

A ATIVIDADE JUDICIÁRIA EM GARANTIR OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

THE JUDICIAL ACTIVITY IN GUARANTEEING THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Aline Martins de Alencar Araujo Schwartz¹

RESUMO: A pandemia do Covid-19 impôs restrições à população para impedir o contágio, dentre elas, a proibição de acesso às praias e locais públicos. Ademais, houve interrupção abrupta de terapias e escolas, desencadeando crises nas pessoas com deficiência, de modo a ponderar os princípios da dignidade da pessoa humana; da saúde (do deficiente e da coletividade), para a flexibilização dos decretos limitativos.

PALAVRAS-CHAVES: Pandemia. COVID-19. Restrições. Deficiente. Flexibilização de decreto.

ABSTRACT: The Covid-19 pandemic imposed restrictions on the population to prevent contagion, including the ban on access to beaches and public places. In addition, there was an abrupt interruption of therapies and schools, triggering crises in people with disabilities, in order to ponder the principles of human dignity; health (of the disabled and the community), for the relaxation of limiting decrees.

KEYWORDS: Pandemic. COVID-19. Restrictions. Deficient. Flexibility of decree.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo geral analisar o estudo de caso submetido ao Judiciário Alagoano de um adolescente com Autismo², em grau severo que ficou em crise extrema, com repercussão em sua saúde e regressão do tratamento terapêutico, pelo câmbio de

¹ Advogada, Aluna do Curso Preparatório para a Magistratura e Pós Graduação da ESMAL. E-mail: alinemartins.jur@gmail.com

² ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça:** Maceió, AL, 03 jul. 2020.

suas rotinas, de maneira abrupta, por consequência das medidas preventivas impostas pelo Decreto Estadual n. 69.722 de 4 de maio de 2020³, em razão da pandemia do Covid-19.

A mudança do seu dia-a-dia, se deu pela suspensão de terapias, da escola, e por fim, a alternativa do banho de mar na praia da Sereia, em Maceió, para acalmá-lo. O acesso fora restrito pelo ato normativo mencionado com a aplicação de multa aos infratores. Nesse sentido, foi requestada a flexibilização da norma para permitir ao menor a terapia em águas salgadas.

Assim, surgiu a problemática para solucionar o conflito existente entre o princípio da saúde coletiva e da saúde individual, de proteção da criança e do deficiente, da dignidade da pessoa humana, como também os direitos humanos ratificados na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴.

As propostas iniciais de hipóteses, para quem defende a negativa, serão: a supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da justiça ou conformidade funcional, ativismo judicial. Em caso diverso, pela concessão da liminar: o princípio da concordância prática ou da harmonização, o princípio *pro homine*, e a teoria da derrotabilidade.

A contribuição deste trabalho é de grande valia para a reflexão dos operadores do direito, de aplicar a Convenção de New York, que parte desde a propositura da legislação excepcional da pandemia do COVID-19, que foram realizadas sem a análise da situação das pessoas com deficiência, até o desempenho da judicatura que suprirá a omissão.

De forma geral, analisaremos o caso em concreto e especificamente apresentaremos cada uma das vertentes favoráveis e contrárias e a decisão eleita no caso.

Desta feita, é sob o prisma dessa exposição que se pretende desenvolver o presente trabalho, empregando como metodologia, além da análise do julgado, a problematização dos eixos centrais, sistematizações a partir de leitura da legislação e doutrina, permeando a apreensão do conteúdo, como também a conclusão do questionamento esposado.

³ ALAGOAS. Decreto Estadual N. 69.722, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a prorrogação das medidas para enfrentamento do Covid-19 no âmbito do Estado de Alagoas, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**: Maceió, AL, 05 maio 2020. Disponível em: http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2020/05/DOEAL-05_05_2020-COMPLETO.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁴ BRASIL. Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Seção 3, p. 3, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

1 DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS NA PANDEMIA DO COVID-19 E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA

Diante do cenário mundial da pandemia do Covid-19, declarado a situação de emergência internacional pela Organização Mundial de Saúde⁵, e do exponencial número de infectados e de óbitos pela doença na população brasileira, o Poder Estatal em sua função de garantidor dos direitos humanos publicou um Plano Emergencial de Saúde Pública, por meio da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020⁶, originada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020⁷, estabelecendo uma série de restrições aos habitantes da nação.

