

DILEMAS DE PANDEMIA: DIREITO À SAÚDE E ATIVIDADE ECONÔMICA

Luciano Luis Almeida Silva^{1*}

Nelson Ricardo Casalleiro^{2**}

RESUMO: A pandemia do coronavírus é o centro das discussões no país. Em debate, como enfrentar um problema dessa ordem, mormente impedir que o vírus infecte a população num ritmo que leve ao colapso da capacidade do sistema de saúde. Como medida primordial, o distanciamento social obrigatório, que levou à abrupta paralização da rotina diária do país e a interrupção das atividades econômicas. Na balança, de um lado, a efetivação do direito à saúde, nos aspectos de proteção da sociedade e do sistema de saúde; do outro, a própria subsistência daqueles que tem no exercício de uma atividade econômica o seu sustento e de sua família.

Palavras-chave: pandemia, saúde, economia, filosofia, direito.

ABSTRACT: The corona virus pandemic has become the center of matter in the country. On debate, how to face a problem of its magnitude, especially on how to stop the infection rate so it won't collapse the public health system. As first effort, the imposing of social distancing, that leads to a severe break on society routine e drastic interruption of numerous economic activities. On scale, in one side, the effectiveness of the fundamental right to health, whether in terms of protection society itself or the health system on itself; on the other side, the subsistence of individuals themselves, that have on the economic activity your means of daily living.

Keywords: pandemic, health, economy, philosophy, law.

A pandemia causada pelo corona vírus e, em consequências, as medidas administrativas de polícia adotadas pelas autoridades nos três níveis da federação

^{1*} Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Econômicas. Especialista em Ciências Penais e em Direito Constitucional. Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento. Advogado e Procurador Municipal em Graccho Cardoso/SE. Membro da Comissão de Defesa da Advocacia Pública da OAB/SE. Conselheiro Seccional Titular da OAB/SE.

^{2**} Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi Promotor de Justiça no Ministério Público do Espírito Santo e advogado atuante na área tributária por mais de 15 (quinze) anos. Bacharel em Direito pela USP, Mestrando em Direito Justiça e Desenvolvimento no IDP/SP. Professor de Direito Civil na FECAF.

suscitam questões variadas que requerem uma análise multidisciplinar de forma a permitir uma compreensão mais abrangente dos reflexos imediatos e futuros para a sociedade brasileira.

Não se põe em dúvida a gravidade da situação da saúde pública num país de desenvolvimento tardio como o Brasil³. Por outro lado, não se pode olvidar que as medidas de restrição adotadas no país causam uma desorganização dos sistemas legal e econômico cujos efeitos deletérios serão sentidos por anos, senão por décadas, afetando a presente e futuras gerações^{4 5}.

Esta constatação nos põe de frente a uma série de dilemas morais que requerem um aprofundamento para além dos argumentos meramente sentimentais, exigindo uma reflexão acerca dos aspectos morais, econômicos e legais da questão⁶.

O presente artigo pretende abordar a questão da pandemia, bem como das medidas de polícia administrativa adotadas com base em três diferentes planos: do ponto de vista da filosofia moral; da economia com relação à sua interface com o direito; e do ponto de vista jurídico propriamente dito.

Do ponto de vista da filosofia moral a discussão remete ao debate das teorias da justiça de carácter deontológico em contraposição as teorias da justiça de cunho consequencialista. As primeiras caudatárias, em alguma medida, do conceito kantiano do imperativo categórico, no qual o dever decorre de uma moral universalista e obrigatória, derivada da racionalidade humana e as segundas, derivadas em maior

³ Algumas estimativas indicam a possibilidade de ocorrerem até 90 mil óbitos decorrentes da COVID 19 até o mês de agosto, conforme estudos realizados pelo economista Samy Dama e pelo matemático e estatístico Alexandre Simas. Disponível em <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/covid-19-estudo-contesta-numero-de-mortes-previsto-no-brasil/99661>. Acesso em 19/05/2020.

⁴ Somente como referência, a desastrosa medida do “confisco” da poupança adotada no denominado “Plano Collor”, em 1990, obrigou os governos subsequentes a adotar taxas de juros reais superiores a 20% ao ano, elevando substancialmente a dívida pública mobiliária, responsável pelo esgotamento da capacidade de investimento estatal no país até hoje, trinta anos depois. Para maiores detalhes recomendamos a leitura do artigo de autoria de BEZZERRA, Juliana. Plano Collor. Disponível em <https://www.todamateria.com.br/plano-collor/>. Acesso em em 19/05/2020.

⁵ Os efeitos da crise econômica provocada pela pandemia do coronavírus no Brasil vão provocar uma “profunda recessão” segundo o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre/FGV). A previsão é que o desemprego chegue a 17,8% no ano. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/24/fgv-preve-desemprego-de-quase-18-e-critica-pais-sem-lideranca-na-criese.htm>. Acesso em 19/05/2020.

