



---

## PROJETO DE TRABALHO

---

### ENVOLVIDOS

**Grupo de Pesquisa:** “Critérios razoáveis para a utilização de teorias da justiça e da argumentação pelo STF”

*Pesquisador e Coordenador: Roosevelt Arraes*

**Grupo de Pesquisa:** “Hermenêutica Constitucional, Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade”

*Pesquisador e Coordenador: Luiz Gustavo de Andrade*

### Pesquisadores:

*Bruna Maria Domingues Braga*

*Heloísa Carla de Ornelas*

*Juliana de Abreu Casemiro*

*Laura Luiza Lopes Mazzini*

*Leandro da Luz Neto*

*Mariana Tomé Pedroso*

*Nicolly Schuster Castilho*

*Rafael Schvambach Palomanes*



## OBJETIVO

O Instituto Mais Cidadania, em razão de convênio com o Sindicato dos Médicos no Estado do Paraná, e tendo por base seus fins institucionais, promoveu a organização e reunião de grupos de pesquisa das áreas do Direito, Filosofia do Direito e Teorias da Justiça, todos do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), com o propósito de reunir as pesquisas existentes e, a partir delas, promover a discussão e elaboração de estudo que sintetizasse as conclusões extraídas em decorrência dos debates permitidos pela ADPF 822 e ADI 6788 (STF).

Considerando o objetivo comum dos grupos de pesquisa, qual seja, estabelecer uma relação entre relação entre Justiça, Constituição e Democracia, o parecer anexo, fruto das conclusões extraídas do presente Projeto, decorrem de ponderações inclusive não objeto, no todo, da pretensão colocada em juízo na referida ADPF e ADI, tais como a possibilidade de uma interpretação conforme a dispositivos não mencionados no pedido. Para além da análise jurídica, o *amicus curiae* pretendeu, por meio da apresentação do parecer a seguir, trazer a esta Corte informações que possam contribuir para o julgamento da demanda, procurando ponderar a questão sob diversos pontos de vista.

## RESULTADO

Como resultado do presente projeto, fora elaborado o parecer que segue em anexo (Resultados e Conclusões), contendo as considerações e conclusões acerca da questão levada a julgamento junto ao STF.

Curitiba, 8 de junho de 2021.

### Instituto Mais Cidadania

Roosevelt Arraes – Diretor Presidente  
Luiz Gustavo de Andrade – Diretor Jurídico

---

## RESULTADOS PRELIMINARES

---

### EMENTA:

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE CONJUNTA DE ADI E ADPF. DECRETOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS RESTRITIVOS DE DIREITOS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL ORGÂNICA. AUTONOMIA DE ESTADOS E MUNICÍPIOS. REGULAR EXERCÍCIO DO PODER REGULAMENTAR. INEXISTÊNCIA DE CENÁRIO TÍPICO DE ESTADO DE EXCEÇÃO. ANÁLISE DE SITUAÇÕES DE NORMALIDADE, TENSÃO E CRISE. POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO

1.- Jurisprudência do STF autorizadora da aplicação do princípio da fungibilidade entre a ADI e a ADPF, afim de viabilizar a discussão constitucional, notadamente quando presentes os demais requisitos de cabimento da ação. Ausência de óbice intransponível ao conhecimento das ações de controle concentrado.

2.- Verificação da constitucionalidade formal de decretos regulamentadores estaduais e municipais: primeiro passo consistente na análise da competência constitucional legislativa; segundo passo consistente na verificação da extrapolação dos limites decorrentes do caráter secundário da norma.

3.- Existência de legislação acerca do direito à saúde e defesa civil, passível de regulamentação normativa infralegal. Legislação autorizadora de medidas restritivas de direitos, tais como limitação de circulação e acesso de pessoas em áreas e regiões de contaminação. Decretos que não extrapolaram o poder regulamentar.



4.- Avaliação do grau de instabilidade decorrente da pandemia que não autoriza a conclusão da existência de situação caótica típica do estado de exceção.

5.- Análise das situações de normalidade, tensão e crise. Situação caracterizada como intermediária, em que o Estado deve impor restrições a alguns direitos básicos para preservar outros de maior importância. Superada a tese de que um indivíduo, a pretexto de defender suas liberdades e garantias fundamentais, pode preservar o direito de expor terceiros a um risco desnecessário de vida.

6.- Discussão posta nas ações constitucionais que não depende, apenas, de uma análise *in abstracto* da Constituição. Situação de tensão que admite, nos locais e pelo tempo necessários para assegurar a vida e a saúde das pessoas, algumas restrições temporárias e pontuais de direitos, a serem definidas de forma regionalizada. Aproximação entre os controles difuso e concentrado que autoriza pronunciamento do STF pela via adotada.

7.- Possibilidades de solução a partir de 3 cenários: a) a adoção de uma posição inédita com intenso protagonismo da Corte, que atrairá ônus políticos e sociais para si; b) a autocontenção, que enseja a rejeição da ação por almejar providência que macula a cláusula da separação de poderes e o pacto federativo; c) a assunção de uma postura moderadora, dialógica e conciliadora das instituições, a qual também pode ser adotada mediante fixação de prazos para formulação de planos de ações e verificação da plausibilidade científica das ações e omissões adotadas pelos entes federados no combate à pandemia, solução esta última que se entende ser a mais adequada.



## 1. RELATÓRIO

## 2. PRELIMINARES. CABIMENTO DAS AÇÕES.

### 2.1. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.

A ação direta de inconstitucionalidade é um processo objetivo: visa a defender a Constituição. Ela não cumpre a finalidade de analisar relações jurídicas concretas, mas o conflito abstrato entre a lei ou ato normativo e a Constituição Federal. O processo objetivo destina-se a uma verificação de (in)compatibilidade entre a lei ou ato normativo e Constituição<sup>1</sup>.

Uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) deve se insurgir contra ato normativo que ofenda direta e imediatamente à Carta da República, ou seja, ato normativo primário. Nos casos de ato normativo secundário o parâmetro de validade não é a Constituição, mas, a norma infraconstitucional. Contra leis e atos normativos municipais, tampouco é cabível a referida ação, consoante dispõe o art. 102, I, a da Carta Constitucional.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

A ofensa indireta por atos normativos secundários ocorre quando existe uma norma infraconstitucional entre a Constituição e o ato que a violou, como é o caso de um decreto, decorrente de uma lei que macula a Carta da República. Caso a lei seja constitucional, mas o decreto não, a violação se dará em relação à lei infraconstitucional. Logo, incabível a ADI.

---

<sup>1</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckimin. **O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos**. São Paulo, 2005. p. 85.



De igual forma, não cabível a ADI contra ato normativo municipal, conforme firme entendimento do STF<sup>2</sup>:

RECLAMAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. LEI MUNICIPAL. Inconstitucionalidade por ofensa a Constituição Federal. Arguição "in abstracto", por meio de ação direta, perante Tribunal de Justiça. O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal que tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102. O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido "incidenter tantum", por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto. Hipótese excepcional de controle concentrado de lei municipal. Alegação de ofensa a norma constitucional estadual que reproduz dispositivo constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Competência do Tribunal de Justiça estadual, com possibilidade de recurso extraordinário para o STF. Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado, exorbitante de sua competência e ofensiva a jurisdição desta Corte, como guardiã primacial da Constituição Federal. Art. 102 "caput", I, e, da CF. (STF - Rcl: 337 DF, Relator: Min. PAULO BROSSARD, Data de Julgamento: 18/08/1994, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 19-12-1994 PP-35178 EMENT VOL-01772-01 PP-00050).

A ADI n.º 6788 volta-se contra decretos municipais e estaduais. Os decretos citados não são atos normativos primários, apenas regulamentando a Lei Federal n.º 13.979/2020. Logo, seguindo as premissas anteriormente postas, a ADI n.º 6788 não deve ser conhecida.

De toda forma, passa-se a analisar a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade ao caso concreto. Tal princípio, segundo Dierle Nunes enseja “a possibilidade de aceitação de um recurso interposto por outro, na hipótese de existir dúvida objetiva sobre a modalidade de recurso adequada”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 337/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Paulo Brossard. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 de fevereiro 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur225391/false>>. Acesso em: 27 abr. 2021

<sup>3</sup> NUNES, Dierle. Novo código de processo civil viabiliza hipóteses de fungibilidade recursal. **Conjur**, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/dierle-nunes-cpc-viabiliza-hipoteses-fungibilidade-recursal> >. Acesso em: 26 abr. 2021.



Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>4</sup>:

A legitimação do princípio da fungibilidade reside, precisamente, no aproveitamento do ato processual praticado, ainda que equivocadamente e fora dos critérios legais, em situações em que seria excessivo exigir o acerto em sua forma específica. A fungibilidade não se destina a legitimar o equívoco crasso, ou para cancelar o profissional inábil; serve, isto sim, para salvar o ato que, diante das circunstâncias do caso concreto, decorreu de dúvida objetiva.

Portanto, é preciso que haja dúvida fundada e objetiva, capaz de autorizar a interpretação inadequada do sistema processual e o seu uso equivocado. A dúvida deve ser objetiva e não subjetiva. Deseja-se dizer, com isto, que a dúvida não pode ter origem na insegurança pessoal do profissional que deve interpor o recurso, ou mesmo sua falta de preparo intelectual, mas no próprio sistema recursal. [...].

[...] Outro dos pressupostos para a utilização do princípio da fungibilidade é a ausência de erro grosseiro na interposição do recurso. Não se pode aplicar o princípio em exame quando o recurso interposto evidentemente não tiver cabimento. Assim, embora em certas circunstâncias seja possível admitir a dúvida objetiva entre algumas espécies recursais (como o agravo e a apelação), não se pode admitir a incidência da fungibilidade, se o interessado se vale de recurso completamente incabível na espécie, como seria o caso de algum recurso constitucional. Como já dito, o princípio da fungibilidade não se presta a legitimar a atividade do advogado mal-formado, incapaz de atuar com os mecanismos processuais adequados. Serve para tornar o sistema operacional, mediante a admissão do recurso inadequado, desde que a falta seja fundada em dúvida objetiva e não tenha origem em erro grosseiro.

A despeito da ponderação anteriormente realizada, não houve erro grosseiro na propositura da ADI n.º 6788, porque o legitimado ao seu ajuizamento já havia protocolara uma ADPF, que foi indeferida pelo Ministro relator por entender que o parâmetro usado não seria um preceito fundamental.

Nesse passo, é de se destacar que os demais requisitos exigidos para a propositura da ação que se entender cabível (ADI ou ADPF) estão satisfeitos. São eles: legitimidade ativa, objeto, fundamentação, pedido e a relevância da matéria.

O Excelso Tribunal já aplicou o princípio da fungibilidade em outros casos similares, a exemplo da: ADPF-QO 72, da relatoria da Min. Ellen Gracie; ADPF 178 da relatoria do Min. Gilmar Mendes. Nesses dois casos propôs-se a ADPF irregularmente, mas ambas foram admitidas pela Corte como ADIs.

Sobre o tema, leia-se relevante decisão do Min. Cezar Peluso<sup>5</sup>:

---

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 512-513.



Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela

Em suma: o objeto da ação não é ato normativo primário. Entre a Constituição e os atos questionados interpõe-se a Lei nº 13.979/2020, lei infraconstitucional, que seria passível de controle direto de constitucionalidade via ADI. Os decretos regulamentares municipais e estaduais questionados não poderiam sofrer controle de constitucionalidade via ADI por se tratar de atos normativos secundários. Todavia, esta Colenda Corte vem admitindo a aplicação do princípio da fungibilidade entre a ADI e a ADPF, afim de viabilizar a discussão constitucional, notadamente porque os demais requisitos de cabimento da ação se fazem presentes. Logo, não há óbice intransponível ao conhecimento da ação.

## 2.2. CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

Dispõe o § 1º, do art. 102, da CF/88:

Art. 102. (...)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi concebida pela Lei nº 9.882/99, tendo como objetivo, segundo o art. 1º desta lei, “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.163/SP** – São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 4 abr. 2021.



Compreendem-se como preceitos fundamentais, os princípios e garantias fundamentais protegidos pela Carta Magna.

Verifica-se que o amplo espaço conferido ao arguente para sustentar determinada lesão não o autoriza o indiscriminado desse instrumento jurídico. De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, a demanda deve conter um objeto determinado, cujo conteúdo concretamente implique em descumprimento de algum preceito fundamental.

Cabe destacar que a ADPF somente pode ser manejada “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, p. único, da Lei nº 9882/99).

