



## Rogério Gesta Leal: Tempos de (des)ordem: limites de contenções

A Administração Pública em geral tem sido chamada a responder, cada vez mais, por demandas diversas e complexas do Mercado e da Sociedade, muitas vezes tensas e justapostas, levando a escolhas disjuntivas, eis que implicam eleger algumas prioridades em detrimento de outras. Por certo que estas escolhas (em alguns casos trágicas) reclamam razões de justificação e fundamentação amplas, legítimas e democráticas, submetidas a todo o tipo de controle, preventivos e curativos.

Tempos de crises institucionais, políticas, econômicas e sociais como as que estamos vivendo em face do coronavírus, modo geral, colocam na agenda dos debates internacionais e nacionais grandes e sérios perigos a determinadas conquistas, princípios e liberdades constitucionais a Democracia. Aqui, a tentação em desrespeitar tais direitos e garantias encontra-se em seu apogeu, enquanto que os seus tradicionais mecanismos de efetivação e proteção estão em baixa; sutilezas legais podem ser deixadas de lado para serem apreciadas somente em tempos de paz e tranquilidade.

Em meio a tais turbulências garantias constitucionais são colocadas, por vezes, a prova, razão pela qual os compromissos permanentes em preservar e manter direitos e liberdades devem estar constantemente equalizados/convergentes com os cuidados de não transmutar a Constituição em um pacto suicida, na expressão do Juiz da Suprema Corte Norte-americana Robert H. Jackson. O Juiz Jackson, em 1949, no caso *Terminiello v. Chicago*, no qual a maioria dos magistrados decidiu que lei municipal de Chicago que proibia o discurso de provocar a ira do público, convidar a disputas, provocar situação de inquietação ou criar distúrbios, estaria violando as Primeira e Décima Quarta Emendas à Constituição Norte-americana, dissentiu sob o argumento de que:

*Este Tribunal foi longe no sentido de aceitar a doutrina de que liberdade civil significa a remoção de todas as restrições dessas multidões e que todas as tentativas locais de manter a ordem são comprometimentos da liberdade do cidadão. A escolha não é entre ordem e liberdade. É entre liberdade com ordem. Existe o risco de que, se o Tribunal não moderar sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática, converterá a Declaração de Direitos constitucional em um pacto suicida. (Tradução livre).*

Os cenários de emergências, crises, riscos e perigos nos quais nos encontramos por conta deste agente poderoso e desconhecido que é o covid-19, estão a evidenciar sequelas de multiníveis, aumentando os custos de manutenção de liberdades públicas, direitos e garantias políticas tradicionais; do mesmo modo, vão gerando tensões de dimensões trágicas entre valores democráticos e respostas as emergências provocadas.

Ao mesmo tempo, exigências e crises agudas tem desafiado vários conceitos centrais da democracia constitucional, e mesmo de sistemas jurídicos tradicionais, surgindo preocupações sobre qual a extensão e em que medida podem ser justificadas violações de valores e bens fundamentais em nome da sobrevivência da própria democracia. Em outras palavras, em que medida governos republicanos e democráticos podem justificar ações nestas direções sem se transformar em regimes autoritários?

Quando exigências extremas surgem, de forma quase invariável, as forças políticas e econômicas,



institucionais e sociais, deixam às mãos do Poder Executivo a responsabilidade imediata de seus enfrentamentos – o que acontece neste momento, levando ao seu fortalecimento enquanto poder de Estado, e isto não somente em face dos demais poderes estatais, mas também diante de direitos individuais e liberdades públicas.

Por outro lado, se o Poder Executivo tem assumido protagonismo diferenciando no confronto destes cenários, isto também ocorre justamente porque o tempo e a forma tradicionais de tomada de decisões na Democracia representativa ordinária, por vezes, não atende minimamente — por serem mais morosos — as expectativas e necessidades das demandas comunitárias marcadas por níveis de complexidade e emergências imediatas.

Em face disto, dois vetores aparentemente antitéticos estão em constante tensão: a existência de necessárias restrições e limitações aos poderes governamentais constituem-se em atributos fundamentais dos regimes democráticos modernos; por outro lado, as ideias deste modelo de Democracia representativa, como os direitos individuais, a legitimidade dos poderes instituídos, a *accountability* social, os sistemas de controles dos poderes, sugerem que, em tempos difíceis e velozes como os que estamos vivendo podem surgir oportunidades em que este mesmo Estado precise se valer de medidas urgentes/adequadas — sob o ponto de vista de suas efetividades — para dar conta de problemas de alta gravidade.