⁶ Citando Michael J. Sandel: “ A vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça [...] uma das maneiras de começar é observando como a reflexão moral aflora naturalmente quando nos vemos diante de uma difícil questão de natureza moral. Começamos com uma opinião, ou convicção, sobre a coisa certa a fazer [...]. Então, refletimos sobre a razão da nossa convicção e procuramos o princípio no qual ela se baseia [...]. Então, diante de uma situação que põe em questão esse princípio, ficamos confusos [...]. Sentir a força dessa confusão e a pressão para resolvê-la é que nos impulsiona a filosofar”. SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloisa Matias, Maria Alice Máximo. 16a. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, pp. 36-37.

ou menor medida, do pensamento utilitarista, de que o dever decorre da busca da felicidade na vida social.

Tanto o pensamento moral de uma perspectiva deontológica, quanto aquelas de matriz consequencialista, são formadas a partir de pensadores dos mais variados aspectos políticos e ideológicos, não sendo possível identificar uma unidade de pensamento a ponto de podermos denominá-los como uma “escola”. Assim, a seleção das correntes de pensamento a serem analisadas se dá de forma quase arbitrária, com a pretensão de que as escolhas refletem as correntes de pensamento mais significativas e que mais se identificam com o caso a ser abordado.

No que pertine a filosofia moral de caráter deontológico, optou-se pelo referencial teórico do pensamento de John Rawls, denominado como “teoria da justiça como equidade”, constante de sua obra “Uma teoria da Justiça”.

O pensamento de Rawls, entretanto, para a análise de questões relativas à saúde pública é insuficiente, vez que sua abordagem pouco explora a questão. Recorrer-se-á adicionalmente ao pensamento de Norman Daniels, professor de ciência política e bioética na Universidade de Harvard, cujas contribuições ao tema do direito fundamental à saúde, a partir do pensamento de Rawls, trazem uma grande contribuição ao debate atual.

Quanto ao pensamento filosófico consequencialista, adotou-se como marco teórico a denominada “análise econômica do direito”, tendo como argumentos ideias como a de custos de oportunidade de Milton Friedman e Ronald Coase, este a partir de suas reflexões acerca da influência do direito no que diz respeito às externalidades, apontadas em seu estudo denominado “The problem of social cost”.

O debate visto somente pelo ângulo da filosofia moral leva a um impasse, na medida em que aparentemente não se tem como superar o dilema moral entre a proteção da vida e a manutenção da atividade produtiva essencial à subsistência do próprio indivíduo.

Em outras palavras, a adoção de uma moral deontológica estrita implica que a proteção à vida deve ser considerada como absoluta, devendo prevalecer sobre todos os demais valores e princípios adotados pela ordem constitucional; enquanto que um pensamento puramente consequencialista levaria, como consequência, a prevalência da eficiência econômica como expressão máxima do bem comum, com o sacrifício de todos dos demais valores e princípios da ordem jurídica.

A superação deste impasse, talvez encontre sua solução na teoria jurídica do conflito de normas sobre direitos fundamentais, a partir do pensamento de Robert Alexy e Ronald Dworkin, para que o ordenamento jurídico é composto por normas que se dividem entre regras e princípios, tendo estes uma dimensão de peso ou importância, e que isso, inevitavelmente, levará a uma controvérsia acerca do melhor caminho a se seguir, devendo o intérprete do direito, no caso concreto, observar qual deles terá uma precedência em relação ao outro, por meio de uma ponderação. Fazendo possível, assim, a convivência harmônica entre princípios contrários, na maior medida possível, nas circunstâncias do caso concreto.

Assim, numa terceira fase, procurar-se-á abordar, do ponto de vista jurídico, a convivência possível entre o direito fundamental à vida e o direito à liberdade econômica e o consequente direito a um desenvolvimento econômico sustentável, que em última medida se reflete na arrecadação tributária, condição de possibilidade da manutenção de políticas públicas⁷.

A teoria de Rawls procura responder à questão de como se deve distribuir, numa sociedade justa, os bens essenciais e as oportunidades entre seus membros.

Para tanto, fixa dois princípios que denomina princípio da igualdade de oportunidades e princípio da diferença. O primeiro, que diz respeito à distribuição de bens primários sociais essenciais (por ele definidos como “coisas que todo o homem racional presumivelmente quer, independente dos planos de vida de cada um”), o critério de distribuição deveria ser a distribuição igual de bens e deveres básicos. Pelo segundo princípio, seriam compensadas as desigualdades injustas, em especial aquelas que atingissem os mais desfavorecidos, garantindo-se a todos igualdade nas oportunidades.

