

A DESORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPOSTA À NAÇÃO BRASILEIRA PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA

Júlio César Ribas Boeng¹

Bruna Pereira²

Resumo: Ao longo da história constitucional brasileira os institutos intervencionistas de enfrentamento ao Sistema de Crises sofreram singelas alterações. A Carta Magna de 1988 ao tratar de 'estados de exceção', fez inserir um Título específico denominado “Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas”, onde resguardou competência exclusiva ao dirigente da nação decretar ‘estado de defesa’ ou ‘estado de sítio’ conforme ostensivamente exposto no seu art. 136 – ‘Estado de Defesa’ – e no art. 137 – ‘Estado de Sítio’. Através deste suporte normativo, o presente estudo tem como objetivo demonstrar que as reiteradas atitudes do Poder Legislativo e Judiciário no enfrentamento a pandemia causada pelo COVID-19 ocasionaram consequências nefastas no plano da constitucionalidade brasileira.

Palavras-Chave: Pandemia. Constituição. Direitos. Garantias. Restrições. COVID-19.

THE CONSTITUTIONAL DISORGANIZATION IMPOSED ON THE BRAZILIAN NATION TO FACE THE PANDEMIC

¹ Advogado. Professor e Coordenador de Pós-graduação em Processo Civil da UniAvan em Balneário Camboriú.

² Advogada. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal Aplicado pela UNISO-CIESC; Pós-graduanda em Direito da Seguridade Social – Previdenciário e Prática Previdenciária pela Faculdade Legale.

Abstract: Throughout the Brazilian constitutional history, interventionist institutes to face the Constitutional Crisis System underwent simple changes, as *en passant* are exposed in this study. The Magna Carta of 1988, when dealing with 'states of exception', included a specific Title called "Defense of the State and Democratic Institutions", which protected the exclusive competence of the nation's leader to decree a 'state of defense' or 'state of siege' as ostensibly set out in its art. 136 - "State of Defense" - and in art. 137 - 'State of Siege'. Through this normative support, the present study aims to demonstrate that the repeated attitudes of the Legislative and Judiciary Power in confronting the pandemic caused by COVID-19 had serious consequences in the Brazilian constitutional system.

Keywords: Constitution. Rights. Warranties. Restrictions.

Sumário: I: Introdução. II: A história da suspensão das garantias individuais. III: Os institutos intervencionistas. IV: O Estado Democrático de Direito e a Carta Federal de 1988. V: A pandemia em março de 2020, suas repercussões jurídicas e a perda de uma oportunidade constitucionalista. VI: A edição de Legislação Inconstitucional. VII: O enfrentamento da Suprema Corte. VIII: Conclusões.

I: INTRODUÇÃO.



s manifestações desenvolvidas ao longo desta composição reclamam um esclarecimento inicial. Foi alinhado ao presente trabalho um processo histórico brasileiro sem se ater a qualquer linha político-partidária, e quanto as ideias pessoais inseridas no contexto meritório também se desnudam de qualquer ranço político.

Os direitos e garantias individuais são certamente os instrumentos mais importantes dedicados ao ser humano para viver em sociedade com dignidade e segurança. É a representatividade mais expressiva do Estado Democrático de Direito!

O mestre gaúcho Dr. *INGO WOLFGANG SARLET*³ lembra com propriedade que “*a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem*”.

O douto magistrado federal Dr. *JAIRO GILBERTO SCHÄFER*⁴ nos faz lembrar que a significativa evolução dos direitos fundamentais se verificou quando os “*fundamentos do Estado absolutista começavam, lentamente a desabar, principalmente, diante das pretensões da emergente burguesia urbana, que buscava espaço para crescer economicamente*”, e por “*estas influências históricas e políticas surgiram os direitos fundamentais de primeira geração*”, como sendo “*os direitos da liberdade*”.

Para a ilustre Professora paulista Dra. *ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE*⁵, “*duas importantes declarações marcaram o início do processo de constitucionalização dos direitos fundamentais*”, quais sejam, a “*Declaração dos Direitos do povo da Virginia, de 1776*” e a “*Declaração Francesa de 1789*”.

Assim, podemos afirmar que o ‘direito à liberdade’ foi o

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 38.

⁴ SHAFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005., p 20.

⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Sistema Constitucional das Crises: Os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p 28.

baluarte para ver o absolutismo político e social de castas vir a ceder, tomando lugar, aos poucos, uma nova ótica de inclusão popular e regulamentação de direitos.

E é justamente esta ‘primeira geração de direitos fundamentais’ – a liberdade – que vivenciamos a completa vulneração por parte de agentes públicos brasileiros desautorizados constitucionalmente, conforme se verificará no contexto da presente abordagem.

Mas o simples reconhecimento de direitos ditos fundamentais não se mostra suficiente para lhe garantir eficácia, sem a existência de um poder institucionalizado e com a função de proteger tais direitos.

Daí a essência do Estado Democrático de Direito muito bem colocado pelo nobre Procurador Federal Dr. *PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS*⁶, *in verbis*:

Trata-se, portanto, do Estado submetido ao império da lei, ou seja, a um conjunto de normas que criam seus órgãos e estabelecem suas competências, que preveem a separação dos poderes, e que também fixam direitos e garantias fundamentais para a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais, e no qual também se garante o respeito à denominada soberania popular, permitindo que o povo (o titular do poder) participe das decisões políticas do Estado, seja por meio de representantes eleitos, seja por meio de mecanismos de democracia direta. [grifamos]

Assim, parece-nos ser da essência do Estado Democrático de Direito, além da sua visão política-institucional, regulamentar com efetividade e parcimônia os direitos e liberdades civis e sociais, bem como dar condições objetivas de garantir o exercício dos direitos individuais e coletivos, que *só poderá ocorrer através de um Poder Judiciário independente, despido de influências políticas e primordialmente composto por*

⁶ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2014. P. 65-66.

cidadãos preparados, submetidos inclusive a processos fiscalizatórios por aqueles que compõem a Administração da Justiça estabelecidos constitucionalmente (arts. 127 a 135⁷ da CF) e da população em geral, cujo serviço público – a prestação jurisdicional – é direcionado.

E certamente a Constituição Federal é a peça vital à preservação do Estado Democrático de Direito e seu respeito INCONDICIONAL é a espinha dorsal para sua manutenção e o equilíbrio político-social, primordialmente em momentos de crises de abrangência incomensurável, quando o respeito à adoção de medidas para o seu enfrentamento se mostra ainda mais imperativo em nome da ordem democrática.

Sendo assim, o objetivo do presente artigo não é contextualizar a possibilidade ou não da colaboração participativa entre entidades e micro-organismos da federação no combate a uma crise epidêmica como a unanimidade tem encarado, mas sim resgatar frente aos instrumentos disponibilizados pela Constituição da República Federativa do Brasil a forma de enfrentamento à pandemia e que autorizam ingressar na seara dos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão brasileiro.

Este é o cerne da questão aqui perseguido: qual a metodologia albergada pela Constituição da República que permite de forma excepcional afetar direitos fundamentais, cláusulas pétreas da democracia e da sua própria sobrevivência!

Em sendo assim, repita-se, as nossas ideias pessoais no contexto meritório do presente trabalho não refletem qualquer viés político, mas a tradução de um perfil estritamente constitucionalista.

Por outro cariz, não podemos deixar de enaltecer a dificuldade de confrontar a questão aqui abordada, posto seu

⁷ “CAPÍTULO IV DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA [...] SEÇÃO I DO MINISTÉRIO PÚBLICO [...] SEÇÃO II DA ADVOCACIA PÚBLICA [...] SEÇÃO III DA ADVOCACIA [...] SEÇÃO IV DA DEFENSORIA PÚBLICA”

ineditismo constitucional, legal, doutrinário e jurisprudencial, onde raríssimas manifestações sem paixão politizada são encontradas, pois sob o ângulo do ‘estado de exceção’ através da circunstância fática chamada ‘pandemia’, não há de maneira explícita nos alfarrábios literários brasileiros comentários que se encaixem à hipótese por nós vivenciada, já que a predileção normativa e a emissão de juízos tratando do ‘sistema de crises’ sempre foi voltado à manutenção das instituições políticas, da paz social e da soberania nacional.

Por esta razão, mostra-se impreterível uma mudança de curso, pois enquanto as autoridades públicas, judiciárias e políticas insistirem veementemente na questão finalística do problema, qual seja, da competência legislativa para execução de medidas pelo critério do pacto federativo, *há um vício de origem flagrantemente contaminado que torna todas as ações até agora executadas claramente inconstitucionais.*

E não se pode enfrentar o tema sem que se transite pela história do País quando das interferências estatais sobre os direitos fundamentais.

II: A HISTÓRIA DA SUSPENSÃO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS.

O Estado de Direito, como mantenedor da paz e do equilíbrio social vivencia em determinados momentos ao longo da sua evolução histórica situações excepcionais que lhe impõe tomar medidas por vezes para garantir a preservação do Estado e outras necessárias a proteger o bem comum ou seu povo.

A estes momentos de instabilidade, ao longo da história do Brasil, passou-se por diversas modificações de conceitos, especialmente ligados a situação política momentaneamente existente.

A evolução histórica brasileira é marcada por momentos

de alternância de poder e momentos de crises institucionais.

Em que pese no presente artigo não se objetive divagar pela História brasileira sobre situações que aviltaram garantias fundamentais, certamente tal questão não passou à margem de nossa perspectiva, porque o passado devidamente avaliado é uma ferramenta indiscutivelmente eficaz para que se possa desvendar o presente e quiçá lhe adaptar às melhores conjunturas.

Alguém já disse que a História não é um filme que passou. É uma película que pode constantemente ser editada e reinterpretada. O ontem e o hoje se relacionam intrinsecamente em uma estrada de mão dupla chamada tempo. Tal postagem se mostra absolutamente apropriada se relembrarmos da ‘gripe espanhola’ aportada no Brasil em setembro de 1918, por uma embarcação que veio da Inglaterra, vitimando no Brasil aproximadamente 35 mil pessoas e mais de 50 milhões pelo mundo afora.

E se o mundo não assimilou com a história, o Brasil certamente abdicou desse aprendizado.

A afirmação de *WALTER BENJAMIN*⁸ se mantém viva de que nada do que um dia aconteceu pode ser considerado perdido para a história.

Segundo o *sui generis* e estudioso colombiano *NICOLÁS GÓMEZ DÁVILA*⁹, um dos maiores problemas da sociedade contemporânea é o de “*que se comporta como uma manada de elefantes a quem mataram a matriarca: sem referências e sem memória, entra em estampido; sem rumo certo e sem perspectivas claras do passado e de um futuro*”.

Historiador e professor da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (Unilab), *AMÉRICO*

⁸ BENJAMIN, Walter, *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*, 7. ed., 1994, p. 223

⁹ <https://espectivas.wordpress.com/2012/03/04/uma-sociedade-sem-passado-nao-tem-futuro/>

SOUZA¹⁰ aponta que a compreensão de que o passado influencia a construção do presente é, em regra, até algo simples de compreender.

Afinal, pensamos que todos os acontecimentos impregnados de sentido – traumático ou aprazerado – merecem ser avaliados pelas comunidades e gerações. São eles que legitimam e transmitem as memórias e as crenças compartilhadas, e nesse sentido é que se deveria instruir a Constituição de 1988, lamentavelmente saturada de uma democracia incompatível com a cultura e educação brasileira, justamente por força de uma viciada observação do passado, que fez trazer uma dinastia de direitos sem nenhuma contraprestação.

Trata-se de princípio básico institucional que não se pode implantar um sistema normativo incompatível com a cultura histórica-educacional de uma população.

A Lei Maior de uma nação dita democrática em hipótese alguma pode transitar por procelosas águas da oferta incondicional de direitos e garantias, sem estabelecer uma cultura prévia sobre deveres e obrigações, sob pena de fomentar o desequilíbrio da máxima que a ‘todo direito corresponde uma obrigação’, aqui no Brasil ignorado.

Assim é que a Carta de 1988 descurou do seu passado e relativamente aos seus momentos de crise, antecipa-se por dizer que em momento algum chegou a mencionar sobre um ‘estado de emergência’ – muito usado atualmente por diversas autoridades brasileiras sem que o instituto tenha sido previsto como ‘estado de exceção’ – ou coisa semelhante para combater um colapso epidêmico.

Numa ligeira e circunscrita revisita ao passado sobre os institutos intervencionistas que acudiram ‘estados de exceção’,

¹⁰ <https://www20.opovo.com.br/app/opovo/cienciasaude/2016/11/05/noticiasjornal-cienciasaude,3667693/olhar-o-passado-para-entender-o-presente.shtml>

vê-se que por exemplo a *Carta Constitucional de 1934*¹¹, de 1937¹², de 1946¹³, de 1967¹⁴, de 1978¹⁵ não vislumbrou hipóteses diversas de enfrentamento a ‘sistemas de crises’, cujo império normativo era para tratar de vulnerações políticas institucionais, bem como a denominação dos institutos nunca variaram, predominando a figura do ‘estado de sítio’.

Desde o período imperial se buscou criar um sistema constitucional para enfrentamento e controle de crises, onde em diferentes graus o Estado Nacional iria intervir com mais vigor na vida social e individual para recuperar a autoridade plena e controlar o movimento crítico¹⁶.