Emergências inusitadas em termos de demandas públicas tendem a provocar iniciativas de contenção ou solução a elas com velocidade diferida da legislativa e, por vezes, a partir de premissas não raro apressadas e divorciadas das conquistas civilizatórias de direitos e garantias, colocando a disposição das autoridades públicas maiores poderes abrangentes para resolver problemas inéditos.

É fácil compreendermos isto na medida em que se afigura mais confortável fazer aprovar medidas de exceção do que questionar porque elas são necessárias, além do que, ao poder instituído garante protagonismo de ação e reação, o que sem dúvidas não é suficiente, pois tão somente mostra o que autoridades públicas podem fazer (atacando as consequências e deixando de lado as causas) em vez de estarem inertes.

Assim, em cenários democráticos, é preciso reconhecer que o conceito de poderes de emergência remete a situações de fôlego curto, e medidas transitórias que são constituídas para responder a situações particulares, para, então, serem removidos o mais rápido possível, tanto quanto bastem para dar cabo exitoso das razões pelas quais foram instituídos. Em outras palavras, medidas de emergência/exceção que podem se desviar do que é aceitável normalmente no âmbito e confins do sistema legal em tempos ordinários, não podem afetar campos legais e políticos durante muito tempo, sob pena de fazer com que a natureza draconiana das ações perpetradas seja aceita mais facilmente, e até se naturalizem sem qualquer resistência cívica.

É muito fácil dizer que em certas situações, quando o pânico, o medo, o ódio, e emoções similares prevalecem, discursos e análises racionais são colocadas de lado na formulação de respostas a demandas públicas decorrentes. O problema é que, quando deparados com sérias ameaças ou com emergências extremas, como estamos vivendo agora, o público em geral — e seus líderes — costumam ter dificuldades de avaliar com precisão racional os riscos e perigos efetivos que se postam a Sociedade, até



---

porque discursos, práticas e estratégias ideológicas ganham fôlego em busca de hegemonias conjunturais.

Qualquer ato de balanceamento/ponderação levando em conta as ameaças — reais e fictícias — que precisam ser atendidas, e os custos para a Sociedade e seus membros, para os fins de enfrentar tudo isto de diferentes maneiras, precisa sempre ser muito bem fundamentado e controlado, mesmo quando aplicado com a melhor das atenções.

Para alguns teóricos desta problemática, as pessoas se comportam a partir de conjuntos de limitações cognitivas e preconceitos que podem preveni-las diante da captura das reais probabilidades de ocorrência de certos tipos de riscos e incertezas. As avaliações precisas destas reclamam informações relacionadas e confiáveis da magnitude do que está envolvido, e das possibilidades de que se materializem.

O conceito de racionalidade limitada aqui relaciona-se com nosso insuficiente conhecimento sobre os estados de coisas relacionados naqueles cenários, e as imperfeições das tecnologias que deveriam nos auxiliar para o enfrentamento de emergências sociais e individuais as mais variadas, o que, em parte, explicam as falhas para lidar com informações e dados inéditos, isto porque importantes elementos de processos cognitivos e de análises precisam ser investigados para fins de determinar — mesmo que aproximadamente — consequências e alternativas aqueles contextos.

Cass Sunstein recentemente sugeriu que as previsões das teorias prospectivas são especialmente válidas onde os maus resultados afetam ricos, nomeadamente onde envolvem não somente sérias perdas, mas onde se produzem particularmente fortes emoções.[1] O autor foca no que chama de *probabilidades negligentes*, no sentido de, muitas vezes, as teorias das probabilidades não levarem em conta alguns fatores em detrimento de outros, porque deixam de acessar/avaliar todas as variáveis que compõem os ambientes (seus riscos e perigos) nos quais as probabilidades são demarcadas, elegendo tão somente os piores resultados possíveis, os quais invocam emoções e sentimentos demasiadamente fundamentalistas como o medo, reclamando respostas (a demandas equivocadas) igualmente radicais.[2]

O fato de que os custos do futuro sejam vistos de forma muito intangível e abstrata em quadros de emergência, especialmente quando comparados com aqueles sentimentos tangíveis de medos expressivos, associados com o aumento da segurança como resultado de ações governamentais — sejam quais forem —, podem amplificar os equívocos das avaliações de emergências reais e políticas públicas consecutórias. Ou seja, os ciclos de radicalização ideológica ou retórica dos discursos do medo (junto com as percepções equivocadas por conta de percepções negligentes e imperitas), em face daquilo que os gestores públicos não conhecem muito bem (e tampouco desejam conhecer), geram sentimentos trágicos de pavor horripilante, imediato e violento, da possibilidade de eventos e fenômenos que coloquem em xeque a *normalidade* de espaços públicos e privados, fomentando a institucionalização de medidas de força e violência em nome de determinada *ordem social*, na qual poucos agentes do Mercado e da Política tiram dividendos imensos mesmo que em detrimento de toda a coletividade.