Assim, vislumbram-se que medidas restritivas como a limitação do acesso e da circulação de pessoas têm sido tomadas a fim de evitar a propagação do vírus, oportunidade em que se observa a atuação conjunta entre os entes federativos, com fulcro no artigo 23, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil – CF:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;⁸

Apesar da deficiência não se enquadrar a princípio como fator para que a pessoa faça parte do grupo de risco para contaminação pelo Covid-19, declarou Buchanan:

Pessoas com deficiência estão entre as mais marginalizadas e estigmatizadas do mundo, mesmo em circunstâncias normais", disse Jane Buchanan, diretora adjunta da divisão de direitos das pessoas com deficiência da Human Rights Watch. "Sem uma ação rápida dos governos para incluir pessoas com deficiência em sua resposta ao COVID-19, elas permanecerão em sério risco de infecção e morte a medida que a pandemia se alastrar.

⁵ WORLD Health Organization. WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV). **WHO**, 30 jan. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 13 ago. 2020.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, p. 1, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁷ BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/d2637.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

Nesse sentido, o Governo do Estado de Alagoas implementou a política pública de saúde coletiva, para enfrentamento ao Covid-19 com a edição de vários decretos emergenciais, dentre eles o Decreto nº 69.722 de 4 de maio de 2020, acrescentando mais impedimentos, dos quais restringiram aulas escolares, comércio e serviços, inclusive o acesso as praias, calçadão das avenidas beira-mar, a beira-rio, lagoas e praças. Vide:

Art. 1º - Em caráter excepcional, e por se fazer necessário a manutenção das medidas de restrição, previstas nos Decretos Estaduais nºs 69.529 e 69.530, ambos de 18 de março de 2020, em razão da situação de emergência declarada no Decreto Estadual nº 69.541, de 20 de março de 2020, fica suspenso, em território estadual, a partir da 0 (zero) hora do dia 06 de maio até as 23:59h do dia 20 de maio de 2020, podendo ser prorrogado ao final desse período, o funcionamento de:

I – bares, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos congêneres;

II – museus, cinemas e outros equipamentos culturais, públicos e privados;

III – templos, igrejas e demais instituições religiosas, permitindo seu funcionamento interno;

IV – academias, clubes, centros de ginástica e estabelecimentos similares;

V – lojas ou estabelecimentos que pratiquem o comércio ou serviços de natureza privada;

VI – shoppings centers, galerias, centros comerciais e estabelecimentos congêneres, salvo supermercados, farmácias e locais que prestem serviços de saúde no interior dos referidos estabelecimentos; e

VII – eventos e exposições;

§ 1º No prazo a que se refere o caput deste artigo, também ficam vedadas ou interrompidas:

I – qualquer atividade de comércio nas ruas, praias, lagoas, rios e piscinas públicas, praças ou outros locais de uso coletivo e que promovam a aglomeração de pessoas, como bancas e barracas de vendas de alimentos, como churrasquinhos, nos logradouros públicos;

II – operação do serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, regular e complementar, bem como os serviços de receptivos;

III – operação do serviço de trens urbanos;

IV – o acesso as praias, ao calçadão das avenidas beira-mar, a beira rio, a lagoas e praças, para prática de qualquer atividade;

V – a permanência das pessoas em ruas e logradouros públicos (praças, alamedas, entre outros), para evitar aglomerações, nesse sentido devendo ser interrompidas reuniões para prática de quaisquer atividades sociais, esportivas ou culturais, ressalvando o direito de ir e vir da população, desde que estejam utilizando máscaras;

VI – o estacionamento de veículos nas ruas, faixas beira-mar, beira rio, lagoas e praças, ressalvando a situação das pessoas com residência em torno dos locais mencionados, além dos estabelecimentos que não estejam com seu funcionamento suspenso (grifo nosso).⁹

De acordo com Moura¹⁰ “estas medidas impulsionam o debate sobre os limites da interferência do Estado na liberdade dos indivíduos em contrapartida com o dever estabelecido na Constituição de cuidar da saúde coletiva, garantindo medidas que visem a redução do risco

⁹ ALAGOAS. Decreto Estadual N. 69.722, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a prorrogação das medidas para enfrentamento do Covid-19 no âmbito do Estado de Alagoas, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**: Maceió, AL, 05 maio 2020. Disponível em: http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2020/05/DOEAL-05_05_2020-COMPLETO.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹⁰ MOURA, Larissa. Covid-19 e o embate entre o direito de ir e vir e o direito à saúde. **Jus**, mar. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80571/covid-19-e-o-embate-entre-o-direito-de-ir-e-vir-e-o-direito-a-saude>. Acesso em 13/08/2020.

de doença”. Não só as liberdades merecem debates, como também da saúde das pessoas com deficiência, por ter cerceado seu direito a evolução de tratamento, como veremos adiante.