Ao longo da história brasileira, *diante de situações excepcionais*, quatro foram os períodos determinantes em que se restringiram direitos e garantias individuais, onde o Executivo interfere no legislativo e judiciário, merecendo destaques *ilustrativos* a chamada [i] Revolução de 1930; [ii] a Intentona Comunista de 1935; [iii] o Movimento de 11 de Novembro de 1955; e, por fim, [iv] o Ato Institucional nº 05, em 1969. Em singelas pinceladas pontuais se destacam os seus momentos mais marcantes.

[i] REVOLUÇÃO DE 1930.

Na chamada República Velha prevalecia a política ‘café com leite’¹⁷. Em 1º de março de 1930 o presidente da República

¹¹ Vide arts. 40, 56 e 175 da CF 1934.

¹² Vide arts. 74, 166, 167, 170 e 186 da CF de 1937.

¹³ Vide arts. 206, 207, 208, 209, 210, 211 e 212 da CF de 1946.

¹⁴ Vide arts. 152, 153 e 154 da CF de 1967.

¹⁵ Vide arts. 81, 155 e 156 da CF de 1978.

¹⁶ MOTA, Rafael Gonçalves Mota. *A Evolução do Conceito de Estado de Exceção no Pensamento Constitucional Brasileiro*. 2017.

¹⁷ “*A política do café-com-leite foi um acordo firmado entre as oligarquias estaduais e o governo federal durante a República Velha para que os presidentes da República*

Washington Luís, com apoio de dezessete estados – excluindo Minas Gerais – indicou para sucessão o paulista Júlio Prestes de Albuquerque. A sucessão deveria ocorrer em novembro daquele ano. Contudo, lideranças ligadas a partidos de oposição de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul esperavam que Antônio Carlos fosse indicado por Washington Luís para sucessão presidencial, iniciando assim movimentos sociais contra o governo, pondo fim a república do café com leite¹⁸.

No dia 04 de outubro de 1930, como retaliação, Washington Luís obteve autorização do Congresso (lei nº 5.808/30) para *decretar estado de sítio no Distrito Federal e nos estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba*, que poderia ser estendido ao resto do país caso a situação o exigisse. No dia seguinte, 05 de outubro de 1930 lançando mão da prerrogativa constante do ato legislativo baixado na véspera, o *presidente instaurou o estado de sítio em todo o território nacional*, por meio do Decreto nº 19.350, fixando sua vigência até 31 de dezembro de 1930.

Em 24 de outubro de 1930 Washington Luís foi deposto por oficiais da alta hierarquia das forças armadas, passando o Executivo às mãos de uma junta governamental composta pelos generais Augusto Tasso Fragoso, João de Deus Mena Barreto e pelo contra-almirante José Isaías de Noronha.

Em 3 de novembro de 1930 a junta passou o governo a Getúlio Vargas, chefe do movimento revolucionário vitorioso.

[ii] A REVOLTA COMUNISTA (1935).

fossem escolhidos entre os políticos de São Paulo e Minas Gerais. Portanto, ora o presidente seria paulista, ora mineiro...”

<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/politica-do-cafe-com-leite-acordo-marcou-a-republica-velha.htm>

¹⁸ NEGRO, Antonio Luigi; BRITO, Jonas. A Primeira República muito além do café com leite. 2013. Revista Políticos.

Já na Revolta Comunista deflagrada no final de novembro de 1935, em Recife e no Rio de Janeiro, desencadeou-se violenta onda de repressão por parte do governo federal.

No dia 25/11/1935, o presidente Getúlio Vargas pediu ao Congresso autorização para “*declarar em estado de sítio, durante 30 dias, o território nacional*”¹⁹. Os parlamentares da oposição protestaram quanto a extensão do estado de sítio, visto que a revolta se limitava até então ao Rio Grande do Norte e a Pernambuco, mas com sólida maioria governista o Congresso aprovou o projeto presidencial e em 26 de novembro daquele ano foi editado o *Decreto nº 457 estabelecendo o estado de sítio em todo o país pelo prazo de 30 dias*²⁰.

O ato normativo impunha restrições a todas as pessoas que participaram ‘na insurreição extremista’ ou mesmo houvesse fortes suspeitas de que viessem a participar, em todo território nacional, podendo ser detidas e mantidas em custódia.

Em 24/12/1935, através do Decreto nº 532 e já sob a égide da Emenda Constitucional nº 01²¹ criada para este fim específico, *o governo prorrogou por mais 90 dias o estado de sítio*, tendo obtido a autorização do Congresso para o equiparar, caso fosse preciso e conforme autorizado pela Emenda nº 01, ao estado de guerra, uma vez que os extremistas não desistiam de seu propósito²². A situação efetivamente se estendeu e *o estado de*

¹⁹ CARONE, E. República nova; COSTA, J. Marechal; NAUD, L. Revista; Rev. Bras. Estudos Políticos (7/64).

²⁰ Ibidem.

²¹ Em 16/12/34, suspendeu-se por dois dias a vigência do estado de sítio, para que a Câmara dos Deputados examinasse a proposta do Executivo de emenda à Constituição de 1934, que tomada sob nº 01 foi aprovada, estabelecendo que a Câmara dos Deputados e o Senado poderiam autorizar o presidente da República “*a declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra em qualquer parte do território nacional*”.

²² CARONE, E. República nova; COSTA, J. Marechal; NAUD, L. Revista; Rev. Bras. Estudos Políticos.

guerra foi instaurado pelo Decreto nº 702, de 21/03/1936, quando expirava a vigência do estado de sítio.

Ele conferia ao chefe de Estado poderes amplos e extraordinários, só concedidos em tempo de guerra, usurpando prerrogativas do Legislativo.

[iii] O MOVIMENTO DO 11 DE NOVEMBRO DE 1955.

Novembro de 1955 talvez tenha sido um dos períodos de maior tensão político-militar da história brasileira desde a queda do Estado Novo, em 1945.

‘O Movimento do 11 de Novembro’ chefiado pelo ministro da Guerra demissionário, general Henrique Teixeira Lott, afastou do poder o presidente em exercício Carlos Luz, colocando em seu lugar o próximo na linha sucessória, o vice-presidente do Senado, Nereu Ramos²³.

Lott e seus partidários civis e militares justificaram a deposição de Luz – chamado “*contragolpe preventivo*” –, acusando-o de estar envolvido numa ampla conspiração que pretendia impedir a posse de Juscelino Kubitschek e João Goulart, eleitos respectivamente presidente e vice-presidente da República no mês anterior.

Em memorando datado de 14 de novembro de 1955, os ministros militares nomeados pelo presidente Nereu solicitaram ao presidente a instauração do estado de sítio, sob a alegação de que a ordem pública se encontrava ameaçada e eram necessárias “*medidas não compatíveis com a plenitude das garantias individuais vigentes*”.

No dia 23/11/1955 *a autorização para o estado de sítio foi aprovada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, sendo expedido o Decreto nº 2.654 em 25/11/1955, instaurando o*

²³ Ibidem.

*estado de sítio em todo o país por 30 dias – prazo máximo previsto pela Constituição -, determinando-se a nomeação de um executor para zelar por sua vigência e a expedição de regulamentação a respeito*²⁴.

O estado de sítio foi prorrogado sucessivamente pelo Decreto nº 38.402, de 23 de dezembro de 1955, pela Lei nº 2.706, de 10 de janeiro de 1956 e pela Lei nº 2.713, de 21 de janeiro de 1956. Em 15 de fevereiro de 1956, já com Juscelino na presidência da República, o estado de sítio foi suspenso.

(iv) ATO INSTITUCIONAL Nº 05, EM 1969.

*RODRIGO PATTO SÁ MOTTA*²⁵ pondera que na visão dos militares, o movimento de 31 de março de 1964 foi lançado para livrar o país da ameaça do comunismo e da corrupção, defendendo a democracia. E foi através de Atos Institucionais que implementaram reformas na estrutura política brasileira, inclusive suspendendo direitos individuais e políticos.

O *Ato Institucional nº 01 (AI-1)* outorgou aos militares Poderes Constituintes transitórios e o *Presidente poderia decretar estado de sítio e suspender as garantias constitucionais e legais*. Já o AI-2 deu aos militares Poder Constituinte permanente; estabeleceu a eleição indireta para presidente e vice; suspendeu as garantias constitucionais; e, ampliou os poderes do Executivo. No AI-3, os governadores passaram a ser eleitos indiretamente e por chapa, sendo os prefeitos das capitais por eles escolhidos. Pelo AI-4 o Congresso Nacional foi chamado para votação da nova Constituição.

Surge então a Carta de 1967, que basicamente representava a Constituição de 1946, alterados pontos democráticos –

²⁴ CARONE, E. República nova; COSTA, J. Marechal; NAUD, L. Revista; Rev. Bras. Estudos Políticos.

²⁵ Artigo ‘O Golpe de 1964 e o regime militar’. 2006: 11 e 12.

certas limitações – e sendo incluídos os Atos Institucionais como forma legislativa, a Lei de Imprensa (instituiu a censura prévia e o controle total dos meios de comunicação pelo governo) e a Lei de Segurança Nacional.

Em 1968 é baixado o *AI-5*, cuja ementa dizia manter a “*Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais*”, mas autorizando o “*Presidente da República [...] decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais*”, além de “*outras providências*”. Enfim, o Ato Normativo Institucional centralizou poderes absolutos nas mãos do Chefe do Executivo e sequencialmente – *AI-6* –, determinou que além da possibilidade de “*decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados*” (art. 5º, § 1º).

III: OS INSTITUTOS INTERVENCIONISTAS.

A simplista e despreziosa abordagem histórica vista alhures nos trouxe as situações fáticas enfrentadas e que desencadearam atos restritivos aos direitos individuais, possibilitando desnudar com prontidão o assunto que será aqui tratado.

Mostra-se oportuno mencionar passagem de *WALTER BENJAMIN*²⁶ ao afirmar que “*como as flores dirigem sua corola para o sol, o passado, graças a um misterioso heliotropismo, tenta dirigir-se para o sol que se levanta no céu da história*”, a qual deve ser avaliada como uma metodologia para reconhecer que o passado não deve ser articulado com a simplista ótica de

²⁶ Walter Benjamin, *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*, 7. ed., 1994, p. 223

‘como ele foi’, mas sim apropriar as reminiscências para lhe fornecer amparo e suporte às necessidades do presente.

O silogismo é método inarredável de avaliação do passado, para que se possa da o devido enfrentamento do presente e buscar uma melhor perspectiva do futuro.

Diante disto, mostra-se imprescindível revisitar o passado para trazer à balha ligeira abordagem sobre os institutos intervencionistas que acudiram ‘*estados de exceção*’, tomando-se como base, *sem querer retroceder em demasia*, à *Carta Constitucional de 1934*.

Continha aquela *Lex Mater de 34* os seguintes dispositivos relacionados ao ‘*estado de exceção*’, *in verbis*:

Art. 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo: [...]

d) aprovar ou suspender o estado de sítio; [...]

j) autorizar a decretação e a prorrogação do estado de sítio; [...]

Art. 56 - Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

§ 13. decretar o estado de sítio de acordo com o art. 175, § 7º;

[...]

Art. 175 - O Poder Legislativo, na iminência de agressão estrangeira, ou na emergência de insurreição armada, poderá autorizar o Presidente da República a declarar em estado de sítio qualquer parte do território nacional, observando-se o seguinte:

1) o estado de sítio não será decretado por mais de noventa dias, podendo ser prorrogado, no máximo, por igual prazo, de cada vez;

2) na vigência do estado de sítio só se admitem estas medidas de exceção:

a) desterro para outros pontos do território nacional, ou determinação de permanência em certa localidade;

b) detenção em edifício ou local não destinado a réus de crimes comuns;

c) censura de correspondência de qualquer natureza, e das publicações em geral;

d) suspensão da liberdade de reunião e de tribuna;

e) busca e apreensão em domicílio. [...]

§ 7º. - Se não estiverem reunidas a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, poderá o estado de sítio ser decretado pelo Presidente da República, *com aquiescência prévia da Seção Permanente do Senado Federal. Nesse caso se reunirão trinta dias depois, independentemente de convocação. [...].* ^[grifamos]

Assim, sob o título ‘Estado de Sítio’ se estabeleceu naquela Carta Federal uma forma excepcional para restringir direitos e liberdades – pontuou os limites – a fim de enfrentar “*agressão estrangeira, ou [...] insurreição armada*”, destacando como ente competente e com exclusividade o “Poder Legislativo” para “*aprovar ou suspender o estado de sítio*”, ficando o *Chefe do Poder Executivo nacional com a atribuição subsidiária de decretar o ‘estado de exceção’*, tão somente quando “*a Câmara dos Deputados e o Senado Federal*” não estiverem funcionando, mas resguardando a estes o poder de manter ou revogar a decretação do período de exceção.

Já a *Constituição de 1937* tem característica própria, porque como visto alhures, o presidente Getúlio Vargas fechou o Congresso Nacional e outorgou a Constituição, *atribuindo ao Chefe do Poder Executivo o poder de expedir decretos-leis sobre matérias da competência legislativa*. E através de 13 (treze) artigos sobre segurança interna e externa do Estado, 06 (seis) deles são relativos à defesa do estado, *fazendo surgir pela primeira vez a expressão “estado de emergência”*. Assim podem ser simplificados:

Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

k) decretar o estado de emergência e o estado de guerra nos termos do art. 166; [...]

