo decreto recentemente expedido para disciplinar a realização do estudo de análise de impacto regulatório previsto na Lei da Liberdade Econômica e no Estatuto das Agências Reguladoras³⁷.

³⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 178; PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 260 et seq.; SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 40 et seq.; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2006. p. 364-365.

³⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 170-172; PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 291.

³⁷ O art. 21 do Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório prevista na Lei de Liberdade Econômica e na Lei das Agências Reguladoras, prevê que: “a inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”. Disponível em: <https://bit.ly/35211kx>. Acesso em: 25 jul. 2020.

6. Conclusão

Chamados a discorrer sobre o nível de segurança jurídica que o funcionamento das nossas instituições oferece ao cidadão em meio à pandemia da Covid-19, nossa avaliação não foi alvissareira.

Identificamos no período a renitência de graves fontes de instabilidade normativa e decisória que, experimentadas entre nós em períodos ordinários, apenas se intensificaram em meio à calamidade pública provocada pela disseminação do coronavírus em território nacional.

Aluvião normativa, conflito de competências e falta de consistência na tomada de decisão são fenômenos que, infelizmente, formam uma paisagem que não é estranha aos brasileiros.

Nos acostumamos com a anormalidade, que apenas prossegue sob nova(s) direção(ões).

Como resposta à contínua crise pela qual passa o país, a partir de diagnóstico que entendemos equivocado, propaga-se aos quatro ventos a necessidade de reformas legislativas, de enxugamento do Estado a todo custo, de enaltecimento do sentimento nacional.

Importantes órgãos de imprensa “vestem a camisa”, transmitindo ao cidadão a mensagem de que, trilhado o caminho que animaria o mercado, tudo será resolvido.

Vejamos.

Ao menos no que se refere aos problemas tratados neste ensaio, acreditamos que a valorização do processo de tomada de decisão estatal pode, sem novas leis, contribuir de modo decisivo para uma gestão pública de melhor qualidade, que tenha por foco primeiro a produção das condições necessárias ao bem-estar do ser humano, incluindo um ambiente previsível para suas interações no viver em coletivo.

Pelo andar da carruagem, contudo, essa pauta aparentemente ainda está distante de ser levada a sério entre nós.

Por quê?

7. Referências bibliográficas

ALBERTINI, Pierre. *La crise de la loi : déclin ou mutation?* Paris: LexisNexis, 2015.

ARAÚJO, Alexandra F. de; CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. (In)competências em matéria de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto N.; OLIVEIRA, José Roberto P.; BERTOCCELLI, Rodrigo de P. (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 401-429.

ARRUDA, Carmen Silvia L. de. Harmonia entre os poderes: judicialização, autocontenção e deferência In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.), *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 215-229.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BECHARA, Ana Elisa L. S. Direito Penal em tempos de pandemia: como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA,

Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 281-294.

BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus, “Estado de Exceção Sanitária” e restrições a direitos fundamentais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 233-242.

CARAJELES COV, Yuri. Mídia, política e instituições no contexto da crise da Covid 19. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de Crise: COVID 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v 3, p. 113-123.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3 ed. Paris: L.G.D.J., 2008.

DIP, Ricardo. *Segurança jurídica e crise pós moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Fernando Quadros da. Justiça e segurança normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório. In: FONSECA, Reynaldo S. da; COSTA, Daniel C. G. da (coord.). *Direito Regulatório* Desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 55-68.

FERNANDES, Daniela. Grupos antimáscaras provocam agressões na Europa e unem extremas esquerda e direita. *BBC Brasil*, São Paulo, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3zIRQYO>. Acesso em: 17 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILIPPO, Thiago B. G. de. Covid 19 e a infração penal de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal). In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 525-535.

FREITAS, Daniela Bandeira de. Eficiência jurídica no mercado: um instrumento a serviço da democracia. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice R. L. do (coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 77-104.

GARCIA, Fabio H. F. *As múltiplas faces do Direito em Max Weber*. Curitiba: Juruá, 2020.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIVE and Let Die. *Wikipedia*, São Francisco, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3g38Dlp>. Acesso em: 17 jan. 2021

LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura no direito: do século XX à Pós-Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. v. 3.

MANIFESTAÇÃO de 10 mil pessoas contra o uso de máscaras em Viena. *Bol Notícias*, São Paulo, 16 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3pySBcc>. Acesso em: 17 jan. 2021.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de Direito e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41-46.

MORENO, Fernando Sainz. Seguridad jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117-130.

OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

PÁDUA, João Pedro. Repristinção interpretativa de normas penais em tempos de crise: limites discursivos e empíricos aos limites normativos dos tipos penais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2, p. 61-84.

PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. Ressurgimento do vetusto art. 268 do Código Penal: um convite ao erro. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 511-523.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 9-51.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *#Republic*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

VALIATI, Thiago Priess. O impacto da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018) em relação aos setores de infraestrutura. In: VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 193-237.

VILLELA, Renata Rocha. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 319-328.