Cumprido destacar, que a saúde é um direito social, expressamente resguardado pela CF, em seus artigos 6º e 196, tratando-se de direito de segunda dimensão, que, segundo o mencionado autor

A doutrina aponta uma dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.¹¹

Contudo, em análise do custo-benefício, o que parece uma medida protetiva coletiva, prejudica uma classe de pessoas que foram abruptamente retiradas de suas rotinas, já que parte dos autistas possuem a inflexibilidade por mudança, como aponta o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-5:

[...] são dois critérios para o diagnóstico do TEA, quais sejam: (1) pessoas que apresentam déficits persistentes na comunicação social e na interação social em múltiplos contextos; e, (2) indica padrões restritos e repetitivos de comportamento, interesses ou atividades. Esses padrões podem levar a pelo menos duas das seguintes características: movimentos motores, **adesão inflexível a rotinas ou padrões ritualizados de comportamento verbal ou não verbal**; interesses fixos e altamente restritos que são anormais em intensidade ou foco; e hiper ou hiporreatividade a estímulos sensoriais ou interesse incomum por aspectos sensoriais do ambiente (grifo nosso).¹²

Assim, é posto em xeque os direitos à saúde e a reabilitação das pessoas com deficiência neste período, que traz o direito à promoção pelo Estado de instrumentos aptos a garantir a instituição de políticas e diretrizes para promoção, proteção e recuperação da saúde, em absoluta prioridade de crianças, adolescentes, expressos no artigo 227, §1º, inciso II da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o

¹¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1347.

¹² AMERICAN Psychiatric Association. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-5**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed; 2015.

trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).¹³

Convém mencionar ainda, o princípio basilar da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, que prevê como fundamento a dignidade da pessoa humana, que significa que as pessoas devem ter seus direitos respeitados, visando amparar o bem-estar de toda e qualquer pessoa.

Em afirmação às garantias constitucionais, a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seus artigos 4º e 5º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.¹⁴

Não se pode olvidar que o Brasil foi signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que trouxe em seu arcabouço o reconhecimento de uma série de direitos das pessoas com deficiência, em especial introduzido em nosso sistema com tratamento equivalente à emenda constitucional¹⁵, nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal, por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009¹⁶, os Estados-Parte:

- v) Reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais,¹⁷
- (...)

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Seção 3, p. 3, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Seção 3, p. 3, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

Na Convenção, tratou-se, inclusive, das obrigações gerais dos Estados-parte, que em todos os programas e políticas públicas deverão levar em consideração a proteção e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Não percebemos nas políticas públicas implementadas para o combate ao COVID-19, sejam no âmbito federal, estadual ou municipal, desobedecendo o dispositivo a seguir:

Artigo 4.

Obrigações gerais

3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.¹⁸

Importante destacar a edição da Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que estabeleceu os direitos ao processo de habilitação e reabilitação, conceituado no parágrafo único do artigo 14, do referido diploma como:

[...] o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.¹⁹

Da mesma forma, a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, prevê em seu artigo 2º:

Art. 2º São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

I - a intersetorialidade no desenvolvimento das ações e das políticas e no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista;

II - a participação da comunidade na formulação de políticas públicas voltadas para as pessoas com transtorno do espectro autista e o controle social da sua implantação, acompanhamento e avaliação;

III - a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes;

IV - (VETADO);

V - o estímulo à inserção da pessoa com transtorno do espectro autista no mercado de trabalho, observadas as peculiaridades da deficiência e as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - a responsabilidade do poder público quanto à informação pública relativa ao transtorno e suas implicações;

¹⁸ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Diário Oficial da União: Seção 3, p. 3, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 07, jul. 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

VII - o incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista, bem como a pais e responsáveis;

VIII - o estímulo à pesquisa científica, com prioridade para estudos epidemiológicos tendentes a dimensionar a magnitude e as características do problema relativo ao transtorno do espectro autista no País.²⁰

Vale ainda mencionar os artigos 15 e 17 do ECA, que garantem o direito ao respeito da dignidade da criança, bem como a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral²¹, vejamos:

Art. 15. A criança e do adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.²²

Portanto, pela ausência de qualquer menção nas políticas públicas implementadas ao combate à pandemia do COVID-19, impondo indistintamente a todas as pessoas as medidas restritivas, restaram pendentes os estudos e esclarecimentos necessários às crianças deficientes, que tiveram interrupção inconsequente da habilitação e reabilitação, com agravamento do seu quadro terapêutico, desse modo, passaremos adiante a análise nas interpretações que podem ser tomadas pelo aplicador do direito ante a exposição do conflito aparente de normas.