Art. 166 - *Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente*

ameaçado, o estado de emergência.

Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele, o estado de guerra.

Parágrafo único - Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República.

Art. 167 - Cessados os motivos que determinaram a declaração do estado de emergência ou do estado de guerra, comunicará o Presidente da República à Câmara dos Deputados as medidas tomadas durante o período de vigência de um ou de outro.

Parágrafo único - A Câmara dos Deputados, se não aprovar as medidas, promoverá a responsabilidade do Presidente da República, ficando a este salvo o direito de apelar da deliberação da Câmara para o pronunciamento do País, mediante a dissolução da mesma e a realização de novas eleições.

Art. 170 - Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juizes e Tribunais.

Art. 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência.
[grifamos]

Importa registrar que a Constituição de 1937 ao utilizar a nomenclatura de "*estado de emergência*" nada de novo acrescentou com a amplitude que merecia, mantendo-se na ideia sobre "*ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências [...] plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou [...] a segurança do Estado ou dos cidadãos*".

Mas fez estabelecer nas mãos do Presidente o forte poder absoluto sobre todas as hipóteses do 'estado de exceção', inclusive podendo dissolver via plebiscito a Câmara dos Deputados caso esta não aprovasse suas medidas restritivas e proibindo o Judiciário de julgar os atos praticados no período de 'exceção', além da própria Carta se antecipar e declarar o "estado de emergência" em todo o País.

Ainda, *quanto aos direitos e garantias individuais, viu-se absoluta autonomia no poder de restrição, porque a Carta não descreveu quais poderiam ser afetados com o decreto presidencial – numerus apertus –.*

Ao lembrarmos que a partir de 1943 a população passou a exigir maior participação política e legalidade, culminando com o fim da 2ª. Guerra Mundial, iniciaram gritos de redemocratização. As eleições presidenciais foram em dezembro de 1945 e em 18/09/1946 foi promulgada a nova Carta inspirada na de 1934, mantendo o presidencialismo, aumentando competências do Poder Legislativo e restabelecendo a autonomia do Poder Judiciário.

Aqui certamente, abrindo um parêntesis, inicia-se uma modificação que nos parece desastrosa no País, frente ao enfraquecimento do Poder Executivo e fortalecimento do Legislativo – tem-se sentido diariamente a problemática dessa corrente que ganhou espaço na atual Carta Constitucional -; a péssima política assistencialista de intervenção do Estado no domínio econômico; e pior, o abominável pluralismo político sem limites nem cautelas.

No que importa, a *Assembleia Nacional Constituinte de 1946* debateu sobre o “*estado de sítio*” e assim concluiu, referentemente aos ‘instrumentos de exceção’ e sem muito acrescentar, o seguinte:

Art. 206 - O Congresso Nacional poderá decretar o estado de sítio nos casos:

I - de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper;

II - de guerra externa.

Art. 207 - A lei que decretar o estado de sítio, no caso de guerra externa ou no de comoção intestina grave com o caráter de guerra civil estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor. Especificará também os casos em que os crimes contra a segurança da Nação ou das suas instituições políticas

e sociais devam ficar sujeitos à jurisdição e à legislação militares, ainda quando cometidos por civis, mas fora das zonas de operação, somente quando com elas se relacionarem e influírem no seu curso.

Parágrafo único - Publicada a lei, o Presidente da República designará por decreto as pessoas a quem é cometida a execução do estado de sítio e as zonas de operação que, de acordo com a referida lei, ficarão submetidas à jurisdição e à legislação militares.

Art. 208 - No intervalo das sessões legislativas, será da competência exclusiva do Presidente da República a decretação ou a prorrogação do estado de sítio, observados os preceitos do artigo anterior.

Parágrafo único - Decretado o estado de sítio, o Presidente do Senado Federal convocará imediatamente o Congresso Nacional para se reunir dentro em quinze dias, a fim de o aprovar ou não.

Art. 209 - Durante o estado de sítio decretado com fundamento em o no I do art. 206, só se poderão tomar contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns;

III - desterro para qualquer localidade, povoada e salubre, do território nacional.

Parágrafo único - O Presidente da República poderá, outrossim, determinar:

I - a censura de correspondência ou de publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro;

II - a suspensão da liberdade de reunião, inclusive a exercida no seio das associações;

III - a busca e apreensão em domicílio;

IV - a suspensão do exercício do cargo ou função a funcionário público ou empregado de autarquia, de entidade de economia mista ou de empresa concessionária de serviço público;

V - a intervenção nas empresas de serviços públicos.

Art. 210 - O estado de sítio, no caso do no I do art. 206, não poderá ser decretado por mais de trinta dias nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior a esse. No caso do no II,

poderá ser decretado por todo o tempo em que perdurar a guerra externa.

Art. 211 - Quando o estado de sítio for decretado pelo Presidente da República (art. 208), este, logo que se reunir o Congresso Nacional, relatará, em mensagem especial, os motivos determinantes da decretação e justificará as medidas que tiverem sido adotadas. O Congresso Nacional passará, em sessão secreta, a deliberar sobre o decreto expedido, para revogá-lo ou mantê-lo, podendo também apreciar as providências do Governo que lhe chegarem ao conhecimento, e, quando necessário, autorizar a prorrogação da medida.

Art. 212 - O decreto do estado de sítio especificará sempre as regiões que deva abranger. [...] [grifamos]

Então, pela Carta de 1946, o título ‘Estado de Sítio’ se fez presente para restringir direitos e liberdades frente a situações “*de comoção intestina grave com o caráter de guerra civil ou de guerra externa*”, destacando a competência do “*Congresso Nacional para decretar o estado de sítio*” e apenas subsidiária do Presidente da República, quando o Congresso estiver em recesso, mas tendo este o poder de manter ou revogar a decretação do período de exceção.

Aqui a atribuição legislativa era do Congresso, vinculada ao texto constitucional em relação aos direitos e garantias individuais, e apenas executório do Presidente da República, dentro dos limites traçados pela norma editada pelas Casas Legislativas.

Ainda, embora conceitualmente a “*comoção intestina grave*” não tenha grande diferença daquilo anteriormente visto com o ‘estado de emergência’, PONTES DE MIRANDA²⁷ a definiu como “*qualquer perturbação da ordem, grave, que a juízo do Congresso Nacional, seja pressuposto suficiente para a decretação do estado de sítio com fundamento no art. 206, I*”. Ou seja, tinha-se a ideia prevalente de que ‘estados de exceção’

²⁷ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. Pág. 446.

existem somente quando haja desordem pública, tanto que o brilhante jurista citado deixou registrado o seguinte:

A Constituição de 1946 distingue o estado de sítio em caso de comoção intestina grave, ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper (art. 206, I) e o estado de sítio em caso de guerra externa (art. 206, II). Em verdade, portanto, há três espécies: a) o estado de sítio em caso de guerra externa (art. 206, II); b) o estado de sítio em caso de comoção grave, com caráter de guerra civil (arts. 206, I, e 207); e c) o estado de sítio em caso de próxima irrupção da comoção intestina grave, ou de comoção grave, porém sem o caráter de guerra civil. As providências do art. 207 somente concernem a a) e b). quanto a c), proveem os arts. 209-215. Irrompendo a comoção intestina grave, o art. 207 é que tem de ser atendido²⁸.

Absolutamente salutar enaltecer que até aqui *não se vislumbrou hipóteses fáticas diversas para a existência dos 'estados de exceção'*, cujo império normativo era de crises políticas institucionais, sendo que somente por ilação ou analogia poderíamos nos aproximar à situação pandêmica que enfrentamos atualmente.

Questão interessante a ser trazida para instruir o presente, é o episódio ocorrido em novembro de 1955, após o suicídio de Getúlio Vargas, quando o estado de sítio foi utilizado com aprovação do Congresso Nacional. Diz-se isto porque durante a execução deste estado de sítio, houve algumas diferenças regionais na aplicação das medidas, tomando-se como base situações consideradas mais tensas e que ficavam ao crivo do executor designado daquela localidade.

E não se pode olvidar como mencionado que o país passou por uma séria crise política e econômica, *chegando em 1964 a ser editado o Ato Institucional nº 01*, contendo o seguinte discurso:

Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a

²⁸ ob. citada, pág. 443.

sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte. [...]
Art. 1º - São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato.

E dentro dessa turbulência – o Brasil regido por Atos Institucionais – que a Assembleia Constituinte foi convocada em 1966, para formalmente discutir e votar o projeto de constituição elaborado pelo próprio governo²⁹, advindo assim o *Texto Maior de 1967*, que assim estabeleceu sobre ‘estado de exceção’, *in verbis*:

Do Estado de Sítio

Art. 152 - O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio nos casos de:

I - grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção;

II - guerra.

§ 1º - O decreto de estado de sítio especificará as regiões que deva abranger, nomeará as pessoas incumbidas de sua execução e as normas a serem observadas.

§ 2º - O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas:

a) obrigação de residência em localidade determinada;

b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;

c) busca e apreensão em domicílio;

d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;

e) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas;

f) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, assim como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

²⁹ O Projeto de Constituição foi elaborado em dezembro de 1966 pelo Ministro da Justiça Carlos Medeiros Silva e Francisco Campos.

§ 3º - *A fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá tomar outras medidas estabelecidas em lei.*

Art. 153 - A duração do estado de sítio, salvo em caso de guerra, não será superior a sessenta dias, podendo ser prorrogada por igual prazo.

§ 1º - *Em qualquer caso o Presidente da República submeterá o seu ato ao Congresso Nacional, acompanhado de justificacão, dentro de cinco dias.*

§ 2º - *Se o Congresso Nacional não estiver reunido, será convocado imediatamente pelo Presidente do Senado Federal.*

Art. 154 - Durante a vigência do estado de sítio e sem prejuízo das medidas previstas, no art. 151³⁰, também o Congresso Nacional, mediante lei, poderá determinar a suspensão de garantias constitucionais.

Parágrafo único - As imunidades dos Deputados federais e Senadores poderão ser suspensas durante o estado de sítio, pelo voto secreto de dois terços dos membros da Casa a que pertencer o congressista.

Art. 155 - Findo o estado de sítio, cessarão, os seus efeitos e o Presidente da República, dentro de trinta dias, enviará mensagem ao Congresso Nacional com a justificacão das providências adotadas.

Art. 156 - A inobservância de qualquer das prescrições relativas ao estado de sítio tornará ilegal a coacção e permitirá ao paciente recorrer ao Poder Judiciário. [grifamos]

Observa-se que a hipótese de exceção é vista sob o título “Estado de Sítio” e a preocupação na utilização de mecanismos restritivos da liberdade – vinculada ao texto da Carta – foi

³⁰ “Art. 151 - *Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.*”

somente diante de situações que “*perturbam a ordem, ameaçam invasões ou guerra*”, destacando a *competência inaugural do Presidente da República para decretação*, com a *obrigatoriedade da comunicação ao Congresso*, embora a este não tenha sido ofertado nenhuma forma de controladoria ou regulação de limites.

Ainda destacou uma outra figura inominada de intervenção – “*tomar outras medidas estabelecidas em lei*” –, também sob o império presidencial, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, a “*fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção*”.

A novidade da previsão constitucional relativamente ao tema aqui tratado, em face da Carta anterior, foi a necessidade de o ‘ato de exceção’ ser submetido ao Congresso Nacional dentro de cinco dias, devidamente justificado, embora inexistia qualquer normatividade autorizando alguma fiscalização, reprimenda ou recomendação por parte do Poder Legislativo.

E ao Congresso Nacional também se ofertou na “*vigência do estado de sítio [...] determinar a suspensão de garantias constitucionais*”.

Ou seja, a *Lei Maior de 1967 parece ter estabelecido uma forma vinculada de restrição de direitos e garantias fundamentais, sob o império do Presidente da República, mas abriu espaço ainda maior para o Congresso decretar ‘outras’ medidas inibitórias aos cidadãos brasileiros*.

A vida desta Constituição de 1967 foi efêmera, porque logo em dezembro de 1968 o presidente Artur da Costa e Silva fez publicar o AI-5, *estabelecendo liberdade plena ao Presidente da República declarar estado de sítio sem dar qualquer*

satisfação³¹ e o AI-6 possibilitou restringir ou proibir o “exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados” (art. 5º, § 1º).

Posteriormente veio a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, praticamente mantendo inalterada a figura do ‘estado de sítio’ através de seis dispositivos.

Somente em 1978 houve a revogação dos Atos Institucionais, surgindo a *Emenda Constitucional nº 11 de 1978*, criando modalidade para figura do ‘estado de exceção’, o chamado “estado de emergência”. Assim foram os respectivos comandos normativos:

Das Atribuições do Presidente da República

Art. 81 - Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

XVI - determinar medidas de emergência e decretar o estado de sítio e o estado de emergência; [...]

Das Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência

Art. 155 - O Presidente da república, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados por § 2º do artigo 156, desde que não excedam o prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período.

§ 1º - O presidente da república, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, dará ciência das medidas a Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como das razões que as determinaram. [...]

Art. 156 - No caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos

³¹ AI5: “Artigo 7º - O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo.”

Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da república, ouvindo o conselho de segurança Nacional, poderá decretar o estado de sítio.

§ 1º - o decreto de estado de sítio especificará as regiões que essa providência abrangerá e as normas a serem observadas, bem como nomeará as pessoas incumbidas de sua execução.