Pelo princípio da igualdade de oportunidades, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para outras. Neste sentido, as diferenças

⁷ “Os direitos e garantias fundamentais, conforme o nome pressupõe, constituem alicerce da existência do ser humano. Oriundos dos direitos humanos internacionalmente recepcionados, os direitos fundamentais são classificados de acordo com seu momento de surgimento da história. Os direitos de primeira geração compreendem as liberdades individuais necessárias à própria existência do homem como tal; os direitos de segunda geração estão relacionados à igualdade de condições entre os homens; finalmente, os direitos de terceira geração estão ligados à consagração da fraternidade e convivência pacífica entre os seres, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A fim de que tais direitos possam ser proporcionados ao cidadão, o Estado carece de auferição de recursos, a qual se dá através da tributação. Assim, considerandose que direitos geram custos, faz-se essencial a existência de tributos para a manutenção dos direitos fundamentais”. STOHRER, Camila Monteiro Santos. Direitos fundamentais e tributação: a importância dos tributos na manutenção dos direitos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 18/05/2020.

sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam, ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável; e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Para Rawls, o princípio da diferença tem um objetivo específico, qual seja, compensar as desigualdades e reduzir a distância social e econômica entre as pessoas.

Num rápido resumo, podemos afirmar que para Rawls, injustiça é simplesmente a desigualdade que não serve ao bem de todos. Deve ser destacado, entretanto, que o pensamento de Rawls é isento de qualquer equação de maximização da satisfação, portanto desvinculando-se de qualquer posição utilitarista, de modo que o princípio da liberdade igual busca proteger especialmente dois elementos: a) assegurar a maior liberdade igual para todos, sem exceção ou privilégios e b) assegurar a inviolabilidade destas liberdades básicas. Para tanto, Rawls⁸ define uma lista de liberdades básicas, entre as quais as mais importantes são a liberdade política e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física; o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias.

Importante destacar que Rawls até aceita a restrição destas liberdades básicas, mas somente quando se verifica o conflito com outras liberdades básicas essenciais⁹.

Importante de se destacar que Rawls não inclui em sua lista de bens primários essenciais o direito a saúde, mas de qualquer forma poderíamos, num esforço exegético, nela incluímos com base no que ele denomina com “auto-respeito”.

Norman Daniels, partindo da teoria da justiça como equidade formula três questões fundamentais¹⁰: a) “Teria a saúde um status moral especial?”; b) Quando são injustas as desigualdades em saúde?; c) Como distribuir de forma justa os recursos em saúde?”

⁸ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 65.

⁹ “As violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas.”. op. Cit. P. 65.

¹⁰ Daniels N. Just Health: meeting health needs fairly. New York, Cambridge: Cambridge University Press; 2008, p. 11.

À primeira pergunta Daniels dá uma resposta positiva, afirmando que mesmo em países de longa tradição liberal, onde a desigualdade não somente é tolerada, mas particularmente incentivada, a questão da saúde recebe um tratamento mais igualitário. No caso brasileiro isto parece ser particularmente verdadeiro, tendo em mente o Sistema Único de Saúde, de caráter descentralizado, gratuito e universal, criado pela Constituição de 1988.

Aqui é preciso destacar que para Daniels o direito à saúde não se restringe somente aos tratamentos médicos destinados a curar doenças, mas inclui também todas as “medidas de saúde” abrangendo todos os seus aspectos sociais, tais como moradia digna, saneamento básico, etc. Relevante tal distinção, num momento em que se vê propostas de *lockdown* que podem atingir pessoas privadas do mínimo de saneamento que lhes garanta a segurança social.

Com essa observação, encaminha-se a resposta à segunda questão formulada por Daniels: se o conceito de saúde deve abranger todas as ações sociais que tem por fim garantir a integridade fisiopsíquica da pessoa humana, injusta será a política que prive o ser humano do pleno exercício das oportunidades de conquistar uma vida saudável¹¹.

A resposta à terceira pergunta é a que traz maiores dificuldades, não encontrando uma solução direta na obra de Daniels. Como discípulo dedicado de Rawls, a pergunta poderia ser respondida a partir do princípio da diferença formulado pelo autor da teoria da justiça como equidade, ou seja, os recursos deveriam ser alocados aqueles menos favorecidos.

Ela não é tão simples. Em matéria de saúde a necessidade nem sempre se encontra diretamente vinculada à necessidade, ou seja, pessoas muito pobres podem gozar de excelente saúde e pessoas extremamente ricas podem sofrer com problemas.