A admissão desse instrumento de controle objetivo de constitucionalidade depende da inexistência de outros meios processuais aptos e eficazes para evitar que o ato do Poder Público produza efeitos lesivos ao preceito fundamental suscitado, conforme dispõe o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99.

A Suprema Corte entende que o referido princípio exige, necessariamente, a inexistência de outro meio capaz de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata no caso concreto, a exemplo do que se decidiu na ADPF 99, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, e, na ADFP 186, também de relatoria do referido Ministro, na qual assentou-se o seguinte entendimento:

“(…) o entendimento desta Corte é o de que, para aferir-se a subsidiariedade, é preciso ter em conta a inexistência ou não de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso concreto sob exame” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJE de 20/10/2014).

No mesmo sentido, tem-se a ADPF 33-MC, da relatoria do Min. Gilmar Mendes:

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de



ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade – **isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata** -, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...)

É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata.’ (sem grifos no original).

Bem examinados aos autos, entendo ser possível, no caso concreto, ao menos em tese, a obtenção do provimento pretendido de forma ampla, geral e imediata, pela utilização de outras medidas processuais. Essa circunstância, por si só, é suficiente para afastar a via utilizada (...)” (decisão monocrática, DJ 22.3.2007).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental configura instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas, nos termos do art. 102, § 1º, da CF/88, combinado com o disposto na Lei 9.882/99, que não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco enveredar por caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais que objetiva combater atos considerados ilegais ou abusivos. Noutros termos, a ADPF não é um sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio, a ser manejada diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário.

No presente caso, os preceitos fundamentais supostamente malferidos referem-se ao: a) **direito social à saúde** (art. art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198 da CF/88); e, b) ao **direito fundamental à vida** (art. 5º, *caput*; art. 227 e art. 230 da CF/88), em razão da omissão da União, Estados/Distrito Federal na implementação de políticas públicas essenciais e eficazes para o controle da pandemia do COVID-19 (SARS-CoV-2).

É sabido que o Brasil passa por uma grave crise sanitária provocada pela pandemia do COVID-19, sendo seus efeitos e consequências sentidos por todas as pessoas. Trata-se de questão de ordem pública que envolve o interesse coletivo. Na ADPF assevera-se que o Poder Executivo pouco fez para minimizar os efeitos trágicos da pandemia, o que desrespeitaria os preceitos fundamentais anteriormente elencados.

Quanto a esse ponto, a Advocacia-Geral da União, ao contestar a ação, sustenta o descabimento da ADPF pela seguinte razão:



os arguentes não se desincumbiram, adequadamente, do ônus de indicar os atos do Poder Público que, a seu ver, violariam os preceitos fundamentais mencionados na petição inicial, deixando de observar o disposto nos artigos 1º, caput; e 3º, inciso II, da Lei nº 9.882/1999.

Contra esse argumento, o STF firmou entendimento no sentido de que caracteriza inépcia da inicial “a mera afirmação genérica de hipóteses de atos (...) sem os determinar de forma precisa”, o que implicaria em ofensa ao “princípio da segurança jurídica, norteador de todo o sistema constitucional moderno” (ADPF 55, Min. Carlos Britto). Ademais, conforme tratado anteriormente, a demanda deve conter um objeto determinado, cujo conteúdo concretamente implique em descumprimento de algum preceito fundamental.

Diferentemente do que alega a AGU, os arguentes demonstraram a suposta violação aos preceitos fundamentais relacionados ao direito social à saúde e ao direito à vida através de levantamentos estatísticos e estudos técnicos sobre o tema, demonstrando o agravamento da pandemia ante a falta de medidas efetivas por parte do Poder Público.

Logo, diferentemente do que foi alegado pela AGU, a exordial é apta, já que da descrição dos atos e fundamentos trazidos, decorre logicamente o pedido, não havendo obstáculos ao devido exercício do contraditório.

Diante das características apontadas, conclui-se pela devida observância do princípio da subsidiariedade, de modo que a ADPF constitui instrumento adequado para resolver a questão e conferir segurança jurídica a todos que estão submetidos à aplicação normativa.

### **3. FUNDAMENTAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE FORMAL**

Defender a Constituição Brasileira significa, primordialmente, proteger o Estado Democrático de Direito, bem como os direitos e deveres de cuidado dele decorrentes. Esse compromisso constitucional basilar deve ser honrado por todos os indivíduos e, notadamente, pelos entes públicos de todas as esferas federativas.

Não se pode descurar, no entanto, que o Estado brasileiro se organiza de forma federativa, pois se constitui mediante a coexistência de mais de um centro de poder detentor de autonomia política, administrativa e legislativa. O pressuposto do



federalismo é a repartição de responsabilidades governamentais. O desafio constitucional desse modelo é assegurar a integridade do Estado nacional frente às inúmeras disputas e desigualdades regionais.

### 3.1. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL MATERIAL PARA ADOÇÃO DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

José Afonso da Silva afirma que a Constituição de 1988 buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que almeja promover o equilíbrio das relações entre o poder central federal e os poderes estaduais e municipais.

As medidas restritivas impostas nos atos normativos questionados na ADI (a exemplo do *lockdown*) constituem-se em providências que exigem o compromisso da população e dos Entes públicos no sentido de mitigar os efeitos deletérios à saúde e à vida, decorrentes da pandemia.

O desenvolvimento de planos de ação e de estratégias para lidar com a crise sanitária constituem-se em um dever comum de todos os entes federados, como preceitua o art. 3º da CF/88, cabendo à União estabelecer as regras gerais de ação e aos Estados e Municípios adequá-las às suas necessidades específicas.

A Lei 13.979/2021 foi construída com base nas necessidades imediatas apresentadas pela contaminação do COVID-19 no ano de 2020. Tal lei, após aprovada, permitiu que a máquina pública pudesse elaborar estratégias sanitárias adequadas à situação vivida aquele tempo.

Referida lei, por si só, já autorizava a adoção de algumas medidas de proteção à saúde coletiva que exigiam restrição de alguns direitos individuais:

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.
- § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.
- § 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:
- I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;
  - II - o direito de receberem tratamento gratuito;
  - III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.
- § 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo.
- § 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei.
- § 5º Ato do Ministro de Estado da Saúde:
- I - disporá sobre as condições e os prazos aplicáveis às medidas previstas nos incisos I e II do caput deste artigo; e
  - II - concederá a autorização a que se refere o inciso VIII do caput deste artigo.
- § 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde e da Justiça e Segurança Pública disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput deste artigo.
- § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:
- I - pelo Ministério da Saúde;
  - II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; ou
  - III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.

A partir da referida legislação, considerando o complexo sistema constitucional de distribuição de competências materiais e formais entre os entes da federação, iniciou-se uma controvérsia acerca dos papéis de cada ente federado na regulamentação infralegal da referida lei.



A questão foi, então, equacionada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 672, pela qual se estabeleceu a competência comum de todos os entes federados na promoção de medidas administrativas necessárias à contenção da pandemia. Nessa oportunidade, também afastou-se a possibilidade de o governo federal insurgir-se contra decisões dos entes federados que almejassem proteger as pessoas contra a propagação da COVID-19, de acordo com a realidade local e pautadas, as decisões, em dados científicos.

Diante disso, diversos entes federados assumiram o controle de suas ações, atendendo ao seu compromisso constitucional de proteger a vida e a saúde das pessoas.

A competência material comum dos entes da federação necessita ser analisada a partir da legitimidade legal para sua adoção, ou seja, na existências de embasamento na lei, verificando-se eventual extrapolação do poder regulamentar, argumento utilizado nas ações de controle analisados, a justificar o pedido de declaração de inconstitucionalidade. É o que se pretende no tópico a seguir.

### 3.2. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL FORMAL PARA EDIÇÃO DE DECRETOS

A competência constitucional formal, ou competência legislativa, consiste na competência para legislar sobre determinadas matérias, sendo classificada em competência privativa (art. 22), concorrente (art. 24), suplementar (art. 24 § 2º) e reservada (art. 25).

Ao criar leis, cada Ente executa seu plano de ação, aliada a necessidade e peculiaridade de sua região, sempre em atenção a quem, qual ente, tem a competência para instituir legislação sobre assuntos limitados na CF/88, considerando a possibilidade em regular determinada matéria, e devidamente alinhado aos preceitos principiológicos e normativos da Carta Magna.

Mister salientar que o processo legislativo abrange o rito para tramitação do projeto de lei, o *quórum* necessário para a aprovação da lei. Neste, ganha relevo a análise da iniciativa que consiste na legitimidade para apresentação de projeto de lei. Determinadas matérias somente admitem proposição mediante projeto de iniciado do Chefe do Poder Executivo. Nesses casos, se o projeto de lei começar



por iniciativa do Poder Legislativo, estar-se-á diante de vício de inconstitucionalidade formal por usurpação de iniciativa.

Outra situação inerente à constitucionalidade formal diz respeito à competência legislativa prevista na Constituição (constitucionalidade formal orgânica). As competências da União, por exemplo, estão preconizadas no art. 21, da CF/88; a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, no artigo 24; os Municípios suplementam a legislação federal e estadual, de acordo com o interesse local (art. 30, I e II, da CF).

No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Já restou, em julgados da Suprema Corte, estabelecido que os limites constitucionalmente estabelecidos para o poder constituinte estadual determinam que um núcleo central da Constituição Federal seja obrigatoriamente reproduzido na Constituição do Estado membro. Repisa-se o julgamento da Reclamação n.º 370-1/MT, em especial o trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Nessa linha constante de substituição do mecanismo clássico - que restringia os preceitos substanciais da ‘constituição total’ ao enunciado de princípios gerais limitativos da autonomia estadual -, pela técnica contemporânea - que, antecipadamente, subtrai, da esfera de auto-organização estadual, setores cada vez mais amplos de temas substancialmente locais, que o contribuinte federal direta e densamente regula - é que se situa a fonte da multiplicação, nos documentos constitucionais do Estado-membro, de preceitos de simples reprodução de formas federais de recepção compulsória pelas unidades federadas”.

A Constituição Federal de 1988 definiu no art. 3º a base do Estado Federativo Brasileiro, a partir de uma matriz cooperativa de repartição de competências, em que coexistem competências privativas, concorrentes e suplementares entre os entes federados, tanto nos aspectos legislativos, quanto nos aspectos administrativos e tributários.

Sobre o conceito de autonomia, a Ministra Carmem Lúcia ensina que o termo, em sua etimologia, significa "a faculdade conferida ou reconhecida a uma entidade de criar as suas próprias normas. Daí o entendimento mais comumente



aceito no Direito de constituir autonomia a capacidade política de uma entidade para governar-se a si mesma segundo leis próprias, criadas em esfera de competência definida por um poder soberano".

O Ministro Celso Mello, no julgamento da ADI 507-3/DF, esclareceu que no modelo federal de Estado existe um antagonismo entre a tendência à centralização e o movimento de descentralização e, em razão disso, o Estado federal não se apresenta uno e nem uniforme. Conforme o Ministro o "Estado Federal exprime, no plano da organização jurídica, a síntese que decorre de dois movimentos que se antagonizam: a tendência à unidade ou à centralização, que se rege pelo princípio unitário, e a tendência à pluralidade, ou à descentralização, que se funda no princípio federativo. Do maior ou menor equilíbrio entre esses dois princípios, resultará, em cada hipótese, um modelo diverso de Estado Federal, quer caracterizado por um grau de maior centralização, quer tipificado por um coeficiente de maior descentralização relativamente ao exercício do poder político".

Adstrito ao supra mencionado, vê-se a repartição das receitas tributárias nos art. 157 a 162, dando a característica de interesse dos Estados e Municípios regularem sobre o *lockdown*, face a participação nos proventos monetários intrínsecos a interrupção de circulação de pessoas e da produção de riqueza, tão enaltecida no art. 170 e seguintes.

Sendo essencial conferir aos Estados e Municípios a capacidade de formular e implementar políticas públicas, em equilíbrio entre autonomia política/administrativa e autonomia financeira, visando a concretizar a ideia de pacto federativo entabulado no art. 3º da CF/88.

No caso em análise, está-se diante de atos normativos infralegais, em sua maioria, que em tese se prestam a regulamentar atos normativos primários, quais sejam, as leis.

Portanto, o primeiro passo necessário a se verificar a legitimidade de Estados e Municípios na regulamentação da lei consiste em se identificar a matéria objeto de regulamentação, a fim de comprovar estar-se na esfera da competência normativa estadual e municipal (concorrente e suplementar); o segundo passo, consiste na análise da obediência do poder regulamentar, a fim de que se possa concluir se houve ou não extrapolação dos limites decorrentes do caráter secundário da norma.