§ 2º - O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas;

(a) obrigação de residência em localidade determinada;

b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;

c) busca e apreensão em domicílio;

d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;

e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais;

f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e uso ou ocupação temporária de bens das autarquias empresas públicas sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades. [...]

§ 6º - Durante a vigência do estado de sítio e sem prejuízo das medidas previstas no artigo 154 também o Congresso Nacional, mediante lei, poderá determinar a suspensão de outras garantias constitucionais. [grifamos]

Assim, coube ao Presidente da República o poder de determinar 'medidas de emergência' abrangendo o "estado de sítio" ou "estado de emergência".

Parece-nos equivocada as ponderações à época de ARICÊ MOACYR AMARAL SANTOS³², que "o sistema constitucional das crises, de forma inovadora, veio abrigar três instituições legais para situações de anormalidades, de características próprias" [grifamos]. O que ocorreu foi a criação de um instituto genérico denominado de "medidas de emergência", cujas

³² SANTOS, Aricê Moacyr Amaral dos. Estado de Emergência. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981. Pág. 75 e 76.

espécies seriam o *"estado de sítio"* e o *"estado de emergência"*.

Assim, a Emenda Constitucional faz surgir uma nova figura de ‘exceção’ diferenciada – afora as tradicionais crises políticas -, onde *"em locais determinados [...], ameaçadas ou atingidas por calamidades"* – estado de emergência – poderão sofrer *intervenção pela Presidência da República* através do ‘decreto de emergência’, posto que o edito para o *"estado de sítio"* estaria destinado às hipóteses do art. 156 da EC 11/78 – *"caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País"* -. Ou seja, *traz-se a ideia de um ‘estado de exceção’ se afastando pela primeira vez à ideia beligerante, de resguardo às instituições ou de soberania.*

A norma constitucional e ao que nos interessa no presente, relativamente a situações de *"estado de emergência"* – calamidades públicas -, parece ter se *comprometido com o* critério normativo vinculado *para suspensão de direitos e garantias individuais* – *"[...] em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio [...]"* -, tanto que ao autorizar o Congresso a legislar concorrentemente em relação à afetação de direitos individuais constitucionais, o fez somente na hipótese de ‘estado de sítio’ – *"[...] o Congresso Nacional, mediante lei, poderá determinar a suspensão de outras garantias constitucionais"* - (art. 156, § 6º da CF).

Também aqui, tal qual ocorreu em algumas normatizações anteriores, *o Chefe do Executivo deveria dar ciência ao Legislativo das medidas restritivas já tomadas, mas não necessitando de autorização prévia ou qualquer interferência, nem tampouco a possibilidade de revogação do ato presidencial.*

Portanto, diante desta modesta passagem histórica, é possível perceber que o relevante tema sobre o ‘sistema constitucional de crises’ se fixou na preocupação eminentemente política

e o tratamento dado a assunto tão nobre – garantias individuais – passou à margem de uma regulamentação escorreita e apropriada.

IV. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CARTA FEDERAL DE 1988.

Embora o País comece a sentir outros ares a favor das eleições diretas para Presidente da República – 1983 –, foi realizado certame indireto se sagrando vencedor Tancredo Neves, que faleceu antes de ser empossado, assumindo seu vice, José Sarney.

Através da Assembleia Nacional Constituinte instaurada em 1987 se seguiu a uma Constituição Federal demasiada e virtuosamente democrática, que refletiu a heterogeneidade das forças sociais do momento e a intenção desmedida na redução de poderes estatais.

A *Constituição promulgada em 05/10/1988* volta a considerar os três Poderes autônomos e independentes entre si, estabelecendo dentro do “TÍTULO V” denominado “*Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas*” o “CAPÍTULO I” descrito como “*DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO*”, contendo 06 (seis) comandos normativos principais assim distribuídos, *in verbis*:

Seção I

DO ESTADO DE DEFESA

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas

coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. [...]

§ 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

Seção II

DO ESTADO DE SÍTIO

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as

normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º - O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º - Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º - O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Seção III

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 140. A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas

referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

Art. 141. Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

Parágrafo único. Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas. ^[grifamos]

Aqui chegamos no ápice do presente estudo.

Reconheceu a Carta de Outubro de 1988 em vigência duas figuras distintas para enfrentamento do ‘estado de exceção’, quais sejam, o “*Estado de Defesa*” e o “*Estado de Sítio*”, com suas especificidades próprias, a saber:

- a. o ‘Estado de Defesa’ tem lugar [i] “*para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional*” ou [ii] “*atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza*”.

Assim duas frentes devem ser atacadas via decreto quando a hipótese for de “*Estado de Defesa*”: a) na ocorrência de distúrbio à ordem pública ou a paz social ocasionando instabilidade institucional; b) *nas situações de calamidades de grandes proporções na natureza*.

- b. o ‘Estado de Sítio’ cabe [i] em “*comoção grave de repercussão nacional*”; [ii] na “*ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*”; e [iii] na “*declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*”.

Portanto, este instituto abarca três situações distintas.

Podemos observar que realmente o Constituinte de 1988 não procedeu a devida leitura do passado, deixando de disponibilizar uma figura específica relacionada às crises epidêmicas ou de pandemia, propriamente ditas, em que pese já tivéssemos vivido diversas delas – varíola em 1563; febre amarela em 1850; gripe espanhola em 1918; gripe suína H1N1 em 2009; e outras várias -.

Assim, considerando a regulamentação apresentada pelo Constituinte de 1988 e que não sofreu qualquer modificação nas 106 emendas posteriores, serve para o presente estudo – enfrentamento da pandemia – se apegar ao critério analógico para reconhecer na hipótese contemplada para o ‘Estado de Defesa’, quanto a ‘preservação’ ou ‘restabelecimento’ de situações “*atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza*”, uma figura semelhante ao que vivemos na atualidade frente ao Coronavírus.

Noutra situação constitucional, no campo do instituto do ‘Estado de Sítio’, retiramos por similitude a “ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”, bem como a “comoção grave de repercussão nacional”, entendida esta dentre aqueles substantivos constantes da nossa língua portuguesa³³, como hipóteses de “*emoção intensa, choque ou perturbação; tumulto, insurreição ou rebelião; Confusão ou debandada; tristeza, pena ou consternação*”, etcetera.

Um importante critério proposto por *WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG*³⁴ para se visitar o “*sistema constitucional das crises*” é a ‘necessidade’ de sua implementação, tendo o mestre assim ponderado:

³³ <https://www.lexico.pt/comocao/>

³⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentários aos artigos 136 a 141. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 1.682.

A excepcionalidade das situações de crise exige que não haja outros meios mais adequados, menos gravosos, para debelar a crise, e que são preferíveis em relação às medidas de exceção: trata-se da necessidade, que implica em subsidiariedade, ou seja, somente deve haver decretação de estado de defesa ou de sítio em último caso; outras medidas não devem ter-se mostrado suficientes ou exigíveis. [grifamos]

Ou seja, as previsões constitucionais para enfretamento de situações excepcionais relativas as calamidades públicas *lato sensu* estão dispostas nestes comandos e para cada determinado acontecimento haverá a necessidade de uma intervenção da autoridade pública, conforme apresentamos a seguir.

V: A PANDEMIA EM FEVEREIRO DE 2020, SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E A PERDA DE UMA OPORTUNIDADE DE SE CUMPRIR A CONSTITUIÇÃO.

Antes de abordar a realidade da Carta de 1988 e suas prospecções procedimentais, é oportuno tecer algumas considerações fáticas que vivenciamos desde o fatídico ‘fevereiro de 2020’ – o primeiro caso confirmado foi em 26 de fevereiro, em São Paulo -, quando se deu início a expansão do contágio pelo COVID-19 no plano nacional.

Num primeiro impacto, certamente todos descrentes de sua existência e principalmente de sua evolução temporal, autoridades públicas brasileiras pouco ou quase nada se debruçaram na perspectiva do enfretamento de uma pandemia que seria avassaladora.

Mas já se podia dizer que estávamos sob o império do ‘estado de emergência’ constitucionalmente albergado.

As notícias internacionais de catástrofe intransponível foram tomando conta das mídias em geral e diante dessa realidade, perante o campo legal e jurídico que norteia o assunto, viu-se a maior conturbação institucional já presenciada e assistida

por aqueles que buscam entender da temática e avaliar a situação sempre ao pé da positividade normativa brasileira.

Chegamos ao plano do ‘estado de calamidade pública’.

En passant, lembremos que há uma sutil diferença entre o ‘estado de emergência’ e o ‘estado de calamidade pública’, pois naquele a anomalia pública ainda não ocorreu, enquanto no segundo os danos aos interesses públicos *lato sensu* já se sucederam.

Inicialmente não podemos obliterar que na atualidade o modelo adotado por nações ditas democráticas para o combate a crises tem como suporte primário e básico as ‘normas de exceção’ traçadas *unicamente* pela respectiva Constituição, que pre-estabelecem mecanismos específicos de viabilidade especial extraordinária para serem utilizadas nas situações excepcionais, *podendo assim*, e somente deste modo, ingressar na seara de restrição a direitos fundamentais.

Igualmente, tem-se como critério comum que as medidas de exceção previstas constitucionalmente terão sempre caráter limitado no tempo, não somente porque suspendem direitos e garantias individuais e coletivos, mas em respeito ao modelo democrático adotado.

Neste alinhamento, escreve o então professor *ALEXANDRE DE MORAES*³⁵ – hoje ministro do STF – sobre o “*sistema constitucional das crises*”, que ‘consiste’ “*em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional*” [grifamos].

De plano, TODAS as autoridades brasileiras envolvidas com o processo regulatório da pandemia insistiram na utilização

³⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.807.

do termo “*Estado de Emergência*”, como se este instituto estivesse contemplado na *Constituição da República de 1988* com força para avançar sobre direitos fundamentais.

Tentando buscar uma explicação à praxe desconexa que se instalou, o que certamente agravou a desorganização institucional ao enfretamento da crise, uma vez que a Carta Federal de 1988 não contemplou esta figura – ‘estado de emergência’ – como sistema regulatório para um ‘Estado de Exceção’, a única resposta seria a influência da Emenda Constitucional nº 11 de 1978 que tratava “*Das Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência*”.

Ainda conjecturando, presume-se que a imperícia das autoridades brasileiras naquele primeiro impacto de enfretamento da pandemia para se ater ao ‘estado de emergência’ estaria ligada quiçá à lembrança da *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969) ratificada pelo Brasil em 25.09.1992 (*Pacto de San José da Costa Rica*), onde no item 1 do art. 27, quando tratou da “*Suspensão de garantias*”, afirmou que isto se daria em “*caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a [...] segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições [...]*” [grifamos].

Ou seja, as atitudes descoordenadas das autoridades tiveram como suporte um instituto – ‘estado de emergência’ – não contemplado pela Carta Federal de 1988 para enfretamento de ‘crises apolíticas de repercussão nacional’, o que certamente se nega legitimidade constitucional de qualquer possibilidade de intervenção administrativa, fiscalizatória e restritiva nos direitos fundamentais.

O que se quer estabelecer no presente artigo e ao reverso do que alguns doutrinadores replicam nas mídias – muitos deles com viés político, lamentavelmente –, é que *vivenciamos a olhos vistos a inibição de direitos fundamentais por atos de governadores e prefeitos* – senão por outras autoridades que também se

investem de poder -, *quando a Carta Magna brasileira só permite tal interferência por atuação da Presidência da República.*

Está cristalino que o Constituinte de 1988 apenas permitiu o “Estado de Defesa” (art. 136) e o “Estado de Sítio” (art. 137) como forma não somente de enfrentar uma ‘circunstância anormal’, mas primordialmente a ÚNICA que possibilita ingressar na seara dos direitos e garantias fundamentais, o que nos parece haver uma inspiração no *Pacto de San José da Costa Rica*, que admite a “Suspensão de garantias” a ser realizada pelo “Estado-parte”, mas sempre e tão-somente através do dirigente da nação.

Aliás, como assinala MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO³⁶, os institutos de enfretamento do ‘sistema de crise constitucional’ *suspendem as garantias dos direitos fundamentais e nunca os próprios direitos.*

Ora, parece crível que quando cogitamos sobre formas de restrição dos direitos fundamentais através de mecanismos autorizados constitucionalmente – sob pena de se transmutar em ‘golpe de estado’ -, a ‘necessidade’ aflora ardente no sentido de se dar vazão tão somente àquilo que o Texto Maior permite.

E assim, para se chegar a tal ilação, facilmente se compreenderá considerando que a Carta Magna afirma peremptoriamente que compete *EXCLUSIVAMENTE* à União (Art. 21, V³⁷ da CF) “decretar o estado de sítio, o estado de defesa [...]” [grifamos]. E obviamente, cabe “*privativamente ao Presidente da República decretar o estado de defesa e o estado de sítio [...]*” [grifamos] (Art. 84, X³⁸ da CF).

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva, 3ª. ed., 1983, p. 641.

³⁷ “Art. 21. Compete à União: [...]”

V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal; [...].”

³⁸ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]”

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio; [...].”

Sem precisar se infiltrar em aprofundadas hermenêuticas, o texto normativo dispensa comentários extravagantes quando registra a expressão “*privativamente*”. Alterar o sentido do comando é verdadeiramente ferir mortalmente a proposição constitucional.