Daniels não nos fornece uma solução definitiva, mas aponta condições para uma distribuição legítima dos recursos. A primeira condição que conferiria legitimidade aos agentes alocadores de recursos e suas decisões forçosamente limitadoras (por meio das quais sempre haverá ganhadores e perdedores) é a transparência. As regras, sejam quais forem, devem ser disponibilizadas

¹¹ Acerca da ausência deste debate nas questões ligadas à bioética, afirma Daniels: “infelizmente, estas questões têm sido quase completamente ignoradas no campo da bioética, assim como no campo da ética e filosofia política em geral”. Op. Cit. , p. 82.

publicamente. Em segundo lugar, tais regras devem ser razoáveis, ou seja, aceitas por todos os que sejam, eles próprios, pessoas razoáveis. A terceira condição é que sempre haja a possibilidade de se revisar ou mesmo questionar, por meio de recursos, as decisões tomadas, já que, seja lá qual for a regra escolhida, sempre pode ser circunstancialmente falha. Finalmente, tal regra precisa ter força regulatória para que as três condições anteriores aconteçam.

Portanto, da perspectiva do pensamento de Rawls e Daniels, medidas de saúde, para se utilizar da linguagem adotada por Dworkin¹², devem ser encaradas como regras, vez que se trata de uma ferramenta indispensável ao exercício ao bem primário essencial da saúde.

Do outro lado, o direito igualmente essencial de exercício de uma atividade, enquanto pressuposto da subsistência – e até sobrevivência – do indivíduo, do coletivo e, num plano maior de verificação, do próprio Estado, considerando a fonte primária dos recursos públicos. Recursos públicos esses que, fechando um círculo conceitual, financiam e efetivam o discutido direito à saúde por parte do Estado.

Como se tem verificado desde o início da adoção de medidas restritivas, a proposta de interromper a propagação do vírus gira em torno do distanciamento social, conduzindo ao fechamento das mais diversas atividades que possam gerar o mínimo de aglomeração e circulação de pessoas, e que não possuam estrita essencialidade, como o são alimentação e medicamentos.

A problemática é, contudo, que ainda que uma atividade econômica específica não possua caráter de essencialidade para a sociedade num cenário de distanciamento social, o seu exercício, pelo indivíduo, é essencial à sua subsistência, mormente em se tratando da sua única fonte de renda.

Nessa perspectiva, resta evidente que o gestor público está posto diante de difícil cenário: como conciliar a adoção dessas medidas restritivas, objetivando a defesa do direito fundamental à saúde, com o impedimento abrupto do fluxo de receita de milhões de pessoas, responsável pela subsistência de milhões de outras, sem que haja um colapso seja do sistema de saúde, seja da própria economia?

Imiscuindo-se brevemente no que se conhece por análise econômica do direito, esta doutrina procura responder a duas questões essenciais: a primeira diz

¹² Afirma Dworkin: “[...] as regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida [...]”. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

respeito a quais são os efeitos das normas jurídicas sobre as decisões dos agentes; a segunda delas é a prospecção sobre esses efeitos e se os mesmos são socialmente desejáveis.

Para responder a estas questões é necessário pressupor que as pessoas são seres racionalmente orientados e suas decisões deverão seguir uma lógica economicamente previsível, ou seja, que levarão em consideração custos e benefícios privados, procurando maximizar seus benefícios e/ou minimizar suas perdas.

Na lição de Lionel Robbins¹³ a “economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem fins alternativos”.

Embora essa doutrina trabalhe com o conceito de custos e benefícios particulares, é importante destacar que toda conduta humana economicamente relevante, além dos efeitos privados, acaba por gerar consequências que extrapolam a esfera individual, passando a gerar custos ou benefícios sociais, denominados de externalidades, que devem também ser considerados como elementos que interferem na esfera de tomada de decisão do cidadão economicamente racional.

Nesse contexto, a ideia de custos de oportunidade trabalhada por Milton Friedman¹⁴ permite uma melhor compreensão da visão econômica sobre a tomada de decisão, especialmente numa situação concreta difícil como a apresentada pela pandemia.

Custo de oportunidade, por sua vez, traduz-se naquilo que “se perde” em razão da escolha realizada. Toda escolha importa em “abrir mão” de outras escolhas, sendo o custo de oportunidade aquilo que “se perde” a partir da opção que é feita.

Note-se que não se pode confundir custo de oportunidade com prejuízo, considerando que, avaliadas as opções disponíveis – partindo do pressuposto de ter escolhido conforme as experiências vividas –, escolhe-se a opção mais benéfica para aquele momento. Não se trata de um conceito vinculado à perda ou ganho financeiro, mercado, etc., mas à própria existência e sobrevivência do indivíduo, que se materializa nas escolhas que a todo momento são feitas. A importância dessa noção

¹³ ROBBINS, Lionel. An Essay on the nature and significance of Economic Science. p. 15, 1932.