No caso, está-se diante de duas competências constitucionais formais: a de legislar sobre defesa civil e direito à saúde. Em relação à primeira, prevê a Constituição:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

Em relação à segunda, a Constituição estabelece:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:  
(...)  
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Em relação ao direito à defesa civil, este constitui-se como “conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e reconstrutivas destinadas a evitar ou minimizar danos decorrentes de **eventos naturais**”<sup>6</sup>. Não é difícil compreender que a “pandemia provocada pelo Coronavírus (COVID-19) é um desastre biológico transnacional”<sup>7</sup>. Neste sentido, ainda:

Os números da Covid-19 demonstram, sem necessidade de maior aprofundamento, que esta se enquadra como desastre, também a partir da análise de sua intensidade, superando não apenas o número de óbitos (a), mas o número de atingidos (b), como também, a declaração de Estado de Emergência (d). Não bastassem todos estes “atributos”, a presente pandemia tem um gravíssimo efeito colateral econômico<sup>8</sup>

Sobre defesa civil, a competência legislativa privativa pertence à União (art. 22, XXVIII). Assim, em âmbito federal, as questões gerais envolvendo decretação de estado de emergência e estado de calamidade pública são disciplinadas pela Lei 12.608/2012 e regulamentadas, em âmbito infralegal, dentre outros, pela Instrução Normativa 02/2016 do MIN. A legislação federal é bastante centralizadora no que

<sup>6</sup> Coordenadoria Estadual de Defesa Civil. Casa Militar da Governadoria. Estado do Paraná. Material produzido para o Curso de Formação de Brigadistas Escolares.

<sup>7</sup> ENGELKE, Rozi. **A pandemia de 2020 como um desastre transnacional e um novo direito do trabalho no Brasil para o momento posterior**. Revista Eletrônica do TRT-4ª Região, ano XV, n. 218, p. 315.

<sup>8</sup> CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020b *apud* ENGELKE, Op. Cit. p. 315.



tange a essa matéria. Em que pese permita que sejam editados decretos pelos governos estaduais e municipais, de emergência e calamidade, sujeita tais decretos a uma espécie de validação pelo governo federal, o que ocorre por meio de um sistema integrado. Apesar da atuação da defesa civil ser predominantemente preventiva, ela possui uma atuação protetiva, posterior ao desastre. Ocorre que quando se pensa em defesa civil, imagina-se uma atuação em desastres físicos, que geram danos materiais. No caso, necessário transportar o poder de polícia que a defesa civil exerce para a realidade atual de pandemia, enquanto desastre biológico. E, neste contexto, o poder de polícia possibilita a adoção de medidas como “*evacuação da população das áreas de alto risco*” (conforme inciso VII, do art. 8º, da Lei 12.608), o que contemplaria a possibilidade não apenas de imposição da obrigação de sair de determinado local, como também a obrigação de não acessar determinada área, o que legitimaria, por exemplo, as chamadas barreiras sanitárias, caso, aliás, objeto de decisão liminar confirmada pelo TRF-4ª Região, ao manter a restrição de acesso de pessoas ao litoral do Paraná, decisão imposta por ato dos gestores dos Municípios Litorâneos que, ao regulamentarem a questão, restringiram a circulação às praias paranaenses, aos seus próprios moradores e pessoas a trabalho (TRF-4ª Região, Agravo de Instrumento 5011260-05.2021.4.04.0000/PR).

Constata-se, assim, que não há nos atos normativos infralegais, adotados por gestores locais, extrapolação do poder regulamentar<sup>9</sup>, já que ao fazê-lo, Prefeitos e Governadores possuem autorização legal decorrente da legislação de defesa civil atualmente existente, legislação esta, diga-se, emanada do Congresso Nacional e, portanto, em devida atenção ao ente competente para legislar sobre a matéria.

Poder-se-ia questionar, por outro lado, a competência de gestores estaduais e municipais para regulamentar a lei em questão, disciplinando medidas, por exemplo, como “barreiras sanitárias”, em se tratando de competência legislativa federal.

---

<sup>9</sup> É forte a doutrina, e mesmo a jurisprudência, no sentido de não admitir que a Administração possa sem lei impor obrigações ou restringir direitos (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69)



Mesmo nesta perspectiva, não haveria inconstitucionalidade formal orgânica, pois, já existindo legislação federal e não havendo ofensa ao princípio da legalidade, por ausência de extrapolação do poder normativo regulamentar, os atos normativos secundários editados por Governadores e Prefeitos estariam inseridos no âmbito da execução local da lei.

Ribeiro explica que “Diferentemente do que ocorre em outros países, onde a Constituição prevê expressamente as matérias reservadas a lei e ao regulamento”, no Brasil, “não existe matéria reservada para o exercício do poder regulamentar, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 não previu matéria tipicamente regulamentar”<sup>10</sup>.

Depreende-se da análise do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, que cabe ao Presidente da República expedir regulamentos para a fiel execução das leis. Interpretando-se tal previsão constitucional, em uma hermenêutica decorrente do princípio da simetria, a conclusão atingida é a de leis cuja execução incumba ao Chefe do Executivo podem ser regulamentadas. Em sendo assim, a regulamentação compete à autoridade local que fará a aplicação da lei, segundo os interesses locais. Não poderia, de fato, imaginar-se que apenas o Presidente da República poderia regulamentar de que forma se executaria determinada lei federal no âmbito de dado município, já que o interesse local é delineado pelo gestor local. Trata-se de conclusão que encontra respaldo em uma interpretação sistemática da Constituição, em especial a partir de previsões como a do art. 25, par. 1º e a do art. 30, inciso I, da Constituição, segundo os quais, compete aos Estados “as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” e aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”.

Necessária, ainda, a análise dos decretos à luz da disciplina constitucional formal do direito à saúde.

A proteção à saúde constitui-se como competência material comum de todos os entes da federação (art. 23, II, CF), que podem adotar medidas de defesa da saúde de suas populações. Quanto à competência legislativa, esta é concorrente

---

<sup>10</sup> RIBEIRO, Livia Marcela Benício. **O poder regulamentar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1064, 31 maio 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8431>. Acesso em: 8 jun. 2021.



entre os entes da federação (art. 24, XII), competindo, assim, à União estabelecer as normas gerais e os Estados as questões particularizantes (art. 24, par. 1º, da CF). Os Municípios, por sua vez, complementam as legislações existentes, adaptando-as ao interesse local (art. 30, I e II).

No direito à saúde, a questão das epidemias insere-se no âmbito da disciplina da vigilância epidemiológica, havendo legislação federal acerca do tema, qual seja, a Lei 6.259/75. Tal diploma estabelece normas gerais sobre controle de doenças e, também de forma centralizadora, atribui ao Ministério da Saúde a coordenação das ações necessárias, delegando determinadas tarefas às secretarias de Estados e Municípios, no caso de controle de epidemias e na ocorrência de casos de agravo à saúde decorrentes de calamidades públicas.

Ainda acerca da referida lei, importante destacar a previsão contida nos artigos 12 e 13:

Art 12. Em decorrência dos resultados, parciais ou finais, das investigações, dos inquéritos ou levantamentos epidemiológicos de que tratam o artigo 11 e seu parágrafo único, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as **medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente.**

Art 13. As pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no artigo 12, **ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária.**

Observa-se, portanto, que há ato normativo primário (lei) disciplinado o poder de polícia da autoridade administrativa sanitária, poder este que abrange a possibilidade de adoção de medidas de controle, a que o cidadão deve se sujeitar. Uma interpretação de tal previsão em conjunto com atual legislação referente à pandemia, deixa clara a possibilidade de, dentre estas medidas, estar a restrição à circulação de pessoas em determinados locais:

Lei 13.979

(...)

Art. 5º Toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de:

I - possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus;

II - **circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação** pelo coronavírus.



A conclusão que se extrai é a de que tanto sob a ótica do direito à saúde, quanto sob a ótica do direito à defesa civil, os decretos estaduais e municipais não estariam invadindo à esfera de atribuições constitucionais do legislador, já que não estariam por inovar no mundo jurídico, mas sim por regulamentar a legislação hoje existente que, de forma geral, autoriza a adoção pela autoridade competente (Chefe do Executivo) de medidas como *lockdown* e barreiras sanitárias, restringindo a circulação de pessoas em determinados locais, o que poderia incluir o acesso a áreas de concentração de pessoas com risco de contaminação (como o comércio). Evidentemente, tais medidas precisam ser “tecnicamente sustentáveis”, como já ressaltou o STF (ADPF 672).

Recorda-se que STF, no julgamento da ADI 6343, já na ementa do acórdão, consigna que **“Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais** que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social...”. Na fundamentação, o STF deixa claro que “não há evidências de que a Anvisa, embora competente para o estabelecimento de barreiras sanitárias, **tenha capacidade para analisar as situações locais de todo o país**”.

Tais considerações, à luz do que antes se expôs da atuação legislativa de Estados e Municípios, em especial a partir de previsões como a do art. 25, par. 1º e a do art. 30, inciso I, da Constituição (segundo os quais, compete aos Estados “as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” e aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”) parecer apontar para a competência normativa infralegal de tais entes federados para regulamentar a legislação existente, sem que se possa falar em inconstitucionalidade formal orgânica ou ofensa ao princípio da legalidade.



#### 4. FUNDAMENTAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

##### 4.1. (IM)POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL PRETENDIDA PELA ADPF N.º 822

Na ADPF n.º 822 pretende-se, em última análise, obrigar que o Poder Executivo Federal seja coibido a realizar uma séria de prestações positivas, a fim de combater o avanço da pandemia e seus efeitos negativos.

A questão poder ser avaliada sob alguns prismas, consoante será evidenciado a seguir.

##### 4.1.1. Da Intervenção Jurisdicional no Mérito de Políticas Públicas.

As Políticas Públicas são o instrumento que o Estado se utiliza para efetivar o interesse público primário. Neste sentido, pode-se afirmar que os Municípios e os Estados estão mais próximos de seus administrados, o que possibilita melhor identificação das necessidades locais.

Não obstante se tratar de competência comum a todos os Entes da Federação, estudos recentes demonstram que a descentralização das Políticas Públicas é uma forma de torná-las mais eficientes e eficazes, de forma que se mostra mais significativo que o ente mais próximo ao cidadão promova as Políticas Públicas com vistas à efetivação do direito constitucional de preservação da vida e acesso universal à saúde: “assim, caberia ao Governo Federal estabelecer princípios e diretrizes que devem ser seguidos por todos os municípios, sendo de cada cidade a responsabilidade de operacionalizá-los, considerando suas peculiaridades”<sup>11</sup>.

Neste diapasão, de nada adiantaria a previsão legislativa da implantação de Políticas Públicas sem que houvesse instrumentos capazes de efetivá-las: “cabe ressaltar que as Políticas Públicas se materializam por intermédio da ação concreta

---

<sup>11</sup> BRENNER, Lopes. As Políticas Públicas. In: CALDAS, Ricardo Wahrendorff (coord.). **Políticas Públicas conceitos e práticas**. 7 ed. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. P. 5-27.



de sujeitos sociais e de atividades institucionais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados”<sup>12</sup>.

Com o aprofundamento e a expansão da democracia, atualmente é possível afirmar que o Estado é responsável por promover e garantir o bem-estar da sociedade.

O bem-estar da população só é alcançado por meio de atos de gerenciamento por parte do governo, que os realiza através da elaboração de Políticas Públicas. Em suma, “Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público”<sup>13</sup>. Assim, as Políticas Públicas são os meios pelos quais o governo efetiva direitos de cunho prestacionais pelo Estado, objetivos sociais em sentido amplo, de forma que se reconhece “nos direitos sociais e nos demais direitos fundamentais o objetivo final de algumas das Políticas Públicas executadas pelo Estado”<sup>14</sup>.

Para Maria Paula Dallari Bucci, no sistema constitucional brasileiro, as Políticas Públicas mais comumente são expressas por meio de edição de leis que se consubstanciam em diretrizes ou programas de ação do governo, cujo derradeiro é a realização de objetivos a serem atingidos num certo espaço de tempo.<sup>15</sup> Dentre os autores adeptos desta mesma acepção ampla de definição de Políticas Públicas, podem-se destacar Fábio Konder Comparato e Eros Roberto Grau que também se alinham à definição empregada por Thomas Dye.<sup>16</sup>

Bucci destaca que para o sucesso da Política Pública, qualquer que seja, está intimamente ligado à qualidade do processo administrativo que precede sua realização e implementação.<sup>17</sup> De forma que todo o serviço público deve estar

<sup>12</sup> MENDES, Ana Maria Coelho Pereira. Souza-Lima. José Edimilson de. HAMMERSCHMIDT, Karina Silveira de Almeida. LOURENÇO, Marcus Santos. GUARAGNI, Marcus Vinicius. Políticas Públicas, desenvolvimento e as transformações do Estado brasileiro. In: SILVA, Chistian Luiz da; SOUZA-LIMA, José Edimilson de (org.). **Políticas Públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 4-34.