E a Carta Constitucional estabelece toda procedibilidade para instalação de um ‘Estado de Exceção’, tanto para situações de “*Estado de Defesa*” (art. 136) ou o “*Estado de Sítio*” (art. 137). Assim, *não há espaço para hermenêuticas ou complementações legislativas e muito menos jurisdicionais*.

Explicando o ‘sistema constitucional das crises’ sem poder se alongar e nem precisar ir à amiúde exegética, o “*Estado de Defesa*” envolve situações de menor potencial ofensivo aos interesses da Nação e se verifica quando “*a ordem pública ou a paz social*” forem “*ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional*”, trazendo uma segunda possibilidade quando o País ou determinada Região for acometido “*por calamidades de grandes proporções na natureza*” [grifamos] – hipótese que se assemelha a vivenciada com a pandemia -. É o discurso cristalino do art. 136 – reproduzido em nota de rodapé nº 39 – da Constituição Federal.

Para tanto, poderá o Presidente da República – *competência exclusiva* -, em ato administrativo composto, ouvido o Conselho da República e o da Defesa, expedir decreto de “*Estado de Defesa*” que estabelecerá [i] “*o tempo de sua duração*”, [ii] “*especificará as áreas a serem abrangidas*” e [iii] “*indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem*”, podendo ser ‘restritivas de direito’ ou ‘permissivas de ocupação de bens e serviços públicos’, tudo nos termos do § 1º e incisos³⁹ do art. 136 da Carta Federal.

³⁹ “Art. 136. [...]”

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as

Oportuno destacar que o “*Estado de Defesa*” tem limitação temporal de 30 dias, *prorrogáveis uma única vez por igual prazo, “se persistirem as razões que justificaram a sua decretação”* (§ 2^{o40} do art. 136 da CF).

Dando guarida ao Estado Democrático de Direito, exige o legislador supremo que “*o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificção ao Congresso Nacional*” e este deverá decidir “*por maioria absoluta*” se mantém o decreto ou o rejeita e neste caso cessa o ‘Estado de Defesa’ (§§ 4^o, 5^o, 6^o e 7^{o41} do art. 136 da CF), formando assim um ato complexo.

Ora, *parece patente que no nascedouro da pandemia dentro do nosso País*, o Presidente da República deveria ter seguido exatamente este itinerário, qual seja, ouvindo o Conselho da República e o da Defesa, lançar mão do decreto instituindo o ‘Estado de Defesa’, determinando as restrições de direitos fundamentais necessárias e autorizadas constitucionalmente, acaso imprescindível, nomeando colaboradores que podiam ser os

medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.”

⁴⁰ “Art. 136. [...]§ 2^o O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. [...]”

⁴¹ - “Art. 136. § 4^o Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificção ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5^o Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6^o O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7^o Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.”

próprios Governadores e/ou prefeitos, *os quais teriam atribuições tão somente executórias de atendimento aos interesses locais e nunca legislativas de patamar constitucional – restrição de direitos fundamentais -, por lhes faltar competência autorizativa suprema não só para “decretar o estado de defesa [...]”* (Art. 84, X⁴² da CF: *“Compete privativamente ao Presidente da República...”*), como igual e principalmente impor restrições a direitos fundamentais, conforme será visto também quando da análise do julgado pela Corte Suprema.

Ou seja, *toda operação se daria por ordem presidencial – decreto determinando ‘estado de defesa’, com a declaração dos direitos e garantias que seriam limitados ou suspensos, além de dotações orçamentárias competentes – e aos Estados caberia administrar suas necessidades, já que eles “organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”, quando exerceriam certa autonomia nos termos da Carta Federal, que ‘reserva’ “aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”* (art. 25 e § 1º⁴³ da CF).

E aos Municípios restaria regular suas peculiaridades/necessidades locais diante da previsão constitucional de que o *“Município reger-se-á por lei orgânica, [...], atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado [...]”* (art. 29⁴⁴ da CF).

⁴² - Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio; [...].”

⁴³ - “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

⁴⁴ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]”

Ou em rápida pincelada, as autoridades públicas regionais poderiam *fazer tudo dentro da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência* – art. 37⁴⁵ da CF –, menos legislar sobre a interferência nos direitos e garantias individuais.

Assim se cumpriria a norma suprema e atenderia o federalismo tão insistido pela Suprema Corte, como será devidamente abordado.

Toda esta necessária metodologia tem uma repercussão ainda mais extensa se pensarmos na questão proibitiva do Governo Federal aumentar o gasto público, mesmo que para combater a disseminação do ‘estado de exceção’, com base em interesses muitas vezes injustificados para disponibilização de recursos aos Estados e Municípios, conforme exige a Lei de Responsabilidade Fiscal.

E mesmo que a própria lei de restrição fiscal em seu art. 65⁴⁶ (Lei Complementar nº 101/00, alterada pela Lei

⁴⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

⁴⁶ “Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70;

II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

§ 1º *Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do caput:*

I - serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para:

a) contratação e aditamento de operações de crédito;

b) concessão de garantias;

c) contratação entre entes da Federação; e

d) recebimento de transferências voluntárias;

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e

Complementar nº 173, de 2020) estabeleça que na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, o Governo Federal estará dispensado de cumprir a meta fiscal, autorizando gastos extraordinários para o combate da situação calamitosa, é imperioso que a liberação de verbas se dê sob o crivo dos princípios constitucionais da “*legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (art. 37 da CF⁴⁷).

Noutra banda, extremamente conveniente enaltecer que o Congresso Nacional também deveria honrar a *Lex Mater* e ao invés de conturbar um momento tão crítico que vivemos, caberia neste instante ‘designar’ “*Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio*” (art. 140⁴⁸ da CF). Mas não o fez!

decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública;

III - serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública:

I - aplicar-se-á exclusivamente:

a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade;

b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo;

II - não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização.

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes.”

⁴⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

⁴⁸ Transcrição págs. 16/17.

Igualmente, o Congresso Nacional brasileiro descumpriu e descumpra a Constituição da República que lhe obriga permanecer “*em funcionamento até o término das medidas coercitivas*” (art. 138, § 3º), ao invés de suspender os trabalhos parlamentares nos seus longos períodos de recesso.

E pior, o Legislativo Supremo brasileiro ao instalar Comissão de Inquérito sob o subterfúgio de apuração sobre irregularidades financeiras despendidas para combate à pandemia, desafia a própria Constituição da República Federativa do Brasil que guarda momento certo e único para se realizar a prestação de contas relativamente a todo período do ‘Estado de Exceção’, conforme registra seu artigo 141 que “Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, *cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes*”. E qual o momento para se apurar as responsabilidades? O próprio ‘livro das dicas constitucionais’ dá a solução, nestes termos:

Art. 141. [...]

Parágrafo único. Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, *as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.* [grifamos]

Abrimos um parêntesis para melhor explicar: numa obviedade ululante, *não é em meio ao caos pandêmico que a Constituição Federal permite que se proceda a prestação de contas e a apuração* “da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes”, seja pelo critério da razoabilidade, da eficiência e até mesmo do próprio bom senso, pois é o momento em que os esforços até mesmo dos agentes políticos devem se voltar ao atendimento das necessidades sociais e não se desdobrar em cobranças e *perseguições através de CPIs instauradas por circunstâncias políticas.*

Por isso e pelo que consta do art. 141 da Carta Federal, *a CPI atemporal é flagrantemente inconstitucional!*

E mais. Certamente *não pode ser uma norma infraconstitucional ou até mesmo o ‘poderoso’ regimento interno do Congresso Nacional que irá se sobrepor a Carta Magna*, aliás como advertiu a Ministra ROSA WEBER⁴⁹ ao indeferir recentemente o chamamento de governadores para depor na malsinada CPI instalada.

Estamos vivendo não somente uma inversão de valores, mas uma transposição da autoridade – predomínio – constitucional, que vem sendo posta à margem por idealismos políticos e preferências partidárias.

Nem mesmo o ‘encantado’ federalismo tão anunciado pela Suprema Corte no julgado a seguir comentado tem a conotação por ela deliberado, mas uma jurisprudência, diríamos, politizada, para adaptar uma norma que rompe com o embrião constitucional para enfretamento de crises.

Afinal, pelo menos era o que afirmava o ilustre Dr. LUIZ ROBERTO BARROSO⁵⁰ enquanto professor, aliás, um dos melhores constitucionalistas do País, de que *fosse como fosse*, a exegese de normas e princípios deveriam sempre garantir a supremacia constitucional, único instrumento que garante os direitos fundamentais, fazendo o seguinte discurso:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. [grifamos]

Mas isto é tema para quiçá outro artigo! Aqui fechamos

⁴⁹ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 848. DF. Julg. 21 de junho de 2021.

⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 182.

o parêntesis.

E não olvidemos que este instituto *sub examen* – “*Estado de Defesa*” – duraria no máximo 60 dias. Já avançamos muito mais que isto.

Daí a necessidade de passarmos à sequência institucional de enfretamento a ‘estados de exceção’, porque a pandemia do coronavírus se estende até os dias atuais, o que obrigaria a passagem da implantação do instituto de maior gravidade, o chamado “*Estado de Sítio*”.

Objetivamente, a incidência do “*Estado de Sítio*” entraria na previsão constitucional da “*ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*” ou na “*comoção grave de repercussão nacional*” (art. 137, I⁵¹ da CF).

De inspiração francesa – *état de siège* –, mas com roupagem brasileira, o ‘*estado de sítio*’ perde aquele sentido único ditatorial acenado por muitos estudiosos, porque agora alberga momentos em que o ‘estado de defesa’ – “por calamidades de grandes proporções na natureza” – não conseguiu atender, bem como por analogia na ocorrência de “*perturbação grave de repercussão nacional*”.

De plano se mostra impreterível desmistificar a sensação que muitos doutrinadores têm traduzido de que o instituto de “*Estado de Sítio*” tem características unicamente do regime ditatorial ou atendimento de situações beligerantes, como se não vivêssemos num Estado Democrático de Direito e que tudo é motivo para ‘golpe institucional’.

Essa malfadada ideia de conspiração tomou conta da

⁵¹ “Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; [...]”

mentalidade apequenada que é muito bem traduzida por *KARL POPPER*⁵², para o qual as teorias da conspiração pecam ao olhar para fatos políticos e sociais inintencionais e tentam buscar uma ordem entre eles, partindo do pressuposto que ocorreram ou ocorrerão como consequências intencionais dos atos de alguém ou de algum grupo, e que *todas as instituições envolvidas neste processo agem ou agirão de maneira coordenada, como se fossem um único indivíduo a definir o caminho da humanidade.*

Afinal, temos uma Constituição da República Federativa do Brasil absurdamente democrática e que garante os direitos e garantias fundamentais de maneira imperiosa, fazendo imprimir a quase sua inalterabilidade, excepcionando tão somente em casos específicos e pontuais através dos institutos aqui esmiuçados, atribuindo a um único agente público o poder de delimitar o seu exercício, *mas absolutamente vigiado através de outros poderes constituídos.*

Mas noutra viés, impossível não deixar de vociferar que seguindo o que vem redarguindo alguns *experts* de que em nome da ‘saúde pública’ governadores, prefeitos e ‘autoridades’ em geral podem tomar as medidas que aprouver, inclusive a restrição de direitos fundamentais, certamente estão prestando um desserviço à Nação e principalmente ao próprio Estado de Direito!

Até agora não se viu uma explicação sequer sobre algum instrumento ou dispositivo constitucional que permita ‘qualquer’ autoridade federada interferir ou restringir direitos fundamentais! Tem se falado em federalismo ou abalo na saúde pública para possibilitar uma avalanche de desrespeitos aos direitos constitucionais resguardados à cidadania, o que será visto se

⁵² POPPER, Karl. The conspiracy theory of society, *Conspiracy Theories*, ed. Coady, 13–16; see also Popper, *The Open Society and Its Enemies*, 5th edn (London: Routledge & K. Paul, 1966), vol. 2.

tratar de errônea observância normativa.

Retomando à nossa linha doutrinária, *CARLO BALDI*⁵³ tempera o instituto em comentário – “*Estado de Sítio*” – com requintes de preciosidade, nestes termos:

[...] *um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública, criado por determinação da autoridade estatal ao atribuir poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições à liberdade dos cidadãos.* [grifamos]

Aqui a situação sofre modificações substanciais de procedimento, tornando o anúncio do ‘Estado de Exceção’ um ato administrativo complexo, porque o *Presidente da República*, além de ouvir o *Conselho da República* e o *da Defesa*, “relatará os motivos determinantes do pedido” e deverá “solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio” (art. 137, *caput* da CF), o qual deverá “decidir por maioria absoluta”. Ou seja, há uma *comunhão de vontades*, diversamente entendido pelos ‘conspiradores de plantão’.

Em detalhamento sobre o itinerário do processo de “*Estado de Sítio*”, a Carta Federal ao estabelecer que o *Presidente da República* “relatará os motivos determinantes do pedido” (art. 137, par. único⁵⁴ da CF) ao Congresso Nacional, parecidos, por um critério logístico e de facilitação executória, que tal incumbência está adstrita apenas e tão somente por intermédio de uma justificação plausível de convencimento sobre a necessidade da implantação do ‘Estado de Exceção’, *sem especificar metodologia ou o procedimento intervencionista propriamente*

⁵³ BALDI, Carlo. Dicionário de Política. 12^a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 413.

⁵⁴ “Art. 137. [...]”