2 POSICIONAMENTOS CONTRA E A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO DO DECRETO ESTADUAL

Iniciaremos, debatendo sobre os posicionamentos contrários a flexibilização do Decreto Estadual. Como explicitado o ato normativo estabelece normas gerais de saúde coletiva, restringindo a circulação de pessoas para evitar a propagação do vírus. Sendo assim, para fundamentar, poderia ser levantado a saúde coletiva em detrimento do quadro de saúde do adolescente e de todos ao seu redor, com base no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, consoante à definição:

²⁰ BRASIL. Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012

Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 2, 28 dez. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

²¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 2020. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

Esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público.²³

Ainda na esteira desta vertente, pela não concessão da tutela antecipada, haja vista que o Judiciário declararia a não aplicação de uma norma, em desconformidade ao princípio da justeza ou da conformidade funcional que pressupõe um poder-dever de evitar interferir na esfera de competência do outro, nesse sentido,

O princípio da conformidade funcional tem por finalidade exatamente impedir que o intérprete-concretizador da Constituição modifique aquele sistema de repartição e divisão das funções constitucionais, para evitar que a interpretação constitucional chegue a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes.

A aplicação desse princípio tem particular importância no controle da constitucionalidade das leis e nas relações que, em torno dele, se estabelecem entre o parlamento e as cortes constitucionais, servindo de alerta para as usurpações recíprocas de funções.²⁴

Convém ainda mencionar a crítica que se faz ao Judiciário que cada vez mais promove a intervenção de um poder, o que se denominou na doutrina de ativismo judicial:

Por outro lado, tendo em conta o exposto, convém pelo menos atentar para o assim chamado fenômeno da “judicialização da política” ou do “ativismo judicial” (por mais que se possa discutir a respeito da correção dos termos e sobre o quanto são adequadamente utilizados no Brasil), para que se verifique o quanto cada vez mais aparentemente menos se leva em conta o princípio da conformidade funcional, especialmente no que diz com a ampla intervenção do Poder Judiciário na esfera da atividade legislativa e em relação aos atos (e omissões) do Poder Executivo. Com isso, por sua vez, não se está a fazer um juízo de valor (negativo ou positivo), mas apenas afirmando que os limites funcionais aparentemente se revelam cada vez mais fluidos e relativos, o que se percebe com particular ênfase no Brasil pós-1988, à vista do número de casos que foram levados ao STF e que, segundo muitos, indicam uma crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera reservada aos demais poderes.²⁵

Lado outro, passamos aos posicionamentos favoráveis à flexibilização da norma. Começamos pelo princípio da concordância prática, o qual constitui pela ponderação de valores, no caso concreto, optando por aquele que mais se adequa. *In casu*, a escolha pela aplicação dos princípios da saúde individual, da proteção da criança e do deficiente, como o mais adequado, não significa a exclusão do regramento do sistema, isto é do Decreto Estadual nº 69.722 de 4 de maio de 2020, nem que um princípio se sobrepõe o outro, sobre o axioma é definido como:

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 213.

²⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

²⁵ SARLET, I.W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 296.

[...] princípio da harmonização, o princípio da concordância prática implica que bens jurídicos reconhecidos e protegidos constitucionalmente precisam ser ordenados de tal forma que, notadamente onde existirem colisões, um não se realize às custas do outro, seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato.²⁶

Em afirmação à maleabilidade do decreto, por ser os Direitos das Pessoas com Deficiência, referendado pela Convenção de New York, trata-se de direito humano:²⁷

Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional.

Logo, como direitos humanos são, os direitos das pessoas com deficiência devem ser interpretados de forma mais favorável ao indivíduo, tratando-se da interpretação *pro homine*:

Já o critério da interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. Grosso modo, a interpretação *pro homine* implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo.²⁸

Para melhor compreensão, antes de tratar da teoria da derrotabilidade, devemos tecer algumas considerações, sobre as concepções de Ronald Dworkin²⁹, quem primeiro tratou sobre as distinções entre regras e princípios no neoconstitucionalismo. Para ele as regras são relatos descritivos de conduta que somente procedem a subsunção e diante de um conflito entre as regras somente prevalecerá um esquema de “tudo ou nada”. No entanto, os princípios, são relatos de cunho abstrato, sem se determinar a conduta certa, já que, cada caso concreto será analisado pelo intérprete concedendo-lhe peso entre os princípios eventualmente em choque, aplicando-se a técnica da ponderação e do balanceamento. Aperfeiçoando a diferenciação de Dworkin, Robert Alexy³⁰, caracteriza os princípios como mandamentos ou mandados de otimização, caracterizados por serem satisfeitos em grau variado.

Atribui-se³¹ a teoria da derrotabilidade, primeiro a Hart, que discorreu:” Quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há

²⁶ SARLET, I.W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 282.

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 26.

²⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 158-159.