¹⁴ FRIEDMAN, Laurence A., Bruce R. Neumann. “The Effects of Opportunity Costs on Project Investment Decisions: A Replication and Extension.” *Journal of Accounting Research*, vol. 18, no. 2, 1980, pp. 407–419. JSTOR, www.jstor.org/stable/2490586. Acesso em 23 de maio 2020.

de custo de oportunidade é sentida pelo instigar o indivíduo à uma prévia reflexão sobre as opções que lhe são disponibilizadas no momento em que deve escolher.

Quando inserida nessa perspectiva de controle e orientação do comportamento social, como o verdadeiramente o são as medidas implementadas para evitar a propagação do vírus, o conceito de custo de oportunidade ganha ainda mais contorno de seriedade: como orientar o comportamento de uma coletividade de indivíduos, ao colocar em conflito dois direitos essencialmente fundamentais, como a saúde e a subsistência?

Esse é a responsabilidade, na sociedade organizada, do Direito. Ainda que presentes – e com seu inegável grau de importância – conceitos como moral, religião, costumes, etc., ao final das contas é o texto positivado que impõe e orienta padrões de comportamento, ainda que indivíduos possam e sejam livres para descumpri-los, assumindo as consequências, por óbvio, dessa escolha específica individual. Nesse contexto, evidenciada a relevância do conceito de custo de oportunidade na construção do arcabouço legal a orientar o comportamento da sociedade.

Ainda nessa temática, são os padrões de comportamento definidos pelas leis e uma minuciosa avaliação dos custos de oportunidade existentes em cada decisão que garantirá segurança jurídica ao ordenamento. No aspecto normativo, não só é importante a avaliação do custo de oportunidade comportamental, mas também das políticas públicas a serem adotadas. Por isso a importância de que houvesse, verdadeiramente nesse cenário pandêmico, uma atuação coordenada e organizada dos atores responsáveis pela implementação das políticas públicas, o que não parece ocorrer, como enfrentar-se-á mais à frente.

Isso porque, a partir do momento que a escolha é feita, deve-se ter em mente que as demais deixam de estar disponíveis, o que talvez não seja relevante diante da escolha entre ler um livro ou cochilar no sofá, mas muda de figura quando se trata das políticas públicas a serem adotadas e implementadas, assim como quando da análise de quais comportamentos devem ser proibidos e quais devem ser permitidos. Enquanto para um indivíduo o custo de oportunidade decorre da escolha pensada exclusivamente para si, para a sociedade como um todo o custo de oportunidade tem nascedouro absolutamente diferente, pois será preciso ponderar que para prover específica política pública necessariamente será preciso sacrificar outra.

O custo de oportunidade traduz o objeto do estudo da Economia, centrado na escolha sob a condição de escassez de recursos. É por essa razão que o conceito de custo de oportunidade é claramente indissociável das questões comportamentais sociais e do Direito positivo. Ao legislar, o parlamento – em tese, claro – avalia as opções disponíveis na respectiva temática tratada e opta por padrão de comportamento específico, definindo o rumo daquela sociedade, razão pela qual a tomada de decisão pautada em pormenorizada análise dos custos de oportunidade envolvidos é imperiosa.

Por sua vez, outra doutrina valiosa para o enfrentamento do dilema proposto, o Teorema de Coase, que ensina que numa transação econômica com externalidades, se os direitos de propriedade forem bem definidos e se os custos de transação forem suficientemente baixos, então a solução privada é socialmente ótima, não havendo qualquer necessidade de intervenção do governo na correção da externalidade, que é uma falha de mercado. O único papel do governo seria assegurar que os direitos de propriedade estivessem bem definidos e que a livre negociação fluísse sem custos de transação¹⁵.

Assim, a regra jurídica (primária se decorrente de inovação legislativa ou secundária se decorrente de decisão judicial apta a gerar um precedente a ser aplicado em outros julgamentos deste ou de outros Tribunais), será socialmente benéfica se introduzir no sistema mais benefícios marginais do que custos marginais, servindo como incentivo e/ou desestímulo à prática de condutas socialmente úteis do ponto de vista econômico, daí a se afirmar que a lei ou pelo menos sua interpretação deve ser pautada por um conceito de eficiência econômica.

Um dos mais conhecidos é o de Eficiência de Kaldor-Hicks, que é definido como a confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada norma. A introdução de uma norma jurídica gera benefícios para alguns agentes e custos para outros agentes. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma, essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks¹⁶.

Assim, a noção de eficiência está intimamente relacionada à maximização de bem-estar da sociedade. Quando uma determinada proposição legislativa é

¹⁵ COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, p.1-44, 1960.