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.”

dito, cabendo ao Congresso Nacional opinar exclusivamente sobre a ‘oportunidade e conveniência’.

Tal ponderação nos configura de extrema razoabilidade, porque dizer a suprema norma que cabe exclusivamente ao Presidente da República decretar o ‘Estado de Defesa’ ou o ‘Estado de Sítio’ (art. 84. IX da CF) e destacar apartadamente a necessidade do pedido de autorização ao Congresso (art. 137, *caput* da CF) através de “decreto do estado de sítio indicará *sua duração*, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o *Presidente da República* designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas” [grifamos] (art. 138⁵⁵ da CF), *representa que o Poder Legislativo Nacional não pode interferir no processo executório da medida*, ou seja, não lhe cabe interferir na metodologia empregada ou se irressignar quanto as garantias constitucionais suspensas, até porque estas são *numerus clausus* (art. 139 e inc.⁵⁶ da CF).

Afirmamos isto considerando quatro pontos

⁵⁵ “Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.”

⁵⁶ “Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.”

constitucionais, a saber: [i] a competência é exclusiva da presidência da república para determinação do ‘Estado de Exceção’ (arts. 21, V; 84, IX; 137 *caput* e § ún. da CF); [ii] a competência é exclusiva da presidência da república para através de ato administrativo vinculado (art. 139 da CF) ‘suspender garantias constitucionais’ (art. 138 da CF); [iii] a competência do Congresso Nacional é meramente fiscalizatória (art. 140⁵⁷ da CF); e, [iv] o Congresso Nacional não tem permissão constitucional para restringir ‘direitos e garantias constitucionais’ (art. 60, § 4º, IV⁵⁸ da CF).

Finalmente, cabe-nos ponderar que a única razão plausível pela qual a norma constitucional tenha estabelecido uma mensuração diferenciada para autorizar restrições de direitos e garantias entre os institutos em destaque, seria porque no ‘Estado de Defesa’ a permissão é *numerus apertus* – “as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: [...]” [grifamos] (art. 136, § 1º da CF) –, por força de sua temporariedade restrita – máximo 60 dias –, enquanto para o ‘Estado de Sítio’ a previsão é *numerus clausus* – “só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...]” [grifamos] (art. 139 e incisos⁵⁹ da CF)

⁵⁷ “Art. 140. A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.”

⁵⁸ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]”

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV - os direitos e garantias individuais.”

⁵⁹ “Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

diante de sua elasticidade temporal que poderá ser indefinida.

Em conclusão ao tópico, conveniente trazer apropriado comentário do nobre Professor *MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO*⁶⁰, que destaca com parcimônia irrepreensível a essência objetiva de se enfrentar o momento excepcional, *in verbis*:

Não basta pôr em ação um mecanismo de restrições e coerções para que elas se deslindem. É necessário, no calor da ação e com a presteza do sopro vital, erguer, ajustar, corrigir um mecanismo intrincado destinado a canalizar todo o esforço de um país no encaço da vitória. [grifamos]

Considerando as ponderações expostas, podemos passar a confrontar a norma infraconstitucional editada pelo Poder Legislativo nacional e a decisão da Suprema Corte do País.

VI: A EDIÇÃO DE LEGISLAÇÃO INCONSTITUCIONAL.

A Organização Mundial de Saúde em 30/1/2020 declarou situação de emergência de saúde pública de importância internacional, diante do surto de transmissão do vírus causador da doença Covid-19 (ou coronavírus). Posteriormente, com o agravamento de casos de transmissão, decidiu a entidade declarar⁶¹ situação de pandemia, isto em 11/3/2020.

Pois bem.

Acreditamos que as articulações constitucionais acima deduzidas nos permitiria concluir sem precisar proceder a minúcias exegéticas de maior envergadura, que a encampação dessa ‘declaração de pandemia’ no território brasileiro se daria pela

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.”

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio. Dissertação de Livre-docência. Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1964. p. 104.

⁶¹ Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor-geral da OMS

implantação do ‘Estado de Exceção’ – “*Sistema Constitucional de Crises*” segundo UADI LAMMÊGO BULOS⁶² – somente através dos institutos de ‘Estado de Defesa’ ou ‘Estado de Sítio’, bem como a competência ‘legislativa’ *lato sensu* e excepcionalíssima seria exclusiva do Presidente da República.

Salvo os céticos e conspiradores de plantão, identifica-se sobremaneira que a situação de pandemia reconhecida em todos os cantos seria suficiente para tipificar homoganeamente com clareza inexpugnável as hipóteses constitucionais do ‘estado de defesa’ “*por calamidades de grandes proporções na natureza*” (art. 136 da CF) e/ou sequencialmente do ‘estado de sítio’ em face da “*ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*”, bem como visto analogicamente pela “*comoção grave de repercussão nacional*” (art. 137 da CF).

Nas terras brasileiras, embora reconhecido o quadro de disseminação e pandemia, ignorando-se o alinhamento constitucional, no campo normativo federal, passou-se a edição [a] da Portaria nº 188, de 3.2.2020 do Ministro de Estado da Saúde que, em atenção à declaração da OMS de 30.1.2020, determinou a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPI); [b] da Lei nº 13.979, de 6.2.2020, com as alterações dadas pelas *Medidas Provisórias n.º 926/2020 e 927/2020* (“*Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*”); [c] da Portaria nº 356, de 11.3.2020, também do Ministro de Estado da Saúde (regulamentou e operacionalizou as medidas de enfrentamento emergenciais previstas na Lei nº 13.979/2020); [d] da Portaria Interministerial nº 5, de 17.3.2020, dos Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, disciplinando a

⁶² Curso de Direito Constitucional, 3ª. ed., Saraiva, 2009, pág. 1176.

compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência previstas pela Lei nº 13.979/2020; [e] do Decreto nº 10.282, de 20.3.2020, determinando os serviços públicos e atividades essenciais, procurando resguardar a sobrevivência, saúde e segurança da população afetada; e, [f] do Decreto Legislativo nº 6, de 20.3.2020, que acolheu solicitação do Presidente da República por meio da Mensagem nº 93, de 18.3.2020, para fins de ‘dispensa’ “do atingimento dos resultados fiscais”, dentre outros.

Disto resulta a límpida conclusão de que *as coisas começaram tudo errado no Brasil*. Ora, o território nacional passa a sofrer ‘situação de excepcionalidade’, mas ao invés do reconhecimento formal e da legitimação dos institutos do ‘Estado de Defesa’ ou ‘Estado de Sítio’ fosse imposto por ato da presidência da República, *única possibilidade para implantação de regime jurídico especial e excepcional* afetando cláusulas pétreas constitucionais, sob a autoria da Câmara dos Deputados é criado o Projeto de Lei nº 23/2020⁶³ que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, enviado à Presidência da República para que o mesmo desse iniciativa para promulgação pelo Congresso Nacional.

Realmente, além da procedibilidade legislativa causar certo espanto, verificamos que não se contemplou a coerência com o ‘Estado de Exceção’ que vivenciamos para proceder a implantação dum ‘regime de legalidade excepcional’ através da padronização constitucional – iniciativa exclusiva da presidência da república -, tendo-se editado a Lei nº 13.979/20,

⁶³ Projeto de Lei nº 23, de 2020. Iniciativa: Presidência da República. Autoria: Câmara dos Deputados. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140490>

inadvertidamente chancelada pelo chefe do executivo nacional em flagrante inconstitucionalidade formal, porque de autoria da Câmara dos Deputados.

Ou seja, de forma transversa se permitiu que o legislativo nacional decretasse na prática o ‘estado de exceção’. Tal conduta é flagrantemente inconstitucional frente ao que vemos na previsão normativa insculpida pelo art. 21, V da Constituição, de que “*Compete à União: [...] V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa [...]*”, cujo expediente “*Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio; [...]*” (art. 84, IX do mesmo foco legislativo).

Mas esta abusividade legislativa também transborda à inconstitucionalidade material em face do constante no art. 3º da Lei nº 13.979/20, com o seguinte ‘arroubo’ redacional:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

- a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e
b) previstos em ato do Ministério da Saúde. ^[grifamos]

A Constituição da República foi absurdamente vulnerada porque em ‘Estado de Exceção’ a competência para restrição de direitos e garantias individuais é restritiva do Presidente da República, seja no dizer do artigo 136 da Constituição em que o “Presidente da República pode, [...] decretar estado de defesa [...]” e no § 1º cujo “decreto [...] determinará [...], as medidas coercitivas a vigorarem [...]”, bem como pelo artigo 137 do mesmo diploma onde o “Presidente da República pode, [...] solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio [...]” e o “decreto do estado de sítio indicará [...] as garantias constitucionais que ficarão suspensas [...]”.

Note-se que nem mesmo através de emenda constitucional poderia o Congresso Nacional interferir nos direitos e garantias constitucionais, como vimos pelo artigo 60, § 4º, IV⁶⁴ da Lei Maior.

Esqueceram e aviltaram as ‘cláusulas pétreas’ tantas vezes cantadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Se realmente primarmos por um Estado Democrático de Direito, é imperioso passar a entender como aquele que regula seus atos e funções sob o manto de uma Constituição, garantindo aos cidadãos a maior proteção possível de seus direitos individuais, cláusula esta somente afetada mediante decreto de ‘estado de exceção’, por autoridade constitucionalmente permitida – presidência da república – e de maneira temporária.

Não é à toa que o saudoso Min. *EROS ROBERTO GRAU*⁶⁵ ponderava que ‘toda’ “*interpretação correta tem de*

⁶⁴ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]”

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 113.

proteger-se contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar [...]”. Neste prumo, nem mesmo a visão daqueles que depositam na ‘emergência da saúde pública’ pode transformar o “Sistema Constitucional de Crises” numa metodologia arbitrária e flagrantemente inconstitucional, pois o que está sendo afetado na essência é o próprio Estado Democrático de Direito, guardião da cidadania em sua plenitude.

Diante deste aparente *conflito* de interesses no mesmo arcabouço constitucional – ‘estado de exceção’ *versus* direitos fundamentais – é que não se pode admitir tergiversações espúrias ou hermenêuticas descontextualizadas afora do seio normativo supremo. O que se permite no “Sistema Constitucional de Crises” é que os direitos e garantias fundamentais sejam atingidos da maneira mais indelével possível e *desde que seguindo TAXATIVAMENTE o Texto Maior.*

Assim, aos estarmos defronte de princípios constitucionais que visam à preservação da essencialidade democrática do Estado, é que se mostra conveniente reproduzir as considerações do eminente Min. *EROS ROBERTO GRAU*⁶⁶ ao comentar que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. [grifamos]

Ou seja, *até podemos verificar certa limitação a direitos e garantias individuais sem arranhar o princípio democrático, mas impreterivelmente dentro do regramento constitucional, conforme já ponderou o eminente Min. GILMAR FERREIRA*

⁶⁶ ob. cit. p. 158-159.

MENDES⁶⁷, de que “[c]onsideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldados em expressa autorização constitucional. [...]” [grifamos].

Diante destas ligeiras considerações e frente ao aparato doutrinário de envergadura nacional, afigura-nos latente a inconstitucionalidade material da Lei nº 13.979/20, porque em momento algum o legislador supremo outorgou atribuição normativa restritiva de direitos fundamentais principalmente em momentos de exceção ao Congresso Nacional.

Certamente o presente trabalho não pretende esgotar a matéria e por isto inadequado se estender em demasia sobre tal malsinada norma infraconstitucional, apenas destacando sob outra visão, que a mesma interfere outra vez mais na competência exclusiva do Presidente de República, *ao tratar também da executoriedade do plano de ação para enfrentamento da pandemia* – uma singela leitura da lei é suficiente para despertar tal evidência -, pois tanto no ‘Estado de Defesa’ ou no ‘Estado de Sítio’ é atribuição do Chefe Maior da Nação “*indicar a duração da medida de exceção, as normas necessárias a sua execução, as garantias constitucionais que ficarão suspensas, designar o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas*” (art.138 da CF).

Em que pese diversas passagens legislativas se cogite sobre a existência de um ‘estado de calamidade pública’, em momento algum a constitucionalidade vem à tona em que o Presidente da República estaria solicitando autorização ao Congresso Nacional para implantar ‘Estado de Sítio’ e expedir decreto competente descrevendo o *modus operandi* das intervenções, podendo só e tão somente estabelecer um regime especial restritivo de direitos, designando os entes da federação e municípios como

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Cursode Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 228.

executores das medidas.

Enfim, o que se viu foi o império afrontoso às liberdades constitucionais por parte de toda e qualquer espécie de ente público – estados e municípios –, deflagrando verdadeira panaceia de atos normativos inconstitucionais, eliminando direitos fundamentais e transformando a Nação brasileira numa desorganização constitucional sob o pretexto de enfrentamento da pandemia.

E o Governo Federal fez editar as Medidas Provisórias nº 926 e 927 em março de 2020, pretendendo alterar a referida lei “*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*” e sobre “*medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública*”, respectivamente.

VII: O ENFRENTAMENTO PELA SUPREMA CORTE.

Mas o Partido Democrático Trabalhista – PDT – e o Partido Rede Sustentabilidade – PRS – aportaram no Supremo Tribunal Federal tutela de arguição de inconstitucionalidade – ADIs nº 6.341 e 6.343 – das referidas Medidas Provisórias, cuja relatoria foi atribuída ao Ministro *MARCO AURÉLIO*, atualmente aposentado, que em decisão cautelar reconheceu “*atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*” ^[grifamos].