<sup>13</sup> BRENNER, Lopes. *Op. cit.*

<sup>14</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 48.

<sup>15</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar.1997.

<sup>16</sup> FONTE, *op. cit.* P. 49.

<sup>17</sup> BUCCI, *op. Cit.*



alinhado às políticas adotadas, deve conhecer a localidade afetada e as necessidades a serem supridas, com vistas a promover o desenvolvimento e efetivar o interesse público primário.

Ana Luiza Berg Barcellos afirma que as Políticas Públicas se apresentam como mecanismo imprescindível para a realização dos direitos assegurados na Constituição Federal, os quais dependem essencialmente de ações por parte do Estado para se consumarem. Neste sentido, direitos fundamentais como saúde, educação e segurança, dependem de ações positivas do Estado, de forma que a *“realização de Políticas Públicas é instrumento para os cidadãos acessarem as garantias constitucionais, sendo as medidas geradas as garantias constitucionais, sendo as medidas geradas e implementadas opções da Administração Pública”*<sup>18</sup>.

Portanto, as Políticas Públicas são os instrumentos pelos quais o governo elabora diretrizes de ações objetivando a efetivação de direitos sociais, por meio de uma análise prévia de necessidades e estabelecimento de objetivos considerando a realidade de cada localidade a ser afetada, daí pode-se extrair, a posição de certa vantagem dos Municípios e dos Estados, que estão mais próximos dos administrados, para identificar e estabelecer quais as Políticas Públicas a serem implementadas, a fim de promover de forma mais efetiva o enfrentamento à Pandemia.

O Poder Judiciário exerce um papel de avaliação das Políticas Públicas, muito embora numa primeira leitura não haja na Constituição, qualquer papel de maior relevância para o Poder Judiciário em matérias de avaliação de Políticas Públicas, salvo em casos de reconhecimento de inconstitucionalidade de atos da Administração Pública. Há de se observar um crescente movimento no sentido de judicialização de questões atinentes à Políticas Públicas, com respaldo em decisões dos Superiores Tribunais. Assim, ainda que não caiba ao *“magistrado efetuar qualquer ingerência sobre as decisões dos demais poderes estatais, os quais se inserem nas rubricas discricionariedade administrativa ou legislativa”*<sup>19</sup>, hodiernamente tem-se observado um ativismo judicial neste sentido, pelo que,

---

<sup>18</sup> BARCELLOS, Ana Luiz Berg. Direitos sociais e Políticas Públicas: algumas aproximações. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 109-138, ago. 2006.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 62-73.



admite-se a atuação pelo Poder Judiciário como quarto mecanismo de avaliação a ser empregado no controle das Políticas Públicas.

Daniel Wunder Hachem aponta a existência de alguns atos insuscetíveis de controle judicial, por se tratar de interesses jurídicos não protegidos<sup>20</sup>, dentre estes atos, podem-se considerar os atos discricionários decorrentes da transferência de poder para a autoridade administrativa efetivar as Políticas Públicas constantes em seus planos de ação.

Em determinadas situações, a Administração Pública recebe do ordenamento jurídico prerrogativas que lhe autorizam a impor unilateralmente condutas e modificar relações jurídicas já estabelecidas, sem a necessidade de uma concordância do particular afetado. Muitas vezes, tais poderes que lhe são outorgados (sempre com a finalidade de cumprir um dever jurídico) acabam por afastar interesses juridicamente protegidos dos particulares no caso concreto, quando isso for necessário à satisfação dos interesses da coletividade, em si mesma considerada.<sup>21</sup>

Quando da análise da implementação de medidas restritivas de direito para o combate à pandemia, estamos diante da necessidade de ponderação de princípios constitucionais. O direito individual de ir e vir, decorre do direito à liberdade de locomoção, de forma que a todos é assegurada a prerrogativa de ir, vir, ficar e permanecer. No entanto, de outra banda, pondera-se o direito ao acesso universal à saúde, que é um direito coletivo, oriundo do Princípio Constitucional do Direito à Vida.

O direito à saúde encontra-se arraigado no texto constitucional em diversos pontos, tendo uma Seção inteira destinada a tratar desta matéria. O artigo 6º da Carta Magna, prevê o direito à saúde como um Direito Social, os artigos 196 e seguintes, descrevem a saúde como um direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas promovendo o acesso da população de forma universal e igualitária à saúde.

---

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> FONTE, 2015, p. 62-73.



Com esta ponderação, as Políticas Públicas implementadas com vistas a efetivação de direito fundamental à saúde e à Vida, de caráter coletivo, devem ser observadas em detrimento de direito particular de liberdade de locomoção.

Diante disso, é certo afirmar que as Políticas Públicas devem ser implementadas de acordo com interesse público primário, por meio do qual se exprimem a vontade e as necessidades da coletividade.

Remetendo-se à análise da ADPF nº 672, com singular sapiência o Ministro relator trata da discricionariedade garantida a determinados atos da Administração Pública, ressaltando-se, no entanto, a possibilidade de exercício do controle jurisdicional de ações adotadas ou omissões que afrontem preceitos constitucionais<sup>22</sup>:

No exercício de suas atribuições, ao Presidente da República está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade, podendo, dentre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquelas que entender como as melhores para o interesse público no âmbito da saúde, da assistência e da econômica. A AGU, inclusive, trouxe aos autos uma série de medidas administrativas implementadas e planejadas – no campo social e econômico – e normativas (edição de medidas provisórias e decretos) pelo Presidente da República e pelos órgãos da administração pública federal no sentido de prevenir e combater a pandemia.

[...]

Ressalte-se, entretanto, **que o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, pois está vinculado ao império constitucional, exigindo a obediência das autoridades ao Direito, e, em especial, ao respeito e efetividade aos direitos fundamentais.**

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu **dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas**, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa Jurisprudencial**. Acórdão, 08 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 30 de abril de 2021.



de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias. (grifo nosso)

Neste diapasão, reconhece-se a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, sem, no entanto, admitir a intervenção do Poder Judiciário no mérito das decisões tomadas, limitando-se o controle tão-somente às questões atinentes à observância do ordenamento jurídico constitucional.

#### 4.1.2. O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Sob um outro prisma, também é possível fundamentar a intervenção do STF para se incursionar em temas, originalmente, de competência dos poderes majoritários.

O termo “estado de coisas inconstitucional” surgiu primeiramente na Colômbia, em sua corte constitucional. A concepção fora elaborada a partir do julgamento SU.559/97<sup>23</sup>, que discutia a efetividade dos direitos previdenciários de diversos professores. Neste caso, constatou-se que, no momento de sua aposentadoria, tal direito não era observado, deixando os professores sem qualquer resguardo previdenciária. Tal violação afetaria diretamente os direitos à vida, saúde, segurança social e ao trabalho.

A Corte colombiana entendeu que os direitos alhures citados estavam de fato sendo sistematicamente violados, de forma grave e generalizada, afetando grande número de pessoas, ante a reiterada omissão dos órgãos estatais. A corte colombiana se considerou competente para corrigir o estado das coisas que se considerou “abertamente inconstitucional”.

Posteriormente, a Corte Constitucional Colombiana, em seu julgamento T-153<sup>24</sup>, confirmou a prerrogativa do Poder Judiciário em estipular a implementação de novas políticas públicas com o intuito de superar o estado de

<sup>23</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional de Colômbia (Sala Plena). Situado Fiscal en Materia Educativa. SU. 559/97. Presidente Antonio Barrera Carbonell. 6 de nov. de 1997. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 28 de abr. de 2021.

<sup>24</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-153/98. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Munoz. 28 de abr. de 1998. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2021.



inconstitucionalidade vigente, protegendo-se os direitos fundamentais dos indivíduos<sup>25</sup>.

Tem-se, assim, o estado de coisas inconstitucional diante de um cenário de grande inobservância de direitos fundamentais, postergado por algum tempo e afetando inúmeras pessoas. De sua consequência, retira-se o fato de poder o judiciário atuar de forma ampla, não apenas declarando a inconstitucionalidade da situação, mas também, determinando a atuação das entidades responsáveis por meio das políticas públicas necessárias.

No âmbito brasileiro, verificou-se a utilização desse instituto no julgamento da ADPF 347<sup>26</sup>. A ação referia-se ao estado do sistema carcerário brasileiro. Discutia-se a existência de um estado de coisas inconstitucional em razão de diversas situações, tais quais: superlotação, insalubridade, temperaturas extremas, falta de água potável, inexistência de produtos de higiene básicos, insegurança resultando agressões e violências sexuais entre outras inúmeras violações a direitos fundamentais. A situação retratada decorre de anos de desrespeito aos direitos fundamentais básicos à existência de qualquer indivíduo.

Diante de tal cenário, o intuito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi de solicitar diversas medidas que viessem a possibilitar a maior diminuição possível das ilegalidades ocorridas. Destaca-se que as medidas requeridas se enquadravam completamente no ordenamento jurídico, não havendo pedidos excepcionais.

O plenário do Supremo Tribunal Federal observou que de fato o tema trazido à discussão tratava-se de assunto recorrente. Ademais, verificou-se que o sistema

---

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colom- Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017 111 biano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003. *Apud.* GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a.16, n. 49, p. 79-111, jan/jun. 2017. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017>>. Acesso em 28 de abr. de 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Partido Socialismo e Liberdade- PSOL e União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 28 de abr. de 2021.



carcerário não violava apenas a Constituição, mas também, a Lei de Execução Penal além de tratados internacionais, a exemplificar: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Na decisão proferida, o Ministro Marco Aurélio afirmou<sup>27</sup>:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. (...) A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes.

Mediante todo o mencionado, retira-se do julgado a ideia de que, devido à imensa violação à inúmeros direitos fundamentais, estaria o Poder Judiciário legitimado para intervir mais veementemente nos demais poderes, para, dessa forma, proporcionar a efetivação das políticas públicas necessárias.

Corroborando no mesmo sentido, têm-se a decisão previamente proferida no Recurso Extraordinário 592.591/RS<sup>28</sup>, cujo qual o Ministro Ricardo Lewandowski já havia estipulado o poder do judiciário em obrigar que o executivo realizasse obras necessárias nos presídios para manutenção de uma dignidade mínima de existência dos condenados.

Em síntese, a decisão proferida no mencionado julgado, houve a declaração de que o sistema carcerário brasileiro se encontrava em estado de coisas inconstitucional. Diante desse cenário, entre outras medidas, o STF possibilitou a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, atuando de forma mais firmemente nas políticas públicas.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. ADFP 347. Ministro relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 29 de abr. de 2021.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/ RS. Ministro relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em 20 de abr. de 2021.



A análise da ADPF 347 foi essencial para se compreender quais seriam os efeitos que se poderiam se esperar da declaração do estado de coisas inconstitucional no âmbito brasileiro.

Outrossim, observa-se como elementos necessários para que haja a declaração supracitada: a violação generalizada e massiva de direitos fundamentais, prejudicando um grande número de pessoas, a omissão consistente das autoridades competentes no sentido de procurar extinguir tais ilegalidades e a potencialidade de demasiado acúmulo de ações judiciais referentes a um mesmo tema.

Em relação ao tema no “*lockdown*” brasileiro discutido atualmente, é necessário, portanto, analisar se constam presentes os requisitos para a declaração do estado de coisas inconstitucional e, conseqüentemente, verificar quais seriam as medidas cabíveis ao judiciário com intuito de acelerar e instigar as políticas públicas necessárias.

Além disso, é conveniente que se compreenda a questão de modo ainda mais profundo. Com esse intuito, analisar-se-á o conceito de ativismo judicial estrutural dialógico, termo utilizado para designar a atitude judicial em situações de estado de coisas inconstitucionais.

Para Edenildo Souza Couto<sup>29</sup>:

Acrescenta-se, ao termo em estudo, a palavra “estrutural”, porquanto as ações do Judiciário, ao imiscuir-se das típicas funções dos outros Poderes, na defesa dos direitos fundamentais e outros valores aos quais se pretende defender, têm o escopo precípua de corrigir falhas na estrutura social, decorrentes da ineficiência das políticas públicas, até então aplicadas ou, até mesmo, por conta de sua inexistência.