²⁹ apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁰ apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 172.

um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas.”, daí porque “o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras ‘a menos que’, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições”.

Para tanto Ávila estabelece alguns requisitos necessários para a sua aplicação:

a) requisitos materiais (ou de conteúdo): a superação da regra pelo caso individual não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à regra. E explica o autor: “... há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da **finalidade subjacente à regra**, nem a **segurança jurídica** que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação”;

b) requisitos procedimentais (ou de forma): a superação de uma regra deve ter **a) justificativa condizente** — devendo haver a “... demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige”. E, ainda, a “... demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica”. Em outras palavras, a justiça individual não poderá afetar substancialmente a justiça geral; **b) fundamentação condizente** — as razões de superação da regra devem ser **exteriorizadas**, para que, assim, possam ser controladas. “A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”; **c) comprovação condizente** — “... não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de provas adequados, como documentos, perícias ou estatísticas. A mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra” (grifo nosso).³²

Seguindo o que fora exposto na citação acima, trazemos um trecho da decisão da magistrada, onde podemos ver que quando da decisão proferida sobre a tutela provisória, entendeu que o direito à saúde pública não seria prejudicado, em detrimento da saúde individual do autor. Já que estavam preenchidos os materiais e procedimentais, vide:

[...]Desse modo, embora seja indispensável a obediência à regra geral a todos imposta através do Decreto Estadual nº 69.935, de 31 de maio de 2020, **entendo que o direito à saúde pública não será prejudicado** caso seja deferido o pedido de tutela provisória de urgência antecipada, formulado pelo autor, se forem adotadas medidas de proteção por parte da sua família. **Aplicável no presente caso, portanto, a teoria da derrotabilidade, segundo a qual torna-se possível a não aplicação de regras válidas ante as circunstâncias específicas do caso concreto.**³³

Por fim, ao ser aplicado pelo julgador, a teoria da derrotabilidade ou *defeasibility*, a qual conceitua Uadi Lammêgo Bulos:

[...] derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma constitucional deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto.³⁴

³² apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 172.

³³ ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**: Maceió, AL, 03 jul. 2020.

³⁴ Apud NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Analisadas as teses que podem ser levadas a efeito da decisão, seguimos com o estudo de caso e a opção realizada pela magistrada atuante no feito.

3 ESTUDO DE CASO: A CRIAÇÃO DE NORMAS PROIBITIVAS DURANTE A PANDEMIA E A CRIANÇA COM TEA

Cuida-se o caso em concreto de um adolescente, de 13 anos de idade, que possui Transtorno do Espectro Autista - TEA, em grau severo, que apresentava graves crises sensoriais pela ruptura de suas rotinas, de maneira abrupta, promovidas pelas medidas preventivas impostas pelo governo estadual em razão da pandemia do Covid-19.

Desta forma, foram apresentados diversos laudos da sua condição, com a advertência de que a única maneira de o acalmar, ante a interrupção das terapias presenciais, seria o banho de mar, na Praia da Sereia, especificamente esta, a qual é aceita pelo deficiente. Os relatos colacionados, inclusive com fotos, demonstravam a destruição de móveis da residência, de suas vestes e até autoagressão, em virtude do isolamento.

Ex positis, passamos a conferir o excerto da decisão da magistrada para verificar a fundamentação apresentada, que concedeu a tutela antecipada ao menor deficiente.

No que pertine ao perigo de dano à saúde individual discorreu:

[...] Sobre a tutela de urgência, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil que será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo [...] **Quanto ao perigo de dano à saúde, dignidade e ao adequado desenvolvimento do autor, entendo que se faz presente [...] o paciente citado acima, precisa de uma alternativa terapêutica, pois só o teleatendimento, prestado pela instituição Pestalozzi de Maceió neste momento de Calamidade Pública, não está sendo suficiente para amenizar o estresse causado por todo desconforto ocasionado pelo isolamento, bem como, o desequilíbrio emocional que o mesmo possa estar vivenciando.** Diante disso, e da impossibilidade momentânea do retorno dos atendimentos presenciais, pelo risco eminente de contaminação, solicitamos e ressaltamos a urgência em que o paciente tem de ter no presente momento, a liberação por no mínimo 2 vezes semanais, o acesso à praia (preferencialmente a da Sereia por ser uma praia conhecida e pela inflexibilidade de mudança de hábitos), como método terapêutico para amenizar os transtornos que tem agravado a condição de saúde do mesmo. **Além do citado acima, as imagens de fls. 29-32 dão conta da atual situação do adolescente, que em razão da ausência de acompanhamento multidisciplinar e de uma medida terapêutica alternativa está danificando objetos da sua casa, seus objetos pessoais e até se autoagredindo. O perigo de dano é patente (grifo nosso).**³⁵

³⁵ ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**: Maceió, AL, 03 jul. 2020.