Em julgamento Plenário virtual, não se podendo detectar as razões pelas quais a Suprema Corte desprezou a realidade fática constitucional e a necessidade da implantação do ‘Estado de Exceção’ acionando os ‘*Sistemas Constitucionais de Crises*’ através dos modelos de ‘Estado de Defesa’ ou ‘Estado de Sítio’,

de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, seja através de ato composto ou complexo, acabou por vulnerar a Norma Maior tangenciando através do princípio do federalismo e fazendo surgir atribuições legislativas não permitidas constitucionalmente.

Instalou-se o caos jurídico no País, o que tem se intensificado pela amplitude que os entes da federação têm promovido, que persiste até os dias atuais e parece se eternizar em absoluto desalinho constitucional.

A redatoria do aresto *em caráter cautelar* ficou sob a incumbência do Ministro *EDSON FACHIN*⁶⁸, que por força do longo arrazoado, permitir-se-á trazer à balha apenas aquilo de significativo ao presente – em destaque -, assim exposto:

EMENTA: [...] DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na

⁶⁸ ADI 6341 MC. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 15/04/2020. Publicação: 13/11/2020.

área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

8. *Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.* [grifamos]

Considerando que o acórdão tem mais de 140 laudas, é de se sumariar destacando que a linha uniforme dos votos lançados teve como suporte principal aquilo mencionado pela Ministra ROSA WEBER, de que a “*questão envolve como pano de fundo o federalismo e a distribuição de competências entre os seus entes*”, que para o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, o “*Federalismo tem exatamente essa finalidade, limitar o poder de um único ente*”.

A vazão que a Suprema Corte deu ao infortúnio por todos nós sentido a partir de então, *passou à margem da estreita constitucionalidade que acaso fosse interpretada literalmente*, haveria de se verificar um ATO PRELIMINAR PREPARATÓRIO para só então se chegar à distribuição de atividades pelas autoridades locais dando ênfase ao plano do ‘federalismo’, qual seja, o DECRETO de ‘Estado de Defesa’ e na sequência o ‘Estado de Sítio’ expedido pelo Presidente da República, ÚNICA AUTORIDADE NA ESFERA DO DIREITO BRASILEIRO com competência constitucional para autorizar a limitação de direitos e garantias individuais.

Em que pese fosse conveniente, mostra-se impraticável nesta seara transbordar em argumentos sobre os entendimentos exarados pelos Ministros da Casa Constitucional.

Sem sombra de dúvidas são votos da mais alta qualidade jurídica, mas servem para justificar unicamente uma situação hipotética, porque verdadeiramente todos os atos e procedimentos praticados desde a origem da pandemia estariam eivados de inconstitucionalidade, porque desrespeitado o mecanismo

primordial para se desencadear toda a sorte de restrições aos direitos fundamentais e até mesmo ao próprio princípio federativo.

Tem-se a coragem desta assertiva por força da conclusão que não quer calar de que *a inconstitucionalidade é no nascedouro do episódio calamitoso*, que exigia a necessidade intransponível de decreto presidencial regulatório e executório no plano nacional.

Embora não se dirigindo ao âmago da questão, mas pelo menos mostrando a devida prudência, emitiu parecer a Procuradoria-Geral da República naqueles processos de controle concentrado de constitucionalidade, entendendo pelo “*periculum in mora inverso, tendo em vista os potenciais prejuízos às populações afetadas, em decorrência da legitimação de uma miríade de atos municipais e estaduais que, em descompasso com os parâmetros e condicionamentos previstos na Lei 13.979/2020, promovem a interrupção de serviços públicos e atividades de caráter essencial*”^[grifamos].

Afinal, sem rodeios, se realmente procurarmos dar guarida à Carta Democrática brasileira, nada do que foi, é ou será feito sem o cumprimento das exigências constitucionais que nos mostram intransponíveis – ato presidencial -, poderá ser encampado como legitimamente constitucional, mesmo através de reconhecimento – ato falho – pela Suprema Corte, conforme rápida e singelamente se vem descrevendo.

Um das maiores atrocidades jurídicas e de preocupação incondicional à estabilidade constitucional é o que foi dito pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT –, autor da ADI nº 6.341, que “*Grosso modo, a imposição de restrições de locomoção pode ser estabelecida pelo Presidente da República em padrões menos rigorosos a nível nacional, ainda assim exigindo ações mais austeras em determinados Estados ou Municípios. A sabedoria da Constituição em incumbir a saúde como encargo comum dos entes federativos (CF, art. 23, II) exprime o múnus*

também de autoridades regionais e locais para agir em situações limítrofes como a ilustrada” [grifamos]. Ou seja, essa instituição política representante do povo sugere que a “*sabedoria da Constituição*” tendo atribuído comunhão legislativa sobre saúde pública, *permite que Estados e Municípios possam restringir direitos e garantias de todo cidadão...tal ótica aventureira e politizada, senão perigosa às bases da democracia, é aviltante aos cidadãos brasileiros!*

Em que pese o voto do fundo de questão não sentir a estreita constitucionalidade que ronda o tema, alinhava as circunstâncias fáticas com propriedade o Relator designado, Ministro *EDSON FACHIN*, quando pondera que “*Nada obstante estejamos em controle abstrato de constitucionalidade, essa discussão ganha uma dimensão de concretude no sentido de situar-se nesse fenômeno disruptivo da pandemia e em um regime jurídico que seja apto, com segurança, estabilidade, previsibilidade e, portanto, coerência a dar respostas a esta situação emergencial e transitória pela qual passamos*”.

E ao sintetizar a questão afirmando “*que o pano de fundo é este e, à luz desse pano de fundo, quer se marche para a incidência do art. 23, que trata da competência comum, quer se marche para o art. 24, que está na seara da competência concorrente*”, traz à luz o elemento principiológico de “*que a questão central, que aqui se coloca, não é apenas de saber quem é o ente competente para lidar com emergência sanitária. Os deveres são exigidos e impostos à União, aos Estados e aos Municípios no sentido de agir, como devem agir a União, os Estados e os Municípios. É nesse sentido que é essa discussão*” [grifamos].

O enfoque é diametralmente inverso: tangenciando com o Ministro, a “*questão central, que aqui se coloca*” é sem sombra de dúvida “*quem é o ente competente para lidar*”, mas não somente “*com emergência sanitária*”, e sim em face do dilema de se infiltrar nos direitos fundamentais fortemente protegidos

pela Carta federal.

Ou seja, ao aventar que os deveres são tripartidos entre os entes que representam a República Federativa, acaba por transpor a fase preliminar incondicional do ato presidencial permissório, único que possibilitaria ingressar na seara de cláusulas pétreas protegidas pelo manto constitucional.

Canoniza o Ministro *ALEXANDRE DE MORAES* que a *“complexidade e a gravidade da crise não permitem o desrespeito à Constituição. Mais do que isso, na crise, é que as normas constitucionais devem ser respeitadas. Na crise, a Constituição deve servir de guia aos líderes políticos para que haja cooperação, integração, exatamente para chegarmos a bom tom no final dessa difícil caminhada para todos: União, Estados, Municípios e todos os brasileiros”*.

Pois bem. A essa ‘complexa e grave crise’ é que o poder constituinte estabeleceu formas de enfrentamento – ‘Estado de Defesa’ ou ‘Estado de Sítio’ – e que com a sua implementação abriria espaço à *“cooperação, integração, exatamente para chegarmos a bom tom no final dessa difícil caminhada para todos: União, Estados, Municípios e todos os brasileiros”* como almejado pelo Ministro, mas primordial e antecipadamente se dando o devido respeito à Carta Magna.

A Ministra *ROSA WEBER* por sua vez enaltece que no Brasil, por seu federalismo, *“detém moldura normativa constitucional que permite lidar com a crise pandêmica, protegendo e cuidando da saúde pública por medidas que atendam as peculiaridades regionais e locais”*, afirmando ser *“essencial ater-se ao sistema delineado pela Constituição Federal, como forma de manutenção do ordenamento democrático e do Estado de Direito”* [grifamos].

Ora, é exatamente a conclusão aqui proposta, pela qual o respeito ao comando supremo impõe que haja a intervenção preliminar presidencial para que direitos e garantias constitucionais

sejam tocados, em respeito justamente da “*manutenção do ordenamento democrático e do Estado de Direito*”.

E ao comentar sobre o federalismo, a ilustre Ministra em destaque diz exatamente o que estamos redarguindo no presente artigo, de que “*a autonomia atribuída aos Estados não lhes dá, em absoluto, plena liberdade para o exercício da competência legislativa, sendo-lhes de obrigatória observância as matérias previstas pela Constituição Federal*”^[grifamos]. Realmente, *a federalização implantada pelo Brasil não permitiu que nenhuma organização constitucionalmente instituída venha interferir nos direitos dos cidadãos, salvo em situações de crises e através de metodologia absolutamente restrita, fixada por norma suprema em caráter excepcional.*

Tanto é assim que obtempera a Ministra ROSA WEBER sobre a existência de “*um federalismo de cooperação, com aplicação do princípio da predominância do interesse e dos deveres mínimos de proteção aos direitos fundamentais*”^[grifamos].

Impressionante é o reconhecimento apontado pela Ministra CARMEN LÚCIA ao afirmar que dentre “*as medidas previstas na Lei n. 13.979/2020 estão o isolamento das pessoas, a quarentena, a determinação de realização compulsória de exames, tratamentos e vacinação e a restrição de entrada e saída do país*”^[grifamos] e que desde a pandemia “*Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Prefeitos deram início à implementação, por decreto, de medidas direcionadas à contenção do avanço da doença, como suspensão de aulas e eventos, fechamento de lojas e centros comerciais, medição de temperatura de passageiros em aeroportos e restrições ao transporte público intermunicipal e interestadual*”^[grifamos]. Ou seja, mesmo se averiguando a incidência negativa sobre direitos fundamentais realizada sem embasamento constitucional – vício de origem -, mesmo assim o debate se manteve fiel ao elemento secundário da questão – princípio federalista -, esquecendo-se que para

chegar ao ponto das competências, haveria de preceder ato presidencial descortinador do “*Sistema Constitucional de Crises*” que permitiria ingressar nas cláusulas pétreas fundamentais da cidadania e da democracia.

Desconhece-se razões plausíveis para justificar que após a Ministra *CARMEN LUCIA* evidenciar a necessidade de reconhecer “*a competência específica para as providências gravíssimas a serem adotadas nesse tempo de crise grave e de inegável repercussão e consequência para todos*” [grifamos], deixe de cogitar a necessidade de a situação passar pelo crivo constitucional constante do “*TÍTULO V*” denominado “*Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas*”.

E ainda registra a Ministra *CARMEN LUCIA* que ‘esse’ “*tema põe-se como núcleo fundamental da formulação constitucional federativa. A quem compete o que e como se coordenam as instâncias e instituições estatais [...]. Em momentos como o presente, a importância se acresce e torna-se determinante da legitimidade de ações estatais seríssimas*” [grifamos]. Ora, para tanto, identificamos em capítulo especial do leito constitucional – “*DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO*” – a resposta para tal inquietação.

E sem maiores delongas, é de se encerrar, por ser absolutamente apropriada, a frase utilizada pelo Ministro *GILMAR MENDES* de que “*há duas lealdades que precisam ser explicitadas. Os órgãos constitucionais têm de atuar de forma leal, fiel, ao Texto Constitucional e devem, reciprocamente, lealdade federativa*” [grifamos]. Portanto, segue o Ministro, o “*Presidente não pode atropelar competências federativas, assim como os estados e municípios não podem atropelar as competências da União*” [grifamos]. Mas é justamente isto que se alinhavou linhas atrás.

*EDUARDO CAMBI*⁶⁹ ao se referir sobre o

⁶⁹ CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e a Fixação da Competência Concorrente na

aperfeiçoamento das instituições republicanas, atenuando a centralização predominante na organização do Estado brasileiro através de uma maior autonomia dos entes federados, chama a atenção de que isto não deve “*causar prejuízo à previsão de diretrizes nacionais homogêneas, necessárias para a integração do país*” [grifamos].

De correlato ao ponderado pelo nobre professor paranaense – império sobre as ‘diretrizes nacionais de integração do país’ – e aproveitando a visão do ‘*princípio de fidelidade*’ citado acima pelo Ministro *GILMAR MENDES* que a doutrina alemã extrai do federalismo, o Ministro em julgamento Plenário⁷⁰ destaca a ideia de *Bundestreue* (fidelidade federativa) extraída do constitucionalismo alemão, ponderando que o “*princípio não implica, nunca, obrigações principais, mas, sim, complementares. Consubstancia-se num filtro à liberdade da União e dos estados no exercício de suas competências, de modo a evitar abusos*” [grifamos].

Portanto, sendo a Constituição Federal rígida – um dos alicerces, aliás, da Federação brasileira -, é mister que União, Estados e Municípios a reverenciem e façam respeitar as competências nela estabelecidas, sob pena de violação da própria letra normativa constitucional.

E com a devida vênia, mostra-se incoerente o fechamento apresentado pelo Ministro *GILMAR MENDES* de que “*estamos restaurando positivamente a política dos governadores. Os governadores passam a ter voz nessa sistemática, isso é positivo e é constitucional*” [grifamos], porque o que foi e está sendo praticado por governadores e prefeitos não encontra albergue aos olhos da Carta Magna, pois a resposta inicial para o enfretamento da crise nacional não está num destemperado ‘princípio

Federação Brasileira. In: Revista de Processo, vol. 92, p. 244, Out./1998 – DTR/1998/448.