A partir do conceito apresentado, repara-se que a atitude do judiciário na declaração de estado de coisas inconstitucional, se ativista, deverá ser dialógica, com o intuito de corrigir as falhas consistentes nas omissões e ineficácias das políticas públicas.

---

<sup>29</sup> COUTO, Edenildo Souza. O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico para efetividade dos Direitos Fundamentais no “Estado de Coisas Inconstitucional”. **Repositório Institucional Universidade Federal da Bahia**. 10 de set. de 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 29 de abr. de 2021. p. 82.



Apesar dos efeitos positivos da declaração do ECI, têm-se por Oona A. Hathaway<sup>30</sup>, que a consequência do ativismo judicial ocasionado é causador de efeitos imprevisíveis, motivo pelo qual a atitude do judiciário dever ser muito estudada antes de estabelecer as medidas necessárias para a resolução das ilegalidades enfrentadas.

Nesse sentido, Breno Baía Magalhães<sup>31</sup> exemplifica o fato de que após a decisão liminar da ADPF 347 o STF possibilitou que diversas audiências de custódias fossem realizadas em seu âmbito, não solucionando o aspecto de congestionamento judicial que se previa com a declaração de ECI.

No âmbito internacional, verificou-se a aplicação do estado de coisas inconstitucional também no Peru<sup>32</sup>. Observa-se, em tal país, a utilização dos requisitos já citados.

Em termos teóricos, para Blanca Rachel Cárdenas<sup>33</sup>, a declaração de ECI passa a se tornar uma técnica desenvolvida com o intuito de efetivar as decisões judiciais.

Já para Dirley da Cunha Júnior<sup>34</sup> o estado de coisas inconstitucional é um fenômeno social que força o judiciário a agir na construção de políticas públicas por meio do ativismo judicial estrutural dialógico.

<sup>30</sup> HATHAWAY, Oona A. Path dependence and the law: the course and pattern of legal change in a common law system. *Iowa Law Review*, v. 86, p. 601-611, 2001. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=239332](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=239332)>. Acesso em 20 de abr. de 2021.

<sup>31</sup> MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. Vol.15, no.2. São Paulo, 15 de jul. de 2019. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000200203#B23](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203#B23)>. Acesso em 20 de abr. de 2021. p. 17.

<sup>32</sup> PERU. Tribunal Constitucional de Peru (Sala Primeira). Sentencia 2579-2003-HD/TC. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso: 20 de abr. de 2021.

<sup>33</sup> CARDENAS, Blanca Rachel. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016. p.48. *Apud*. COUTO, Edenildo Souza. O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico para efetividade dos Direitos Fundamentais no “Estado de Coisas Inconstitucional”. **Repositório Institucional Universidade Federal da Bahia**. 10 de set. de 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 29 de abr. de 2021. p. 19-20.

<sup>34</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 591 *Apud*. COUTO, Edenildo Souza. O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico para efetividade dos Direitos Fundamentais no “Estado de Coisas Inconstitucional”. **Repositório Institucional Universidade Federal da Bahia**. 10 de set. de 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 29 de abr. de 2021. p. 20.



Destarte, chega-se ao ponto em que é necessário analisar quais medidas seriam mais adequadas frente à crise consolidada diante ao atual cenário da saúde brasileira.

São inegáveis os prejuízos causados pelo ano pandêmico a todos os brasileiros, podendo se cogitar da caracterização de um dos primeiros requisitos de aplicabilidade do ECI. Restaria ao Supremo a análise de possível agravamento pela inércia ou ineficácia das atitudes tomadas pelos entes competentes. E, caso o seja, verificar a possibilidade de atuação, de forma dialógica, acerca das políticas públicas viáveis a regularizar o direito fundamental à saúde, dentre outros.

4.1.3. O foro público adequado para a discussão sobre políticas públicas de alta complexidade.

Esposados os argumentos justificadores da atuação mais proeminente do STF no caso em tela, passa-se a apresentar os argumentos que justificam a autocontenção dessa Colenda Corte.

Assim, como não é razoável pretender que a União adote todas as medidas adequadas a conter a pandemia num país continental, devendo-se reconhecer a validade da atuação dos poderes locais que estão promovendo medidas de proteção da população, do mesmo modo, por uma questão de respeito ao pacto federativo, não caberia ao STF substituir o poder executivo federal para determinar que a União passe a adotar medidas contra a pandemia e seus efeitos econômicos negativos.

Ademais, a pretensão deduzida na ADPF n.º 822 traz uma possibilidade de solução para o problema que, a despeito das boas intenções, é unilateral. Ou seja, não foi submetida ao processo dialógico, que é inerente à atuação dos poderes majoritários. Logo, sem ser submetida ao crivo do debate público, no foro adequado, não é possível chegar a conclusão que sua pretensão é mais adequada ao interesse público.

É que a elaboração das Políticas Públicas conta com diversas fases, destas, destacam-se quatro (04), também denominadas Ciclo das Políticas Públicas.



A primeira fase consiste na formação da agenda, na qual se identificam os problemas que devem ser objetos de ações governamentais, e a partir daí se extraem prioridades pelas quais se direcionarão as Políticas Públicas a serem implementadas. Vale ressaltar que não há uma determinação prévia de questões que devem ser objeto destas ações, de forma que cabe aos agentes eleitos, sejam legisladores ou administradores, incluírem nas discussões públicas determinadas pautas que considerem relevantes para a coletividade. Imperioso destacar que a definição de prioridades por parte dos agentes eleitos não exclui a participação da sociedade civil, que pode ocorrer por meio organizações sociais como associações privadas, meios de comunicação em massa, sindicatos, grupos de *lobby*, ou até mesmo indivíduos autônomos que possuam grande capacidade de mobilização pública.<sup>35</sup>

Para a elaboração da agenda governamental, a administração pode se utilizar também de *feedbacks* das ações governamentais pretéritas, de forma que os resultados com programas anteriores, encerrados ou não, podem ser utilizados para identificação de falhas às medidas adotadas, problemas encontrados ou soluções empregadas.<sup>36</sup>

A segunda fase consiste na formulação de políticas e na tomada de decisão. Com a elaboração da agenda governamental, faz-se necessária a definição de linhas de ação que serão adotadas para solucionar os problemas identificados. Nesta fase, comumente alguns grupos considerarão determinadas formas de ação favorável a eles, enquanto outros considerarão prejudicial, dando início a um embate político.<sup>37</sup>

É neste momento que se definem quais os programas serão desenvolvidos e quais as metas almejadas, o que significa a rejeição de várias propostas de ação. Para facilitar a formulação das propostas, o responsável pela elaboração da Política Pública deve se reunir com os atores envolvidos onde a política será implementada, a fim de estudar e definir a melhor alternativa para a solução do problema identificado.

---

<sup>35</sup> FONTE, 2015, p. 59.

<sup>36</sup> BRENNER, 2008, p. 5-27

<sup>37</sup> *Idem*.



A análise das opiniões dos grupos deve ser realizada de forma objetiva, levando em conta a viabilidade técnica, viabilidade legal, financeira, política, bem como todos os aspectos atinentes à efetivação da ação desejada. É neste momento também em que se definem os recursos a serem utilizados e o prazo temporal da ação política. As decisões tomadas nesta etapa são expressas em leis, decretos, normas, resoluções, ou demais atos administrativos pertinentes à matéria.<sup>38</sup>

Na terceira fase, as conclusões extraídas das etapas anteriores são postas em prática. O corpo administrativo é responsável por executar a política pretendida nos moldes que foram decididos pelos atores em fases pretéritas:

O terceiro momento diz respeito ao processo de implementação das Políticas Públicas já traçadas. Aqui os planos e programas normativos deixam o mundo das ideias e convertem-se em ação efetiva do Estado.<sup>39</sup>

Deve-se levar em conta ainda, as possíveis limitações que podem surgir, como a “falta de dinheiro, condições sociais, econômicas e tecnológicas adversas, desorganização da máquina administrativa, circunstâncias políticas desfavoráveis e poderes de grupos sociais especificamente afetados”<sup>40</sup>, dentre outras situações que possam de alguma forma prejudicar as condições de implementabilidade das políticas ajustadas.

A quarta e derradeira fase é a fase da avaliação, por meio da qual se analisam o andamento e os resultados obtidos pela Política Pública implantada. Ainda que se trate da última fase apresentada, não significa dizer que a avaliação só deve ser realizada em momento posterior ao da implementação, bem pelo contrário. Por meio da avaliação, o gestor pode analisar os benefícios provocados e os prejuízos causados pela Política Pública pretendida ou já implementada, portanto, trata-se de uma avaliação concomitante a todas as fases anteriores.<sup>41</sup>

A avaliação é, além de uma ferramenta de análise de resultados, uma fonte de conhecimento, que permite ao gestor perceber quais as ações tendem a produzir melhores resultados. Por meio da avaliação, a administração pode gerar

---

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> FONTE, 2015, p. 66.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>41</sup> Idem.



informações úteis para serem utilizadas nas futuras Políticas Públicas; prestar contas de seus atos; justificar as ações realizadas e explicar as decisões tomadas; corrigir e prevenir possíveis falhas; responder se os recursos, que são escassos, estão produzindo os resultados almejados de forma eficiente; identificar barreiras que possam impedir o sucesso de um programa; promover o diálogo entre os vários atores individuais e coletivos envolvidos; e fomentar a coordenação entre esses atores. Assim, a avaliação promove uma análise quanto ao impacto social e examina as modificações na distribuição de recursos, os segmentos afetados e as contribuições dos componentes da política na consecução de seus objetivos.<sup>42</sup>

A fim de permitir a constante avaliação, inclusive popular, das Políticas Públicas, a CRFB/1988 determina o dever de prestação de contas ao público, como forma de efetivar obrigatoriedade da publicização da atividade estatal, sendo o sigilo uma exceção. Destaque-se que não há excepcionalidade qualquer que justifique sigilo em matéria de Políticas Públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Ora, não é possível, no âmbito da ação constitucional, percorrer todos esses passos. Logo, a solução a ser adotada por esta Corte será sempre imperfeita e sujeita a polêmicas e ônus políticos, econômicos e sociais para o próprio Judiciário, notadamente em razão da inexistência de legitimação democrática para sua adoção.

Portanto, os poderes majoritários constituem o foro adequado para a discussão e eventual implementação das medidas pretendidas na ação, o que não impede a adoção, por parte desta Corte, de uma posição moderadora, ainda que para constituir em mora o Legislativo e o Executivo Federal para deliberarem, em prazo razoável, sobre as pretensões deduzidas na ADPF. Igualmente, pode-se estabelecer prazos para formulação de planos de ações e verificação da plausibilidade científica das ações e omissões adotadas pelos entes federados no combate à pandemia.

---

<sup>42</sup> FONTE, 2015, p. 67.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 69.



Para que tais prazos sejam adimplidos é possível instituir medidas como *astreintes*, indiciamento por crime de desobediência, trancamento de pauta, dentre outras providências que visam a mover as autoridades públicas no sentido de encontrarem a solução mais razoável para o problema no foro adequado, em especial no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que não raras vezes tem se constituído como instrumento misto entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade: “ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal” (ASTF, ADPF 33).

#### 4.2. ANÁLISE DA ADI 6788 A PARTIR DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A convivência em ambientes de grande adensamento populacional, notadamente em áreas urbanizadas, exige a observância de deveres gerais de cuidado, notadamente diante de desastres naturais e tecnológicos. Daí a necessidade de se organizar a Defesa Civil que, como visto anteriormente, é definida “o conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e reconstrutivas destinadas a evitar ou minimizar os desastres, preservar o moral da população e restabelecer a normalidade social”<sup>44</sup>.

O Brasil já conta com legislação versando sobre o tema, a exemplo da Lei n.º 6.259/1975, a qual dispõe acerca da organização das ações de vigilância epidemiológica, estabelecendo deveres a todos os entes federados, os quais impactam na esfera de direitos individuais. É o que se extra das regras a abaixo colacionadas:

Art. 11. Recebida a notificação, a autoridade sanitária é obrigada a proceder à investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco.

Parágrafo único. A autoridade poderá exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos

---

<sup>44</sup> CASTRO, Antônio Luiz Coimbra de. **Manual de Planejamento em Defesa Civil**. Vol. I. Brasília: Editora SEDEC/MI, 2000.



populacionais determinados, sempre que julgar oportuno visando à proteção da saúde pública.