Quanto a probabilidade do direito, o Juízo entendeu pela aplicação da teoria da derrotabilidade. Teoria esta, que supera o modelo do *tudo ou nada* estabelecido por Dworkin, pois segundo Ávila:

[...] as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, por que sua obediência é moralmente boa e, de outro, por que produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como: segurança, paz, e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos [...]³⁶

Trazemos abaixo, trecho da decisão que, mediante análise dos requisitos procedimentais, já delineados acima, a motivação do pedido continha justificativa condizente, demonstrando com fatos e provas, que o afastamento da regra combatida não provocaria expressiva insegurança jurídica. Vide:

Entendo que também se faz presente a probabilidade do direito. Vejamos. [...] [...] Estão em colisão, portanto, diversos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, de um lado os direitos do autor à dignidade, à liberdade e à saúde, e de outro lado o direito à saúde pública da população em geral. Quanto à liberdade de locomoção, considera-se válida a restrição imposta a toda a população, de um modo geral, tendo em vista a necessidade de se preservar a saúde pública através da contenção da disseminação do novo Covid-19. No entanto, **tais restrições importaram não só na relativização da liberdade do autor, mas no surgimento de um perigo iminente de danos à sua saúde física e mental, prejudicando o seu desenvolvimento** alcançado até o presente. Surge, portanto, a necessidade de se avaliar a aplicabilidade do Decreto nº 69.935, de 31 de maio de 2020 nesse caso específico, buscando uma harmonização entre os direitos fundamentais conflitantes. A regra, plenamente válida e eficaz, infelizmente trouxe consequências negativas ao autor, que pretende vê-la relativizada em parte para frequentar uma praia como alternativa terapêutica. Nesse ponto, entendo que as restrições gerais, a todos impostas, vêm agravando de forma particular o estado de saúde do autor, impondo-lhe uma situação em que, além de ter que suportar a necessidade de isolamento domiciliar, precisa fazê-lo sem que sejam possíveis os atendimentos terapêuticos. Portanto, a aplicabilidade da regra geral **neste caso específico vem gerando ao demandante mais prejuízos que benefícios**. Art. 227. [...] De acordo com o citado dispositivo, os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser garantidos com absoluta prioridade, possuindo tais sujeitos em desenvolvimento um regime jurídico especial de garantia dos seus direitos. Desse modo, embora seja indispensável a obediência à regra geral a todos imposta através do Decreto Estadual nº 69.935, de 31 de maio de 2020, **entendo que o direito à saúde pública não será prejudicado caso seja deferido o pedido de tutela provisória de urgência antecipada**, formulado pelo autor, se forem adotadas medidas de proteção por parte da sua família. **Aplicável no presente caso, portanto, a teoria da derrotabilidade, segundo a qual torna-se possível a não aplicação de regras válidas ante as circunstâncias específicas do caso concreto** (grifo nosso).³⁷

³⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 173.

³⁷ ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**: Maceió, AL, 03 jul. 2020.

Escrutinando em seguida a decisão, motivo deste estudo de caso, identificamos, trecho onde a magistrada traz os ensinamentos de Novelino³⁸, discorrendo que o afastamento das regras, somente, deve ocorrer em situações excepcionalíssimas que escapem da normalidade. Mais uma vez corroborando com caso em questão, onde a necessidade, extremamente específica do autor, fornecem razões favoráveis à aplicação da regra. Vide trecho:

Na lição de Marcelo Novelino (Curso de Direito Constitucional, 2017, p. 129), in verbis: **Nos conflitos com princípios, o afastamento de regras somente deve ocorrer nos casos de inconstitucionalidade, de manifesta injustiça ou em situações excepcionalíssimas que, por escaparem da normalidade, não poderiam ter sido ordinariamente previstas pelo legislador.** A não aplicação de regras válidas ante as circunstâncias específicas do caso concreto é conhecido como derrotabilidade (ou superabilidade). Em tais hipóteses, o intérprete confere ao princípio da justiça e aos demais princípios que justificam o afastamento um peso maior do que o conferido ao princípio da segurança jurídica e àqueles subjacentes à regra superada. **A ponderação, portanto, não é feita entre a regra e o princípio, mas entre princípios que fornecem razões favoráveis e contrárias à aplicação da regra naquele caso específico. Não há nisso qualquer desobediência ao direito, por ser a decisão pautada por normas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico.** (grifo nosso)