¹⁶ TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. *RIL*, Brasília, ano 52, n. 205, p. 321-345, 2015, p. 324.

eficiente, ela proporciona um aumento de bem-estar para a sociedade. Se por qualquer motivo a legislação assim não o proceder, deve o intérprete buscar dar à norma a interpretação que melhor conduza a redução dos custos das transações, tornando a economia mais eficiente.

Essa construção do ordenamento jurídico orientada por uma análise econômica, permite ainda um paralelo com o ensaio de Friedrich Hayek¹⁷ sobre o uso do conhecimento na sociedade e o sistema de preço com o sistema legal.

Para o autor, não é possível reunir todo o conhecimento necessário em apenas uma única “mente”, de modo que é impossível ter total conhecimento das circunstâncias necessárias à solução de um problema econômico, materializado na necessidade de organização e coordenação das ações dos indivíduos e conjunto de indivíduos, bem como das decisões a serem tomadas e suas consequências. E, por óbvio, jamais o serão. Conforme o autor, “o problema é o da utilização de um conhecimento que não está disponível a ninguém em sua totalidade”.

Não há garantia concreta da utilização, da melhor forma possível, por qualquer membro da sociedade, dos recursos disponíveis, considerando o conhecimento limitado desse indivíduo. Nesse sentido, inexistente uma concentração e integração do conhecimento dessas circunstâncias, limitada é a atuação do agente, na sua tarefa econômica primordial de coordenar os indivíduos. O conhecimento existente o é como “pedaços dispersos de conhecimento”, incompletos e fragmentados, distribuídos entre diversos indivíduos independentes.

Por mais que o pensamento econômico se apoie cada vez mais em dados estatísticos, no longo prazo esses mesmos dados tendem a passar uma falsa sensação de estabilidade, se comparados os movimentos diários especificamente. Ou seja, ainda que possível concentrar volumosos dados estatísticos, não é salutar eliminar a importância dos pequenos ajustes constantes fruto das decisões tomadas diuturnamente frente às circunstâncias eventualmente desconhecidas até o dia anterior. Especialmente em se tratando de um conhecimento que, por força dessa sua própria natureza, não pode ser transformado em informação estatística, prejudicando qualquer análise que dessa ferramenta dependa.

¹⁷ HAYEK, Friederich. A. O Uso do Conhecimento na Sociedade. *The American economic review*, 35(4), 1945, p. 519-530.

Aqui se reforça a importância da segurança do ordenamento como um todo, que, assim como o sistema de preços proposto em Hayek¹⁸ comunica, assumindo o papel de uma instituição que define regras de comportamento, a partir da transmissão da informação verdadeiramente essencial, àqueles que por ela se interessam, também é esse o papel do ordenamento jurídico de um sistema, mormente frente à sua finalidade precípua e intrínseca de conferir segurança jurídica ao ambiente.

O Direito, *per si*, também é uma instituição e precisa comunicar de maneira igualmente clara e precisa. A frase de Alfred Whitehead¹⁹ que “a civilização progride quando aumentamos o número de trabalhos importantes que podemos realizar sem pensar neles” possui igual aplicabilidade para o quão desejável é que seja a segurança jurídica de um ordenamento. Assim como o papel de comunicar do sistema de preços é a coordenação do comportamento das pessoas, esse também é o papel do sistema jurídico/legal. O Direito positivado é importantíssimo definidor de comportamento para uma sociedade, num papel de comunicação tão relevante quanto o do sistema de preços. Se a legislação é “confiável”, o comportamento dos indivíduos igualmente o será, conferindo maior previsibilidade às relações, igualmente se adequando à ideia contida na frase transcrita, onde a segurança do sistema permite que os conflitos sejam célere e eficazmente solucionados.

Apresentada toda essa perspectiva teórica e dentro da proposição, as medidas de polícia administrativa adotadas para o combate a epidemia, devem ser avaliadas não só em termos de eficácia no plano da saúde, mas levando-se em consideração os custos sociais que tais medidas acarretam. Ainda que pareça cruel a afirmativa, as possíveis vidas salvas no presente devem ser confrontadas, com as possíveis vidas sacrificadas no futuro²⁰.

Relembrando os conceitos estabelecidos por Dworkin, a questão do combate a pandemia, especialmente no que se refere às medidas de polícia

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Estudo elaborado por pesquisadores ingleses afirma: “A pesquisa, resultado de parceria de economistas e médicos sanitários do Brasil e Reino Unido, constatou que, a cada ponto percentual de aumento na taxa de desemprego, a mortalidade sobe 0,5 ponto percentual. São mortes que poderiam ser evitadas, dizem os autores. No período de 2012 a 2017, a taxa de desemprego subiu de 8,4% para 13,7%. E a taxa de mortalidade aumentou 8%, de 143 mortes por cem mil habitantes para 154 mortes por cem mil. Metade dessa alta está relacionada à recessão. Disponível em <http://abet-trabalho.org.br/a-recessao-teve-consequencias-mais-nefastas-que-o-aumento-do-desemprego/>. Acesso em 18/05/2020.

administrativa, devem ser consideradas como um “princípio”²¹, que pode ser sopesado, mediante os critérios de proporcionalidade, visando sua concordância prática com o princípio da liberdade de iniciativa, que deve ser preservado, também, na melhor medida possível, inclusive porque, no limite extremo, a desestruturação completa da atividade econômica com o colapso da arrecadação estatal poderá levar ao sacrifício de mais vidas do que a própria COVID – 19.