Art 12. Em decorrência dos resultados, parciais ou finais, das investigações, dos inquéritos ou levantamentos epidemiológicos de que tratam o artigo 11 e seu parágrafo único, **a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente.**

Art 13. **As pessoas físicas** e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no artigo 12, **ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária.**

Como se percebe, embora as medidas objeto da ação refiram-se à Lei n.º 13.979/2020, a bem da verdade, também encontram sustentação na Lei n.º 6.259/1975. Logo, o argumento de que as regras questionadas malferem o princípio da legalidade, não se sustentam, como visto anteriormente.

Ademais, a Lei n. 12.608/2012 regula as situações de anormalidade que demandam a declaração de Situação de Emergência (SE) ou Estado de Calamidade Pública (ECP). Em seu Art. 6º, define que é competência da União, de acordo com o inciso VII “instituir e manter sistema para declaração e reconhecimento de situação de emergência ou de estado de calamidade pública”, e, de acordo com o inciso X, deve o governo federal “estabelecer critérios e condições para a declaração e o reconhecimento de situações de emergência e estado de calamidade pública”.

Quanto aos Estados, em seu art. 7º, inciso VI define o dever de “apoiar a União, quando solicitado, no reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública”; já o inciso VII possibilita ao Estado, “declarar, quando for o caso, estado de calamidade pública ou situação de emergência”.

Quanto aos municípios, o art. 8º, inciso VI, assegura a competência para “declarar situação de emergência e estado de calamidade pública”, assegurando, no inciso XIII, a prerrogativa de a autoridade local “proceder à avaliação de danos e prejuízos das áreas atingidas por desastres”.

As referidas regras confirmam que os Estados e os Municípios, valendo-se da autonomia federativa que lhes confere a Constituição Federal, podem declarar a situação de emergência e de calamidade, cabendo a eles, que estão mais próximos



da situação concreta, adotar as medidas necessárias ao restabelecimento da normalidade.

Exemplificativamente, o art. 7º, VII a Lei n. 12.608/2012 prevê medidas interventivas que objetivem proteger a população em relação a certas áreas de alto risco para sua saúde.

Portanto, o argumento de que não há fundamento normativo para amparar a atuação dos entes federados, é equivocado, seja porque a Constituição lhes confere autonomia, seja porque a própria legislação federal confirma tal autonomia. Ademais, as restrições que objetivam proteger as pessoas em situações de calamidade são de longa data e não sofreram questionamentos até o momento.

Esse dever geral de todos os entes federados empenharem-se em proteger a população está consagrado na Lei n. 13.979/2020:

Art. 5º Toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de:

I - possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus;

II - circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.

Portanto, muito antes da pandemia já era juridicamente possível aos entes federados adotar a restrição de direitos a fim de preservar a ordem pública, entendida, nesse caso, como a proteção do bem-estar das pessoas.

Muito se discute sobre a possibilidade de implementação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia, a exemplo da implementação de protocolos médicos específicos profiláticos ou de tratamentos medicamentosos. Outro exemplo bastante pertinente de análise é a implementação de medidas restritivas de circulação como a utilização de barreiras sanitárias e estabelecimento de *lockdown* em determinadas localidades.

Acerca da implementação de medidas restritivas de direitos, em especial ao direito individual de ir e vir, os Tribunais Superiores já vêm se manifestando no sentido de corroborar a competência dos Estados e Municípios para definição de medidas efetivas para combater a pandemia, em face da realidade de cada localidade.



Acerca da autonomia dos Entes Federativos para definir medidas próprias de enfrentamento ao Covid-19, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em algumas oportunidades. Vejamos o recorte a seguir extraído da ADPF 672, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes<sup>45</sup>:

Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo *Imperial College of London*, a partir de modelos matemáticos (*The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression*, vários autores; *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID19 mortality and healthcare demand*, vários autores).

Ainda que a autonomia para estabelecimento de medidas próprias de enfrentamento à pandemia seja firmada constitucionalmente e corroborada pelo posicionamento do STF, não se pode olvidar que o Governo Federal possui competência para definir políticas públicas nacionais, implementando diretrizes e planejando de forma a conduzir minimamente a ação dos demais Entes Federativos. Neste sentido, observe-se o seguinte trecho do julgado supramencionado<sup>46</sup>:

Em respeito à Separação de Poderes, ao Presidente da República, como força motriz na condução do Estado nos regimes presidencialistas, compete à chefia da administração pública federal no planejamento e na execução de políticas públicas de âmbito nacional, visando a atenuação dos efeitos sociais e econômicos da pandemia.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa Jurisprudencial**. Acórdão, 08 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 30 de abril de 2021.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa Jurisprudencial**. Acórdão, 08 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 30 de abril de 2021.



Portanto, não se poderia sustentar ausência de pressuposto de validade para os Decretos estaduais e municipais mencionados na ação de controle concentrado, de modo que se conclui, a princípio, pela ausência de violação do princípio da legalidade.

#### 4.3. PREMISSA FUNDAMENTAL: A (I)LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE. PONDERAÇÃO SOBRE A EXTENSÃO DOS DIREITOS E DEVERES DE CUIDADO EM SITUAÇÃO CONCRETA DE TENSÃO.

O fundamento de legitimidade de toda autoridade assenta-se no mandamento político-jurídico fundamental *protego ergo obligo*. Eis a lição fundamental de Thomas Hobbes:

**[...] a segurança é a razão pela qual os homens se submetem aos outros e, se não for dada, ninguém entende ter se submetido aos outros ou ter perdido o direito de se defender.** Porque se deve compreender que ninguém se obriga a nada, nem renuncia ao seu direito a tudo, sem que se garanta sua segurança.<sup>47</sup>

Proteção sem obediência é caridade. Obediência sem proteção é tirania. Proteção e segurança constituem o binômio indissociável de toda autoridade, sem o que não é possível compreender as implicações jurídicas e políticas que daí derivam. Como adverte Carl Schmitt:

*O protego ergo obligo é o cogito ergo sum do Estado, e uma doutrina do Estado que não se torne sistematicamente consciente deste princípio permanece um fragmento insatisfatório (SCHMITT, 2015, p. 95).*<sup>48</sup>

A legitimação tem um sentido de autorização racional dos indivíduos em relação à alguém que sobre eles exercerá o mando político. Tal mando deve diferenciar o tratamento entre quem integra um grupamento político, ou seja, as

<sup>47</sup> Texto original: “[...] la seguridad es lá razón de los hombres se sometan a otros, y si ésta no se da, nadie entiende haberse sometido a otros ni haber perdido el derecho a defenderse por su cuenta. Porque ha de entender que nadie se oblia a nada ni renuncia a su derecho a todo sin que se haya provisto a su seguridad.” (HOBBS, Thomas. *Tratado sobre el ciudadano*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, p.57)

<sup>48</sup> SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Alexandre Franco Sá. Lisboa: Edições 70, 2015.



peçoas sob a proteção desta autoridade, daqueles que não o integram. Sem essa distinção o dever de obediência se esvazia, juntamente com a legitimidade da autoridade.

A legitimação também tem um sentido de reconhecimento, ou seja, da averiguação de que a autoridade está adotando as medidas de proteção em relação a esses indivíduos sob seu mando. O dever de obediência às escolhas da autoridade, portanto, depende da legitimação da forma de proteção que tal autoridade propicia aos indivíduos cujas vidas estão sob sua responsabilidade.

A proteção se refere à uma condição mínima de segurança, cuja extensão depende da situação concreta de uma instituição. Numa situação de normalidade institucional, em que os indivíduos de uma sociedade que não estão ameaçados pela guerra (interna ou externa), em que a possibilidade de consenso e de convivência pacífica é mais intensa que a dos conflitos, em que os bens sociais e econômicos são compartilhados segundo regras que, na maioria dos casos, são respeitadas, a proteção compreende os direitos fundamentais de caráter individual e social.

Isso significa que a liberdade de ir e vir, de manifestar pensamentos e crenças é amplo, alcançado poucos limites, a não ser quando tais liberdades chocam-se de maneira irremediável, com as liberdades de outros indivíduos.

Mas, a proteção, que legitima a exigência da obediência, comporta-se de maneira diversa, a depender, como sobredito, da situação concreta das instituições. A própria análise do conflito de regras ou da colisão entre princípios depende de contextualizá-la a partir dessa situação concreta. Uma instituição em situação de normalidade, oferece formas de proteção diferentes daquelas que se encontram em situação de tensão ou de crise. Aliás, distinguir entre o que é uma situação de tensão e uma situação de crise é essencial para compreender a discussão posta nos autos.

A bem da verdade, o desafio posto a esta Corte tanto na ADI 6788, quanto na ADFP 822, remete à análise da legitimidade da autoridade pública. Daí a pergunta: são legítimas as escolhas do Poder Executivo Federal, que almejam ampliar o espectro de liberdade dos indivíduos em meio à pandemia? Ou são



legítimas as medidas adotadas pelos governos Estaduais e Municipais que optaram por restrições a esses direitos, em razão da situação de calamidade pública?

Inicialmente, será apresentada a ponderação já realizada por esta Corte no equacionamento da colisão de princípios relacionados a direitos fundamentais em casos similares aos dos autos. Em seguida, realizar-se-á o aporte argumentativo que avalia os argumentos deduzidos na petição inicial.

4.3.1. Ponderação realizada nas ADIs 6424 e 6625. Colisão de direitos, ponderação e proporcionalidade.

O estado de calamidade pública (Covid-19) foi reconhecido no Brasil quando da publicação do Decreto Legislativo nº 06, em 20 de março de 2020<sup>49</sup>.

A partir desse momento, restou formalmente constituída a Comissão Mista no âmbito do Congresso Nacional, composta por 6 (seis) deputados e 6 (seis) senadores, com igual número de suplentes, objetivando acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à pandemia, declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março daquele mesmo ano.

Ao anunciar a decisão, Tedros Ghebreyesus, diretor-geral da OMS, alertou sobre a necessidade de uma “ação urgente e agressiva” por parte dos governos. Na ocasião, o vírus identificado no final de dezembro de 2019, na China, já se encontrava presente em 114 países, restando registrados 118 mil casos e 4.291 mortes<sup>50</sup>.

Desde a vigência do estado de calamidade pública no Brasil, vislumbrou-se, em todos os planos federativos (federal, estadual, distrital e municipal), uma série de medidas governamentais de emergência, por muitas vezes, colidentes entre si.

O cenário exposto apresentou à Nação um *status* constitucional para o qual não se encontrava preparado, revelando uma situação fática que somente as palavras do Nobel de Literatura (1998), José Saramago, poderiam traduzir: “Por que

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 06. Brasília, DF, 2020.

<sup>50</sup> Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia. ONU News, 2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>>. Acesso em: 06-maio-2021.



foi que cegámos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegámos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem”<sup>51</sup>.

A transcrição acima refere-se às últimas frases da obra “Ensaio sobre a Cegueira”, que narra a história um país, cujos habitantes foram infectados por uma cegueira, de forma inexplicável, ensejando as mais diversas e irracionais ações por parte das personagens e instituições.

Guardadas as proporções entre a ficção literária e a realidade, os atuais embates normativos têm endereçado ao Poder Judiciário calorosas controvérsias acerca das medidas governamentais e legislativas, editadas durante a Pandemia Covid-19.

Os choques entre os entes federativos, bem como entre os Poderes Legislativo e Executivo, estão atribuindo às decisões judiciais o ônus de dirimir o gerenciamento brasileiro em face da calamitosa circunstância.

Um exemplo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6421, com Pedido de Medida Cautelar, ajuizada em 9 de dezembro de 2020 pela Rede Sustentabilidade, tendo por objeto a Medida Provisória (MP) nº 966/2020<sup>52</sup>, o artigo

<sup>51</sup> SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a Cegueira**. 24<sup>o</sup> reimpressão. Companhia das Letras. 2002. p. 310.

<sup>52</sup> Medida Provisória nº 966/2020: Art. 1<sup>o</sup> Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 1<sup>o</sup> A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2<sup>o</sup> O mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2<sup>o</sup> Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Art. 3<sup>o</sup> Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;

III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;

IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e



28 do Decreto-Lei nº 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, bem como os artigos 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentaram o último dispositivo.

Por ocasião da sessão de julgamento realizada em 21 de maio de 2020, a excelsa Corte analisou os pedidos cautelares formulados na ADI nº 6421, em conjunto com mais seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nºs 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), as quais também apresentam a Medida Provisória nº 966/2020 como objeto, somando-se a LINDB no caso da ADI nº 6431.