Seguindo com as justificativas para utilização da teoria da derrotabilidade, a decisão cita o doutrinador Humberto Ávila, utilizando-se de trecho de sua obra para explicar que a situação do autor, é tão específica, que a probabilidade a aparecimento de outra situação similar seria muito baixa, no esteio de que, a decisão não abalaria a segurança jurídica. Vide trecho:

Humberto Ávila (Teoria dos Princípios, 10ª edição, pp. 112-117), por sua vez, propõe algumas condições necessárias à superação das regras, sendo eles requisitos materiais (ou de conteúdo) e requisitos procedimentais (ou de forma). Quanto aos requisitos materiais, **segundo o autor: [...] há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar,** por dificuldade de ocorrência ou comprovação (grifo nosso).³⁹

Finalizando esta temática, com recorte da decisão, que junto com a explicação de Humberto Ávila, utilizando-se dos ensinamentos de Marcelo Novelino sobre a teoria da derrotabilidade, acena para concessão da medida requerida em caráter provisório, atentando que a segurança jurídica não seria prejudicada, visto que, seria baixíssima a probabilidade do aparecimento de requerimento similar. Vide trecho:

A concessão da medida requerida em caráter provisório não prejudicará a finalidade subjacente à regra (manutenção da saúde pública), pois o autor poderá realizar a atividade pretendida com a adoção das medidas de proteção necessárias à preservação da sua saúde e à eventual disseminação do novo Covid-19, como a utilização de materiais de proteção. Além disso, a segurança jurídica não será prejudicada, tendo em vista que é pouco provável o aparecimento de situação similar, já que o requerimento em análise foi formulado por adolescente

³⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 197.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112-117.

com TEA que precisa, especificamente, frequentar uma praia como terapia alternativa ao seu tratamento. ⁴⁰

Tratando sobre o cumprimento dos Requisitos procedimentais, o texto decisório da magistrada, fundamenta-se nos ensinamentos de Humberto Ávila. Apontando que o requerimento do autor traz razões para que a superação da regra (Decreto Estadual nº 69.935), deva ser expressada através de pronunciamento judicial, afim de garantir segurança jurídica necessária para confortar as pessoas envolvidas na operação que seria necessária na realização da sessão terapêutica na água salgada. Desta maneira a magistrada, entendeu que seria possível, a superação da citada regra em nome da prioridade absoluta dos direitos do autor, bem como do seu superior interesse. Vide trecho:

Quanto aos requisitos procedimentais, divide-se, de acordo com Humberto Ávila, em: a) justificativa condizente deve haver a demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente; b) fundamentação condizente as razões de superação da regra devem ser expressadas no pronunciamento judicial, para que, assim, possam ser controladas; e c) comprovação condizente a mera alegação não é suficiente para determinar a superação de uma regra, devendo haver demonstração expressa, através de provas, de que a sua relativização não importará no aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade. Há justificativa condizente no caso dos autos, já que a hipótese da regra (isolamento social) não é compatível com a sua finalidade subjacente (garantia da saúde pública) no caso específico, tendo em vista que a obediência à essa regra vem gerando danos à saúde do autor. Além disso, comprovou-se nos autos a necessidade da medida requerida em sede de tutela provisória de urgência, para a garantia da saúde física e mental do demandante, notadamente por meio do relatório de fls. 22-23. **Há, portanto, comprovação condizente com a medida requerida. Por fim, as razões da superação da regra inserta no art. 1º, § 1º, III, do Decreto Estadual nº 69.935, de 31 de maio de 2020, constam expressamente da presente decisão, motivo pelo qual considero, particularmente, que há fundamentação condizente com a medida pretendida.** Plenamente possível, portanto, a superação da citada regra em nome da prioridade absoluta dos direitos do autor, bem como do seu superior interesse, embora seja indispensável a adoção de cuidados específicos como forma de prevenção a um eventual contágio (grifo nosso).⁴¹

Ex positis, após uma radiosa fundamentação, levando em consideração os princípios fundamentais do ordenamento pátrio quanto a questão da saúde, também sopesando a saúde individual em detrimento da pública, e mais, fazendo valer os direitos da pessoa com deficiência, trazidos ao nosso ordenamento pela Convenção de New York, fazendo valer todo o esforço de diversos grupos e entidades organizadas que batalham diariamente pelo pleno desenvolvimento de todas as possibilidades e a quebra das inúmeras barreiras impostas as pessoas com deficiência pela sociedade atual. Vide trecho:

Ante o exposto, com fundamento no art. 227 da Constituição Federal, no art. 300 do Código de Processo Civil e com lastro na teoria da derrotabilidade, DEFIRO

⁴⁰ ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**: Maceió, AL, 03 jul. 2020.