As decisões que recentemente se exigiram das cortes de justiça por todo o país evidenciam essa problemática de enfrentamento de direitos tidos como fundamentais e, ao que importa para o presente artigo, o direito à saúde e ao exercício de uma atividade econômica, sob o seu aspecto de essencial à própria subsistência do indivíduo e, por consequência direta, do próprio Estado.

Os três pontos estão intrinsecamente ligados e até se confundem os pontos de partida para a análise. A efetivação do direito à saúde – em termos gerais, claro – exige o enfrentamento de questões orçamentárias, que por sua vez, em se tratando de Estado, são mantidas a partir da plena atividade econômica e produtiva que gera renda e riqueza. Por sua vez, para exercício pleno de qualquer atividade econômica, há que se respeitar questões de natureza regulatória, como o são as normativas sanitárias, alçadas a outro patamar de observação quando se enfrentando uma pandemia.

Daí, a celeuma de como conciliar as restrições sanitárias exigidas para contenção da propagação do vírus com o exercício das mais diversas atividades econômicas, desde aquelas consideradas essenciais àquelas não essenciais do ponto de vista da coletividade, mas essenciais à subsistência de quem as exerce.

Nesse panorama, destaca-se as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672 e na Suspensão de Segurança 5.383 – esta última monocrática pela presidência do STF, sem submissão ao referendo do plenário, que assentaram o entendimento da competência concorrente dos entes da federação para o estabelecimento de restrições – ao que importa aqui –

²¹ “Segundo DWORKIN, enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada; já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos. Um determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão. Assim como os aplicadores do Direito devem seguir uma regra considerada obrigatória, também devem decidir conforme os princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros, de peso menor, apontado em sentido contrário”. NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 127.

à atividade econômica, mormente frente à eventual contradição entre os decretos nas diversas esferas.

No exemplo mais recente da SS 5.383, uma liminar²² de um desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe autorizava uma barbearia a funcionar, a partir da definição como essencial atribuída à essa atividade pelo Decreto nº 10.344/20 editado pelo Presidente da República, ainda que os decretos estadual e municipal em vigor – o estadual alterado mesmo após o decreto presidencial, mas não elencando a barbearia como atividade essencial, ou seja, em tese, conflitante – não autorizassem o funcionamento.

Para o que importa, dentre os argumentos utilizados pelo proprietário da barbearia, este alegou violação a direito líquido e certo seu pelo Estado de Sergipe com a edição do Decreto Estadual nº 40.567 de 23 de março de 2020, que manteve a proibição de funcionamento de salão de beleza – atividade em que se enquadra o reclamante – atribuindo-lhe o caráter de não essencial.

Aduziu, ainda, que a barbearia é a exclusiva fonte de subsistência sua e de sua família e que, desde o seu fechamento e diante do lapso temporal já decorrido, estaria sofrendo graves privações, já à beira do comprometimento irrecuperável do sustento familiar.

Com fundamentação simplória e objetiva, o desembargador sergipano considerou que, atendendo ao princípio da razoabilidade, tendo um decreto presidencial definido a atividade de barbearia como essencial, restaria aos estados e municípios uma proibição que fosse razoável, relacionando os índices de avanço da pandemia no estado e a adequação das medidas, e que, a pandemia, para além de suas próprias consequências, privou boa parte dos profissionais autônomos – à exemplo do impetrante – do próprio sustento da sua família.

Proposta a suspensão de segurança²³ pelo Estado de Sergipe, o Min. Dias Toffoli, na presidência do STF, deferiu a suspensão da liminar, reassentando as posições daquela Corte exaradas nas ADI 6.341 e ADPF 672, no sentido de que “o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais” ao mesmo tempo em que reconheceu a competência de cada ente federado, “nos termos do artigo 198, inciso I da Constituição Federal”.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Mandado de Segurança 0004311-66.2020.8.25.0000, Relator: Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança nº 5.383, Relator: Min. Dias Toffoli, 2020.