O acórdão, de relatoria do excelentíssimo Ministro Luis Roberto Barroso<sup>53</sup>, delimitou o objeto liminar, restringindo a análise em sede cautelar tão somente quanto à Medida Provisória nº 966/2020, haja vista o preenchimento do requisito procedimental cautelar de perigo na demora, em razão da vigência da pandemia Covid-19 e dos “(...) efeitos diretos e indiretos que o regime de responsabilização de agentes públicos pode gerar sobre a proteção à vida e à saúde da população (...)”<sup>54</sup>, no que tange a adoção das medidas recomendadas por protocolos científicos e técnicos, e no que concerne ao risco de desvio de recursos destinados à aquisição de equipamentos de saúde.

Ao proferir as razões pelas quais não seria possível limitar, em cautelar, a responsabilidade dos agentes públicos em geral, tão somente aos casos de erro grosseiro ou de dolo, o eminente Relator registrou: “Já adianto que há duas coisas muito ruins para a administração pública e o bem comum: de um lado, administradores incorretos e, de outro, administradores corretos que têm medo de decidir o que precisa ser decidido, por temor de retaliações futuras”<sup>55</sup>.

---

V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 07.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento:



Em síntese, a Medida Provisória nº 966 de 13 de maio de 2020 dispunha sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão, pelas medidas de enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Quanto ao aspecto formal, entendeu-se pela ausência de inconstitucionalidade, porquanto vislumbrada a relevância e a urgência, e, prosseguindo para a análise da plausibilidade do direito alegado, o excelentíssimo Ministro pontuou a necessidade de contextualização da edição da norma questionada, para a adequada formulação do juízo de convencimento.

Para tanto, asseverou que “a crise gerada pela pandemia de COVID-19 apresenta múltiplas dimensões, que impactam o ordenamento jurídico e a maneira como ele deve ser interpretado”<sup>56</sup>.

Nesse sentido, o Ministro Barroso registra o primeiro parâmetro circunstancial de ponderação, qual seja, a dimensão sanitária, relativa à saúde pública, consubstanciada no fato de que a doença se propagou mundialmente sem que houvesse, até o momento da prolação da decisão cautelar, uma vacina, tampouco um remédio eficaz, restando o isolamento social, como única medida preventiva eficaz apontada pelas autoridades sanitárias.

Além da dimensão sanitária, relacionada aos direitos fundamentais saúde e vida, o Relator afirma a existência de uma dimensão econômica, cuja materialidade se verifica na recessão econômica mundial. Para exemplificar, o Ministro registra a queda de 99% na produção da indústria automobilística e as previsões de retração do Produto Interno Bruto – PIB pelo Fundo Monetário Internacional – FMI<sup>57</sup>.

Ainda, a dimensão social, resultante das dimensões sanitária e econômica, apresenta-se como um agravamento de contexto previamente existente no Brasil: “(...) a quebra sequencial de empresas e no desemprego em massa, em um país no

---

21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 08.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 10.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 11.



qual o índice de desemprego já estava próximo de 12% (...) <sup>58</sup>”, ensejando a dependência vital do auxílio emergencial por parte de relevante parcela da população e a constatação de um país cujo trabalho informal prepondera sobre a formalidade.

Para além da tríade identificada pelo Relator, a dimensão fiscal decorre da pressão aos cofres públicos ocasionada pelas crises sanitária e social, rememorando o *déficit* fiscal brasileiro que beirava 80% do Produto Interno Bruto, anteriormente à calamidade pública.

Identificadas as quatro dimensões da Pandemia Covid-19, quais sejam a sanitária, a econômica, a social e a fiscal, o nobre catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ ensina:

Esse é, portanto, o quadro dramático, dentro do qual creio que devemos interpretar a legislação. E a realidade – gosto de insistir nisso – é sempre parte da normatividade. Não se interpreta o Direito fora de um dado momento e de um dado lugar para produzir as consequências sobre pessoas - não abstrações, pessoas - que estão vivendo aqui e agora. <sup>59</sup>

A consideração das circunstâncias contextuais revela a estrutura normativa e aponta os dois temas centrais na definição de políticas públicas a serem adotadas durante a pandemia, quais sejam a “tensão entre as medidas de distanciamento social necessárias a reduzir o ritmo do contágio pelo Covid-19 e a necessidade de retomar economia brasileira” <sup>60</sup> e “a utilização de determinados medicamentos, de eficácia ou segurança ainda controvertidas na comunidade científica, para o

---

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 11.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 12.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 12.



combate à enfermidade”<sup>61</sup>.

O primeiro tem liame com o isolamento social como ação recomendada pelas autoridades de saúde para contornar a ascensão da curva de contágio em contraponto ao impacto econômico.

O segundo, por sua vez, remonta aos tratamentos medicamentosos não comprovados pela ciência médica. Nessa hipótese, o Acórdão deixa indene de dúvidas quanto a incompetência do Supremo Tribunal Federal para a adoção de qualquer posicionamento, cabendo-lhe tão somente analisar o grau de inadequação ou precipitação do incentivo às medicações, sob o argumento de beneficiar a economia, ou ainda que importe em ameaça à vida e à saúde humana.

Após os devidos esclarecimentos, o Ministro ponderou que a Medida Provisória 966/2020 não atribui menor responsabilização aos agentes públicos nos atos decisórios emitidos em meio à pandemia Covid-19. Isso porque, além da existência de um ordenamento jurídico pertinente ao tema, que responsabiliza os agentes públicos nos âmbitos civil, penal e administrativo, o controle dos atos da Administração Pública no Brasil ocorre, geralmente, em momento muito posterior às suas gestões, o que prejudica o crivo das atenuantes que circundavam os fatos.

Os parâmetros que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado nas questões relacionadas à proteção da vida e da saúde, contudo, encontram-se pautados na observância dos *standards* técnicos – em especial os emitidos pela OMS - e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.

Na mesma linha, a jurisprudência do STF reconhece os princípios constitucionais da prevenção e da precaução como norteadores das demandas cujos objetos versam sobre a proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, motivo pelo qual eventual dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social deve ser dirimida em favor da saúde da população.

Diante das especificidades que permeiam a discussão, a excelsa Corte

---

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 13.



entendeu que restringir a responsabilização do agente político ao erro grosseiro não ofenderia aos preceitos constitucionais, residindo o equívoco na tentativa de qualificar o erro grosseiro.

Assim, diante da verossimilhança do direito alegado, restou parcialmente deferida a medida cautelar, posicionando-se a excelsa Corte no sentido de que a caracterização da culpa grave ou do erro grosseiro é evidenciada quando desconsiderados pelo agente político os parâmetros abordados na fundamentação do acórdão, cabendo a seguinte interpretação quanto aos artigos 1º e 2º da MP nº 966/2020:

(...) o art. 2º da MP 966/2020, que dispõe sobre a figura do erro grosseiro, deve receber interpretação conforme a Constituição, a fim de que se estabeleça que, na análise de ocorrência de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Na mesma linha, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade competente deve exigir que a opinião técnica com base na qual decidirá trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.<sup>62</sup>

Outro precedente pautado nos princípios da precaução e da prevenção, para a resolução de controvérsia constitucional acerca de medidas excepcionais expedidas durante a pandemia Covid-19, é vislumbrado na Ação Direta de Constitucionalidade nº 6625, também ajuizada pela Rede Sustentabilidade, na qual postulou a prorrogação da vigência do artigo 3º, *caput* e inciso VIII, do § 7º, inciso IV, do § 7º-A e, ainda, do artigo 8º, todos da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (“Lei do Coronavírus”), cujo pedido foi posteriormente aditado para fossem mantidos em vigor os artigos 3º ao 3º-J do referido diploma legal, até o término da apreciação da Medida Provisória nº 1.003/2020 – vigente até 2 de março de 2021,

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6421 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Julgamento: 21-05-2020. Publicação: 12-11-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. p. 20.



com a publicação da Lei nº 14.121/2021

A norma objeto da ADI nº 6625 dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia Covid-19, tão somente durante a vigência do Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020<sup>63</sup>.

Todavia, o Decreto Legislativo nº 06/2020 reconheceu o estado de calamidade pública em plano nacional, para fins exclusivamente fiscais, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos seguintes termos:

Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.<sup>64</sup>

Antes de adentrar ao mérito cautelar, o Relator, excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, por ocasião da decisão monocrática proferida em 30 de dezembro de 2020, apresentou o contexto decisório, informando que se encontravam em trâmite três projetos de decreto legislativo para a prorrogação do prazo de validade do Decreto Legislativo nº 06/2020, haja vista a proximidade do término de sua vigência.

Ainda, consignou a finalidade da Lei nº 13.979/2020, qual seja atribuir racionalidade e tecnicismo no enfrentamento da pandemia Covid-19, permitindo que as autoridades adotem, no âmbito das respectivas competências, determinadas medidas profiláticas e terapêuticas, tais como isolamento, quarentena, determinação de realização compulsória de exames médicos, uso obrigatório de máscaras de proteção individual, dentre outras.

Adentrando-se à fundamentação, o Relator rememorou as decisões proferidas no ano de 2020, relativas às medidas de enfrentamento à Covid-19:

---

<sup>63</sup> BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020: Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei.

<sup>64</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 06. Brasília, DF, 2020.



O Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões prolatadas ao longo do corrente ano, entendeu que tais medidas são compatíveis com a Constituição, podendo ser adotadas pelas autoridades dos três níveis político-administrativos da Federação, respeitadas as esferas de competência que lhes são próprias (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator do acórdão Min. Edson Fachin; ADI 6.343-MC-Ref/DF, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes; ADPF 672/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes; e ADIs 6.362/DF, 6.587/DF e 6.586/DF, de minha relatoria), sendo certo que estas corresponderam plenamente às expectativas, revelando-se essenciais ao enfrentamento da Covid-19.<sup>65</sup>

As citadas decisões apontam o posicionamento de elevação dos direitos à saúde e à vida quando confrontados com outros direitos fundamentais, na vigência do estado de calamidade pública Covid-19, o que impõe a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) o dever de “(...) assegurar aos seus administrados os direitos fundamentais à vida e à saúde contemplados nos arts. 5º, 6º e 196 do texto constitucional”<sup>66</sup>.

Nesse sentido, a decisão monocrática registra que as medidas elencadas na Lei nº 13.979/2020 vão ao encontro daquelas recomendadas por sanitaristas, epidemiologistas e infectologistas - nacionais e estrangeiros -, assim como a Organização Mundial de Saúde, para o fim de erradicar ou retardar o avanço do vírus, cujos registros de contágio encontram-se em alarmada ascensão<sup>67</sup>.

Tratando-se, todavia, do enfrentamento de pedido cautelar para análise de

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6625 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento: 30-12-2020. Publicação: 08-01-2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=755551305>. p. 04.

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6625 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento: 30-12-2020. Publicação: 08-01-2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=755551305>. p. 04.

<sup>67</sup> O Ministro transcreve os índices apresentados nos âmbitos nacional e internacional, ao tempo da prolação da decisão cautelar: “(...) segundo dados atualizados semanalmente pela Organização Mundial de Saúde, o mundo contabilizou, em 21 de dezembro de 2020, 75.6 milhões de infectados e 1.6 milhões de mortos, enquanto a Organização PanAmericana de Saúde computava 28.5 milhões de infectados e 753 mil mortos nas Américas. No Brasil, o consórcio de veículos de imprensa que elabora estatísticas sobre evolução da doença, com base em dados das secretarias estaduais de saúde, apurou que, em 28 de dezembro de 2020, chegou-se ao impressionante total de 7.5 milhões de infectados e 191.6 mil mortos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6625 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento: 30-12-2020. Publicação: 08-01-2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=755551305>>. p. 05.).



prazo de validade da norma, o Ministro ressaltou os ensinamentos de Goffredo Telles Junior e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, acerca do decurso da vigência normativa. *In casu*, o excelentíssimo Ministro entendeu que, a despeito da equivocada vinculação da vigência da Lei nº 13.979/2020 àquela do Decreto Legislativo nº 6/2020, as prováveis intenções dos legisladores convergiam na manutenção das medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias “(...) pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado antever a surpreendente persistência e letalidade da doença”<sup>68</sup>.