⁷⁰ ADI 750/RJ, Pleno, j. 03.8.2017.

da predominância do interesse’ – expressão cunhada pelo Ministro *ALEXANDRE DE MORAES*⁷¹ -, uma vez que em nenhuma das hipóteses normativas constitucionais se permite que Congresso Nacional, Estados ou Municípios derroguem a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito para privar direitos e garantias individuais.

Parece que o eminente Min. *GILMAR MENDES*⁷² mudou aquilo que escreveu em 2011, de que somente poderiam se ‘considerar’ “*restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldados em expressão autorização constitucional. [...]*” [grifamos].

Ainda, *ad argumentandum tantum*, poderiam alguns enaltecer ou esbravejar que *o Chefe da Nação brasileira não teria se utilizado do poder/dever outorgado pela Carta Federal e expedido os decretos competentes que permitiriam o ingresso na seara dos direitos e garantias individuais, fornecendo a partir daí a possibilidade executória de enfrentamento ao ‘estado de exceção’ por outros entes da federação, pela suposta distribuição da competência constitucional em respeito ao federalismo.*

Mas tal omissão presidencial *não abre lacuna legislativa constitucional para o Congresso Nacional e tampouco o Supremo Tribunal Federal* venham suplementar ou substituir a atribuição originária e exclusivamente definida pela Carta Federal de *legislar ou implantar por vias transversas suspensões ou restrições aos direitos fundamentais.*

Para enfrentar a aparente lamentável *omissão presidencial*, a própria Constituição da República fornece instrumentos jurídicos apropriados, tais como a tutela de inconstitucionalidade por omissão; a arguição de descumprimento de preceito

⁷¹ RE 1247930 AgR, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 13/03/2020, pub. DJe-069 de 24/03/2020.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Cursode Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 228.

fundamental; a instauração de procedimento por crime de responsabilidade da presidência da república; o *impeachment*; dentre outros.

O que se mostra abominável é tentar de forma oblíqua por força de um princípio federalista instaurar um disfarce constitucional a fim de legitimar aberrações praticadas por todos os Estados e Municípios, denunciando explicitamente o contrário do que preconizado pela Corte Suprema sobre o princípio federativo.

A balburdia foi instalada sob o beneplácito da Suprema Corte, em que macros e micros unidades da federação deflagram uma série de atos normativos à revelia de respaldo constitucional, em que determinaram sem qualquer uniformidade federativa *lockdowns* e toques de recolher, e em certas localidades do Brasil o fechamento de fronteiras estaduais. Viu-se e se está observando o caos ao arrepio da Carta Federal.

Exemplificadamente, inaugurou a panaceia legislativa o *Governador do Estado de Santa Catarina*⁷³ já em março de 2020, suspendendo “*a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal, intermunicipal e interestadual de passageiros; as atividades e os serviços privados não essenciais, a exemplo de academias, shopping centers, restaurantes e comércio em geral; as atividades e os serviços públicos não essenciais, no âmbito municipal, estadual e federal, [...] e, a entrada de novos hóspedes no setor hoteleiro*”. Ainda, impediu por 30 dias “*eventos e reuniões de qualquer natureza, de caráter público ou privado, incluídas excursões, cursos presenciais, missas e cultos religiosos*”. Posteriormente⁷⁴ foi mais além,

⁷³ Decreto nº 515, DE 17 DE MARÇO DE 2020. Declara situação de emergência em todo o território catarinense, nos termos do COBRADE no 1.5.1.1.0 - doenças infecciosas virais, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e estabelece outras providências.

⁷⁴ Decreto nº 521, DE 19 DE MARÇO DE 2020. Acresce os arts. 3o-A e 3o-B ao

proibindo “o ingresso, no território estadual, de veículos de transporte coletivo de passageiros, interestadual ou internacional, público ou privado, e de veículos de fretamento para transporte de pessoas”, bem como “a concentração e a permanência de pessoas em espaços públicos de uso coletivo, como parques, praças e praias, em todo o território catarinense”.

Já na atualidade, persistindo a desorganização constitucional, o Estado do Rio Grande do Norte⁷⁵ determinou o “toque de recolher”, com a proibição de circulação de pessoas em todos os municípios [...]”. O Governo de Pernambuco⁷⁶ vedou “em qualquer dia e horário, o funcionamento de estabelecimentos e a prática de atividades econômicas e sociais de forma presencial [...]”. Já o Estado do Paraná⁷⁷ restringiu em determinados horários a “circulação em espaços e vias públicas”, além de proibir “a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas em espaços de uso público ou coletivo [...], estendendo-se a vedação para quaisquer estabelecimentos comerciais”.

E para reconhecer a flagrante inconstitucionalidade destes e de todos os outros atos normativos advindos de autoridades locais, basta lembrar que o art. 137 da Carta Federal determina que o “Presidente da República pode, [...] solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio” [grifamos], relatando “os motivos determinantes do pedido” (parágrafo único do art. 137 da CF), constando no referido ato normativo de exceção “sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas” [grifamos], para em seguida se designar “o executor das medidas

Decreto no 515, de 2020, que declara situação de emergência em todo o território catarinense, nos termos do COBRADE no 1.5.1.1.0 - doenças infecciosas virais, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e estabelece outras providências.

⁷⁵ Decreto nº 30.596, de 21 de maio de 2021.

⁷⁶ Decreto nº 50.752, de 24 de maio de 2021.

⁷⁷ Decreto nº 7.719, de 25 de maio de 2021.

específicas e as áreas abrangidas” (Art. 138 da CR). E não se olvide que a interferência nos direitos e garantias individuais é *numerus clausus, in verbis*:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada; [...];

IV - suspensão da liberdade de reunião; [...];

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; [...]. [grifamos]

Diante deste perfil constitucionalista, *outra não pode ser a conclusão de que qualquer pandemia que necessite afetar direitos e garantias individuais*, somente será possível através da decretação de ‘Estado de Defesa’ ou ‘Estado de Sítio’, cujo ato é de competência exclusiva da Presidência da República, até porque as Unidades da Federação como seus municípios devem obediência à Carta Federal e a ideia de *Bundestreue* (fidelidade federativa) “*não implica, nunca, obrigações principais, mas, sim, complementares*” [grifamos]⁷⁸.

A se manter o alinhamento traçado pela Suprema Corte, amanhã, *exemplificadamente*, ocorrendo uma situação gravosa ao meio ambiente, portanto, de interesse nacional – mundial inclusive -, permitir-se-á idêntica liberdade normativa aos Estados e municípios em nome do federalismo. Certamente o perigo ronda à solta!

VIII: CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No transcorrer da história constitucional brasileira verificamos que a preocupação de maior intensidade dos legisladores era estabelecer medidas que viessem salvaguardar a paz

⁷⁸ ADI 750/RJ, Pleno, j. 03.8.2017.

social e a soberania nacional.

Igualmente não se inovaram os institutos intervencionistas de enfretamento aos '*Sistemas de Crises Constitucionais*', transitando sempre entre 'estado de sítio', 'estado de guerra', 'estado de emergência' e 'estado de defesa', tampouco a legitimidade para sua utilização sofreu grandes variações, posto que *somente a Carta de 1946 se comportou diferentemente das demais, atribuindo poderes ao Congresso Nacional para editar o decreto de enfretamento do 'estado de exceção', enquanto as demais colocaram nas mãos do Chefe da Nação a competência exclusiva*, alternando a formalidade, por vezes através de atos compostos e outras por atos complexos.

A norma constitucional de 1988 parece ter recebido influência da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, inserida no País pelo *Pacto de San José da Costa Rica*, que possibilitava a "*Suspensão de garantias*" sempre realizada pelo "*Estado-parte*", através *somente do dirigente da nação*, conforme está ostensivamente exposto no art. 136 da Carta Magna – 'Estado de Defesa' – e no art. 137 – 'Estado de Sítio' – daquele foco legislativo supremo.

Outro dado interessante que merece postagem é a necessidade de se desvincular o que muitos doutrinadores têm traduzido sobre os institutos do 'estado de exceção', cunhando-os de caráter ditatorial e que tudo é motivo para 'golpe institucional', como se não vivêssemos num Estado Democrático de Direito.

Através deste aparato constitucional e considerando que a partir de fevereiro de 2020 começamos a perceber situação epidêmica, caberia tão somente ao Presidente da República seguir aquele itinerário constitucional, ouvindo o Conselho da República e o da Defesa, para decretar o 'Estado de Defesa', determinando as restrições de direitos fundamentais necessárias e autorizadas, nomeando como colaboradores quiçá os próprios Governadores e/ou prefeitos, que executariam medidas protetivas

no plano dos interesses locais sem afetação aos direitos fundamentais *por lhes faltar competência constitucional* – além daqueles já excepcionados pelo decreto presidencial –.

E assim se seguiria em prorrogação por força do prazo do ‘Estado de Defesa’ ter se esgotado, para o instituto seguinte de ‘Estado de Sítio’, em que o Presidente da República após ouvir o Conselho da República e o da Defesa, solicitaria “*ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio*” (art. 137, *caput* da CF), cabendo a Casa Legislativa Superior opinar exclusivamente sobre a ‘oportunidade’ e ‘conveniência’, estabelecendo o decreto *a posteriori* “*sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas*” – *numerus clausus* -, nomeando “*o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas*”.

Diante desta *técnica normativa constitucional intocável*, apresenta-nos uma abusividade legislativa que transborda à inconstitucionalidade formal e material a edição da Lei nº 13.979/20, primordialmente quando no seu art. 3º interfere e avilta direitos fundamentais. Ainda sob uma visão secundária, vê-se outra vez mais a indevida interferência desta norma na competência exclusiva do Presidente de República, quando também trata da executoriedade do plano de ação para enfrentamento da pandemia, pois frente ao ‘Estado de Defesa’ ou ao ‘Estado de Sítio’, é atribuição do Chefe Maior da Nação “*indicar a duração da medida de exceção, as normas necessárias a sua execução, as garantias constitucionais que ficarão suspensas, designar o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas*” (art.138 da CF).

E a Suprema Corte do País não combateu o tema com a sua tradicional expertise, posto que encarou “*como pano de fundo o federalismo e a distribuição de competências entre os seus entes*”, quando a situação mereceria ser enfitada no seu orto, porque é lá que estão os pressupostos naturais da

constitucionalidade que irão permitir ingressar no plano dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, mantendo alinhamento com o legítimo Estado de Direito.

Aquela douta Corte Constitucional ao ignorar a indispensabilidade de um ato preliminar preparatório *para enfrentamento da pandemia e afetação de direitos fundamentais*, qual seja, o DECRETO de ‘Estado de Defesa’ e na sequência o ‘Estado de Sítio’ expedido pelo Presidente da República, única autoridade com competência constitucional para autorizar a limitação de direitos e garantias individuais, *passou à margem da estreita constitucionalidade* e o avanço ao plano do ‘federalismo’ desnaturou o julgado, porque viciado na ótica normativa constitucional.

Tampouco a omissão do Chefe da Nação brasileira em cumprir a Carta Federal expedindo os competentes decretos abriria lacuna legislativa ou permitiria hermenêutica substitutiva sob o fenômeno do federalismo, para atribuir competência constitucional alternativa de implantação de sistemas de combate a pandemia ofuscando direitos fundamentais.

Por derradeiro, *não se está aqui dizendo ou contestando a existência do princípio federalista inserida pelo Constituinte* e de correlato qualquer vulneração à distribuição de competências concorrentes à “*proteção e defesa da saúde*” (art. 24, XII da CF). Afinal, a “*saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (art. 196 da CR).

Este é um assunto derivado da primeira fase de implantação do ‘*Sistema de Crises Constitucionais*’, através daquilo permitido pela Constituição da República Federativa do Brasil, em que o Presidente da República emite a ordem executiva e inibidora de direitos à cidadania, partindo para sua consumação se utilizando do federalismo nacional, em que autoridades locais

poderão primar por suas peculiaridades e necessidades individuais, mas sob o manto constitucionalista deflagrado pela Presidência da República.

Assim é a leitura que se retira da Constituição da República Federativa do Brasil!



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BALDI, Carlo. *Dicionário de Política*. 12^a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- BENJAMIN, Walter, *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*, 7. ed., 1994.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 3^a. ed., Saraiva, 2009.
- CAMBI, Eduardo. *Normas Gerais e a Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira*. In: Revista de Processo, vol. 92, p. 244, Out./1998 – DTR/1998/448.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 3^a. ed., 1983.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MOTA, Rafael Gonçalves Mota. *A Evolução do Conceito de*

- Estado de Exceção no Pensamento Constitucional Brasileiro*. 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- POPPER, Karl. *The conspiracy theory of society, Conspiracy Theories*, ed. Coady, 13–16; see also Popper, *The Open Society and Its Enemies*, 5th edn (London: Routledge & K. Paul, 1966), vol. 2.
- Projeto de Lei nº 23, de 2020. Iniciativa: Presidência da República. Autoria: Câmara dos Deputados. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140490>
- RE 1247930 AgR, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 13/03/2020, pub. DJe-069 de 24/03/2020.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentários aos artigos 136 a 141. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SHAFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.