Temos, todavia, que no Estado Democrático de Direito atual as emergências políticas e sociais devem ser enfrentadas a partir de ações e reações pautadas por prudência e razoabilidade adequadas às urgências apresentadas, razões pelas quais governantes devem ter ampla responsabilidade ao determinar quais medidas são necessárias e devem ser tomadas para lidar com estas crises de maneira efetiva e eficaz, tendo no horizonte a responsabilidade compartilhada que todos nós temos uns para com os outros.

Máximas como *necessidades não conhecem a lei* (*salus populi suprema lex est; inter arma silente leges*), ou razões de Estado, estão mais associadas com formas autoritárias de tratamento daqueles cenários do que democráticas. Sob esta marca de realismo político, democracias não representam enigmas reais em face de emergências, isto porque há restrições que limitam governos, Mercado e Sociedade no enfrentamento destas, oriundas tanto de marcos normativos vinculantes, institucionais e orçamentários limitados, como também por processos e procedimentos democráticos a serem adotados e pautados pelos termos da lei, porque tendem a evitar (ou diminuir) os níveis de ilegitimidade democrática, abusos de poder e desvios de finalidades.

Entendemos, pois, que são as disposições jurídicas vigentes que devem pautar as respostas governamentais às emergências sociais, e a premissa neural que está subjacente a tais argumentos é o primado da norma fundamental, determinando que, qualquer que sejam as respostas dadas aos desafios de demandas públicas urgentes, elas devem estar sustentadas nos confins de comandos passíveis de controle público.

Em outras palavras, somente sob o argumento do *gerencialismo* como paradigma e modelo de poderes emergenciais, o Estado de Emergência não justifica os desvios eventualmente cometidos em face dos sistemas jurídicos ordinários, razão pela qual a ocorrência de qualquer particular emergência — como a do Covid-19 — não pode justificar ou explicar a **suspensão**, por todo ou em parte, dos padrões normativos vigentes (como a lei de acesso a informação, por exemplo).

O firme argumento sobre a aplicabilidade de normas ordinárias em cenários de emergência institucional e social reforçam a tese de que quaisquer operações de governo somente devem se dar dentro dos limites da lei, colocando os agentes públicos em alerta para serem mais responsáveis em suas gestões, evitando a deflagração dos interesses públicos indisponíveis a que estão vinculados. Em face desta perspectiva, a necessidade permanente de prestação de contas e transparência de tais atos justifica a exposição pública como ferramenta de controle e responsabilização maior de suas ações.

Por outro lado, é certo que alguns casos de emergência ou de calamidade pública se caracterizam como de conteúdos jurídicos indeterminados, reclamando complementação normativa oriunda do sistema jurídico como um todo, e mesmo da expressão política da urgência através dos mecanismos de exceção — ainda normativos — existentes, como as Medidas Provisórias, usadas para o gerenciamento das demandas provocadas pelo Covid-19.

De qualquer sorte, para tornar mais eficaz o combate aos abusos de poder e desvios de finalidade cometidos pelos gestores públicos em nome de calamidades públicas declaradas — e as vezes fictas —, é preciso e urgente termos esta compreensão ampliada da responsabilidade tanto do setor público e privado, e seguramente os órgãos de controle interno e externos, assim como a Sociedade, estarão



---

atentos a tudo isto.

---

1 SUNSTEIN, Cass R. *Probability Neglect: emotions, worst cases, and law*. In OLIN, John M. Program in Law and Economics. Chicago University. Chicago University Press – Working Paper No. 138, 2001, acesso pelo site <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, em 01/04/2019. Refere expressamente o autor que: *For those who study the topic of risk regulation, there are many things to say about this state of affairs. First, safety is a matter of degree; it is foolish to worry, as people seemed to be doing, about whether they are “safe” or “not safe.” As a statistical matter, most people, in most places (not excluding airports), were not at significantly more risk after the attacks than they were before* . (p.03). Grifos nossos. Ver também o texto de SCHREUER, Christoph. *Derogation of Human Rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights*. In Yale Journal, 9, World Public Order. 113, 123 (1982), acesso pelo site: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol9/iss1/6>, em 20/05/2019.

2 Lembra Sunstein que: *When a bad outcome is highly salient and triggers strong emotions, government will be asked to do something about it, even if the probability that the bad outcome will occur is low*. Op.cit., p.05.

**Date Created**

30/03/2020