Discorreu ainda que não há interesse nacional, mormente em tempos de pandemia, que justifique a União dispor sobre a essencialidade da atividade de barbearia, reconhecendo também que a situação inédita vivenciada, afetada restou a normalidade de diversas atividades econômicas. Mas que, por outro lado, essa mesma gravidade exige a “tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica” seja em detrimento de outros ou do Estado, finalizando ser este último o responsável pelo combate aos efeitos da pandemia decorrentes.

Para além da simplicidade do caso concreto, a questão apresentada é verdadeiramente de dois direitos fundamentais em aparente choque: o dilema entre a proteção e efetivação do direito à saúde e o exercício da atividade econômica, essencial à subsistência do indivíduo.

A partir da fundamentação exposta nos citados julgados, percebe-se que a discussão no âmbito da Suprema Corte do país revolve apenas em torno das competências constitucionais para adoção de medidas, mais do que efetivamente enfrentar o choque de direitos fundamentais que indiscutivelmente ocorre e como possível – e se possível – solucioná-los.

É indubitável que esse conflito terá que ser enfrentado. Até a finalização do presente artigo, já são 60 (sessenta) dias desde a aprovação no Congresso Nacional do decreto de reconhecimento do estado de calamidade pública em decorrência da pandemia²⁴, e é nesse mesmo lapso temporal – pouco mais e pouco menos – que muitas atividades foram e continuam interrompidas²⁵, com microempresários e autônomos, a exemplo, implorando por socorro governamental ou a retomada das suas atividades²⁶.

O ponto é que, de fato, não há uma resposta única e correta – na orientação do que propõe Dworkin, já mencionado – valendo lembrar aqui algumas orientações da teoria de Robert Alexy para aplicação do direito e dos princípios em conflito²⁷.

²⁴ <https://www.camara.leg.br/noticias/646493-aprovado-o-decreto-que-coloca-o-pais-em-estado-de-calamida-de-publica>. Acesso em 23 de maio de 2020.

²⁵ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/23/quarentena-em-sp-completa-dois-meses-neste-domingo-com-populaca-o-dividida-sobre-medidas-de-isolamento-social.ghtml>. Acesso em 23 de maio de 2020.

²⁶ <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/04/03/medidas-economicas-na-crise-do-coronavirus-veja-perguntas-e-respostas.ghtml>. Acesso em 23 de maio de 2020.

²⁷ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório In. ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

A realidade e o caso citado evidenciam que os diferentes níveis de entes da federação não conseguem se entender e chegar a um consenso sobre a questão do direito a saúde vs. economia, e, não normalizada, a situação talvez tenha que efetivamente ser resolvida no Poder Judiciário.

Nesse sentido, patente o dever de cuidado que o Poder Judiciário brasileiro deve ter quando essa discussão efetivamente exigir sua resposta, como registra Lenio Streck²⁸, pois “a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito”, não significa que não possa haver uma ação mais “propositiva” do Judiciário.

Esse enfrentamento exigirá muito do processo de interpretação desses direitos fundamentais, no que talvez seja um dos pontos comuns entre as teorias de Alexy e Dworkin: “a aceitação de que a legislação não é perfeita e a constatação da importância do processo de interpretação (em Alexy, argumentação)”²⁹.

BIBLIOGRAFIA

BEZZERRA, Juliana. **Plano Collor**. Disponível em <https://www.todamateria.com.br/plano-collor/>. Acesso em 19 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Suspensão de Segurança nº 5.383**, Relator: Min. Dias Toffoli, 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, **Mandado de Segurança 0004311-66.2020.8.25.0000**, Relator: Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, 2020.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Journal of Law and Economics, p.1-44, 1960.

DANIELS, Norman. **Just Health: meeting health needs fairly**. New York, Cambridge: Cambridge University Press; 2008.

²⁸ STRECK., Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

²⁹ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório In. ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 4-5.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRIEDMAN, Laurence A., NEUMMAN, Bruce R.. “**The Effects of Opportunity Costs on Project Investment Decisions: A Replication and Extension.**” *Journal of Accounting Research*, vol. 18, no. 2, 1980, pp. 407–419. JSTOR, Disponível em www.jstor.org/stable/2490586. Acesso em 23 de maio 2020.

HAYEK, Friederich A. **O Uso do Conhecimento na Sociedade**. *The American economic review*, 35(4), 1945, p. 519-530.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (organizadores). **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the nature and significance of Economic Science**. 1932.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias, Maria Alice Máximo. 16a. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

STOHRER, Camila M. S. **Direitos fundamentais e tributação: a importância dos tributos na manutenção dos direitos**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 18/05/2020.

STRECK., Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

TABAK, Benjamin M. **A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas**. *RIL*, Brasília, ano 52, n. 205, p. 321-345, 2015.

TABAK, Benjamin Miranda. **A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas**. *RIL*, Brasília, ano 52, n. 205, p. 321-345, 2015, p. 324.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.