⁴¹ ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**: Maceió, AL, 03 jul. 2020.

o pedido de tutela provisória de urgência para determinar ao Estado de Alagoas que permita o acesso do requerente à Praia da Sereia, juntamente com os seus acompanhantes (apenas em número necessário para a condução do adolescente), sem que lhes sejam aplicadas quaisquer sanções de natureza cível, administrativa ou criminal, desde que façam uso de materiais de proteção pessoal (tais como máscaras, álcool em gel, etc.) e que adotem as demais medidas de prevenção indispensáveis à preservação da saúde da família e de toda a coletividade (tal como o distanciamento de outras pessoas), previstas no Decreto Estadual nº 69.935, de 31 de maio de 2020. [...] ⁴²

A magistrada, por fim, proferiu a decisão, mesmo que liminarmente, a favor do autor, determinando seu acesso ao tratamento no local solicitado. Dando, guarida jurídica, ao procedimento terapêutico em detrimento das restrições impostas pelo Decreto Estadual nº 69.935. Demonstrando, que a atividade judicial, pode emanar comando, mesmo em caráter provisório, que não prejudique finalidade subjacente à regra (manutenção da saúde pública) por conta da pandemia do COVID/19.

CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil, país signatário do protocolo facultativo da Convenção Sobre direito das Pessoas com Deficiência, realizada em New York (2007), obrigou-se a inserir em todos os programas e políticas públicas, a proteção e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Diante de tal afirmação, este trabalho expõe as dificuldades de um cidadão com deficiência em obter autorização do poder público, para dar prosseguimento ao seu tratamento terapêutico, impossibilitado por conta das políticas públicas implementadas para o combate ao COVID-19, que impuseram restrições das mais variadas à população.

Nesse diapasão, os direitos humanos, os direitos das pessoas com deficiência devem ser interpretados de forma mais favorável ao indivíduo, tratando-se da interpretação *pro homine*, reconhecendo a superioridade das normas dos direitos humanos, no caso concreto.

Assim, não aplicação das regras válidas, ante as circunstâncias específicas do caso concreto, é conhecida como derrotabilidade. Desta maneira, o magistrado na ocasião de embasar sua decisão, faz ponderação entre princípios que fornecem razões favoráveis e contrárias à aplicação da regra naquele caso concreto. Não excitando, qualquer desobediência ao direito, trazendo uma decisão pautada nas normas estabelecidas pelo próprio ordenamento.

⁴² ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**: Maceió, AL, 03 jul. 2020.

Finalmente, demonstra-se, comprovação condizente com a medida requerida pelo autor, para a superação da regra, no caso concreto, constante no artigo 1º, § 1º, inciso III, do Decreto Estadual nº 69.935/2020. Tornando plenamente possível, a superação da mesma, levando em consideração os princípios fundamentais do ordenamento pátrio quanto a questão da saúde, também sopesando a saúde individual em detrimento da pública, e mais, fazendo valer os direitos da pessoa com deficiência, trazidos ao nosso ordenamento pela Convenção de New York, fazendo valer todo o esforço de diversos grupos e entidades organizadas que batalham diariamente pelo pleno desenvolvimento de todas as possibilidades e a quebra das inúmeras barreiras impostas as pessoas com deficiência pela sociedade atual.

Pretendeu-se, demonstrar, que mesmo liminarmente, a decisão favor do autor, determinando seu acesso ao tratamento no local solicitado. Dando, guarida jurídica, ao procedimento terapêutico em detrimento das restrições impostas pelo Decreto Estadual nº 69.935. Fora acertadamente uma vitória tanto para o autor quanto para a comunidade deficiente.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Processo cível n. 0712855-38.2020.8.02.0001. Demandante: G.V.S.M. Demandado: Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**: Maceió, AL, 03 jul. 2020.

ALAGOAS. Decreto Estadual N. 69.722, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a prorrogação das medidas para enfrentamento do Covid-19 no âmbito do Estado de Alagoas, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**: Maceió, AL, 05 maio 2020. Disponível em: http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2020/05/DOEAL-05_05_2020-COMPLETO.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

AMERICAN Psychiatric Association. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**: DSM-5. 5. ed. Porto Alegre: Artmed; 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Seção 3, p. 3, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, p. 1, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/d2637.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 07, jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012
Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 2, 28 dez. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 2020. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MOURA, Larissa. Covid-19 e o embate entre o direito de ir e vir e o direito à saúde. **Jus**, mar. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80571/covid-19-e-o-embate-entre-o-direito-de-ir-e-vir-e-o-direito-a-saude>. Acesso em 13/08/2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, I.W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

WORLD Health Organization. WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV). **WHO**, 30 jan. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 13 ago. 2020.