As razões expostas levaram o nobre Relator a concluir pela aplicabilidade dos princípios da prevenção e da precaução, as quais amparam as recentes decisões da Corte Constitucional em matéria de saúde pública, deferindo parcialmente a medida cautelar postulada na exordial, nos seguintes termos:

Em face do exposto, defiro parcialmente a cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 8º da Lei nº 13.979/2020, com a redação dada pela Lei 14.035/2020, a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas.<sup>69</sup>

Para maiores esclarecimentos, o princípio da prevenção é extraído do artigo 225, *caput* e parágrafo 1º, da Constituição Federal, ao estabelecer o ônus do Poder Público e da coletividade em defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, especificamente àquele, cumprir com obrigações específicas de proteção, como “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6625 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento: 30-12-2020. Publicação: 08-01-2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=755551305>. p. 07.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6625 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento: 30-12-2020. Publicação: 08-01-2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=6421>>. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=755551305>. p. 07-08.



meio ambiente” (inciso V), dentre outras. Vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (...) <sup>70</sup>

Por sua vez, o princípio da precaução não encontra guarida no texto constitucional, mas em normas internacionais recepcionadas no plano interno brasileiro, quais sejam o Princípio 15 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente, o Preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica e o Artigo 3º, Princípio 3, da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima. A propósito:

Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente

Princípio 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos estados, de acordo com a suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas efetivas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica

Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.



essa ameaça, (...)

Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima

Artigo 3

Princípios

(...)

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

Ambas as decisões, proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6421 e nº 6625, convergem na interpretação normativa principiológica, a fim de reforçar o caráter de adaptabilidade da Constituição Federal. Em outros termos, por meio de dois princípios não previstos explicitamente na Carta Magna, o Supremo legitimou a força normativa constitucional para solucionar conflitos sistêmicos ocasionados por um estado de calamidade pública sem precedentes.

Desse modo, salvaguardar a força normativa da Lei Maior, durante a Pandemia Covid-19, é de extrema importância para proporcionar ao país algum grau de segurança jurídica durante o estado de calamidade pública. Conforme ensina Lenio Luiz Streck, “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”<sup>71</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, tem pautado suas decisões em princípios constitucionais implícitos aplicáveis aos direitos de 3ª (terceira) geração, para sopesá-los de acordo com as circunstâncias fáticas do estado calamitoso.

Os intérpretes da norma, ora materializados nas figuras dos Ministros Barroso e Lewandowski, bem como demais Ministros que acompanharam as relatorias, cumprem o valoroso papel de atualização da Carta Magna em face da Pandemia

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 20.



Covid-19, cumprindo a função produtiva da hermenêutica, elucidada por Streck, com base no pensamento de Hans-Georg Gadamer:

“A hermenêutica é crítica porque é produtiva (*Sinngebung*), e não reprodutiva (como queria E. Betti), isto é, a tese gadameriana de que é impossível reproduzir o sentido do texto jurídico assenta-se em uma profunda dialética, como a reproduzir a máxima de Heráclito de que é impossível banhar-se duas vezes na mesma água do rio. Via hermenêutica, rompe-se com qualquer possibilidade de idealismo e realismo. O *intérprete não está fora da história efectual. Na filosofia da consciência se dizia que o sujeito cognoscente poderia, de forma racional, determinar o objeto; com Gadamer, essa relação sujeito-objeto rompida/ultrapassada, pois o sujeito não é uma mônada, e sim, o sujeito é ele e sua possibilidade de ser-no-mundo, é ele e suas circunstâncias, enfim, é ele e sua cadeia significativa. (...)*”<sup>72</sup>

A técnica de sopesamento entre princípios tem permitido ao STF dirimir controvérsias constitucionais e aproximar a Carta Magna da excepcionalidade que assola a humanidade: uma guerra entre o vírus SARS-CoV-2 e a população mundial.

Nesse sentido, a despeito da crise pandêmica tratar-se de uma novidade para o cenário mundial, as decisões proferidas na ADI 6421 e na 6625 apresentam critérios pautados no sistema de Leis de Colisão de Princípios, teorizado pelo doutrinador alemão Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”<sup>73</sup>.

O pressuposto central da teoria de Alexy reside na caracterização de regras e princípios como espécies normativas, porém distintos não somente em suas expressões quantitativas, mas também em graus qualitativos.

Isso porque, as distinções clássicas não permitem alcançar “(...) uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”<sup>74</sup>.

Alexy registra que, dentre os vários critérios utilizados para a distinção entre

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 273.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.



regras e princípios, o da generalidade seria o primeiro e mais aplicado. Segundo esse critério, “(...) os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”<sup>75</sup>, exemplificado pela liberdade de crença como uma norma mais genérica (princípio) e a previsão do direito dos presos de converter outros presos à sua crença como aquela com menor grau de generalidade (regra).

Outros critérios citados por Alexy, como o da determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento (normas criadas e normas desenvolvidas), o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito e a importância para a ordem jurídica<sup>76</sup>, não são capazes de discernir regras e princípios como fórmula universal, haja vista que, a única tese correta para a distinção tradicional de regras e princípios é a qualitativa, porquanto permite uma diferenciação entre princípios e regras com base no teor substancial normativo.

Para elucidar a tese qualitativa, Alexy apresenta um critério de distinção ontológica, cujo cerne se encontra nos “mandamentos de otimização”:

“(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”<sup>77</sup>

Portanto, os princípios ou mandamentos de otimização vinculam-se às possibilidades fáticas e jurídicas para a satisfação, em graus variados. As regras, todavia, caracterizam-se por não apresentarem graus de satisfação, pois são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto,

---

<sup>75</sup> Ibid. p. 87.

<sup>76</sup> Ibid. p. 88.

<sup>77</sup> Ibid. p. 90.



determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”<sup>78</sup>.

Segundo Alexy, a conceituação exposta explica a razão pela qual o critério dissociativo adequado entre princípios e regras é o qualitativo, e não aquele que utiliza a distinção em graus, pois entende que toda norma ou é uma regra ou um princípio.

Entretanto, o ápice elucidativo da distinção entre regras e princípios do sistema alexyano fica resguardado à sua tese de “colisões entre princípios” e “conflitos entre regras”.

O conflito entre regras pode ser solucionado ou pela inserção de uma cláusula de exceção para eliminação do conflito, ou pela declaração de invalidade de uma das regras. Em outros termos, uma cláusula de exceção deve ser inserida no sistema para que a regra geral não seja aplicada na hipótese excepcional, como ocorre quando o alarme de incêndio é acionado, pois em regra, os alunos somente podem sair da sala quando o sinal da escola é despertado.

A segunda forma de solução do conflito de regras seria por meio dos critérios tradicionais de validade da norma, tais como a especialidade (lei especial derroga a lei geral), a cronológica (lei posterior derroga a anterior), a regra de repartição de competências (lei estadual não pode versar sobre matérias de competência exclusiva da União), dentre outras.

Note-se que, o cerne do conflito de regras está na validade da norma. A regra ou é válida, ou é inválida, pois não é possível a validade simultânea de duas regras em conflito. O mesmo não ocorre na colisão entre princípios.

A colisão de dois princípios não enseja a declaração de invalidade de um deles ou a inserção de uma cláusula de exceção. Ao contrário, a colisão somente ocorre diante de dois princípios válidos, e a prevalência de um sobre o outro somente será possível por meio da definição de seus pesos perante o caso concreto.

Com base na lógica de pesos, Alexy apresenta a regra de sopesamento de princípios, capaz de atribuir a precedência de um princípio pelo outro a partir do

---

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.



caso concreto.

Observemos: a precedência de um princípio num dado caso concreto não o eleva a um grau hierárquico superior no ordenamento jurídico, haja vista a compreensão de unidade do sistema principiológico constitucional. Trata-se da preponderância de um princípio antagônico sobre o outro, por meio da individualização dos conflitos normativos principiológicos, uma precedência condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização, porquanto "(...) o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que *abstratamente estão no mesmo nível* - tem *maior peso no caso concreto*"<sup>79</sup>.

"(...) a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condiciona das consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária".<sup>80</sup>

Assim, partindo-se da compreensão da técnica de sopesamento como um procedimento, utilizado para encontrar o princípio que permita a máxima satisfação dos direitos fundamentais colidentes no caso concreto, chegamos ao seu resultado: a "lei de colisão" - ou precedente condicionado.

Portanto, a lei de colisão (ou precedente condicionado) é o resultado da aplicação da técnica de sopesamento, em determinadas condições fáticas e jurídicas, motivo pelo qual se reveste do caráter de regra: sempre que dois princípios x e y forem colidentes entre si, nas mesmas condições z, obedecerão ao mesmo precedente condicionado, ou lei de colisão<sup>81</sup>. A lei de colisão, desse modo, reveste-se de caráter vinculante, impedindo subjetivismos na aplicabilidade dos

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94.

<sup>80</sup> Ibid. p. 96.

<sup>81</sup> Para elucidar a técnica de ponderação, Alexy o exemplifica por meio de um caso concreto em face da Constituição alemã: "(...) sobre a incapacidade para participar de audiência processual, tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que nesse tipo de caso há "uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-95.)



princípios.

Registra-se que, na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, inexistem defesas dos direitos fundamentais enquanto princípios. Por vezes, um mesmo direito fundamental pode revestir-se das qualidades de regras e princípios. Outras, ainda, tendo inicialmente a qualidade principiológica, passam a incorporar o *status* de regra após o sopesamento, quando assumem a forma de precedente condicionado – aplicados de modo equânime nas hipóteses em que se revelam as mesmas condições fáticas e jurídicas.

A teoria aqui elucidada apresenta a base para o desenvolvimento da “máxima da proporcionalidade” de Alexy. Por meio do referido postulado, três máximas parciais são apresentadas para equacionar a colisão de princípios: a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), as quais decorrem da própria natureza principiológica<sup>82</sup>.

A proporcionalidade em sentido estrito atua no liame entre o princípio colidente e o princípio antagônico, eis que a máxima parcial somente será alcançada após o sopesamento dos princípios em colisão:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Para clarificar a distinção entre as três máximas parciais, Alexy leciona que o pressuposto da máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Em contrapartida, “as máximas da necessidade e da adequação decorrem a natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das

---

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-117.



possibilidades fáticas”<sup>83</sup>.

Com o viés da ótica alexyana, a máxima parcial da necessidade revela-se na possibilidade de escolha do meio menos gravoso aos direitos fundamentais afetados, de modo a resultar na menor prejudicialidade. Por sua vez, a máxima parcial da adequação define-se pela possibilidade de realização do objetivo pretendido pela medida adotada.

Diante da compreensão da máxima da proporcionalidade consubstanciada em sua três máximas parciais (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), é possível dialogar com os precedentes vislumbrados na ADI nº 6421 e na ADI 6625, a fim de elucidar algumas premissas norteadoras das decisões judiciais durante a pandemia Covid-19.

No presente contexto, a pandemia Covid-19 (condição fática) atribuiu ao ordenamento jurídico brasileiro o *status* constitucional de estado de calamidade pública (condição jurídica). Por não outro motivo, ambas as decisões registraram a condição fática e jurídica que permeia as normas editadas durante momento calamitoso.

Como visto, o acórdão de relatoria do Ministro Barroso delimitou quatro dimensões circunstanciais da pandemia Covid-19: a dimensão sanitária (relacionada aos direitos fundamentais saúde e vida), a dimensão econômica (recessão econômica mundial), a dimensão social (oriunda da quebra sequencial de empresas e do desemprego em massa, com conseqüente dependência vital do auxílio emergencial por parte de relevante parcela da população, com elevada empregabilidade informal) e a dimensão fiscal (pressão aos cofres públicos e *déficit* fiscal brasileiro prévio à calamidade pública).

As condições fáticas e jurídicas apresentadas nortearam ambas as decisões a se utilizarem da técnica de sopesamento para atribuir maior peso aos direitos fundamentais à saúde e à vida no caso concreto. Diante disso, o Ministro Lewandowski suscitou precedentes exarados em 2020, com condicionantes fáticas e jurídicas equânimes (ações pertinentes às medidas de enfrentamento à Covid-19).

---

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.



Tanto a decisão proferida na ADI 6421, quando aquela prolatada na ADI 6625, caminharam para o mesmo vetor jurisprudencial, qual seja a resolução da colisão de princípios por meio da aplicabilidade de princípios constitucionais implícitos (prevenção e precaução), a fim de propiciar a máxima satisfação dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

Ou seja, esta Colenda Corte, a partir de consagrada técnica de ponderação mostrou que, Diante da situação concreta de calamidade, justifica-se satisfazer, preponderantemente, os direitos fundamentais à vida e a saúde, de maneira que outros direitos, de menor fundamentalidade, não serão negados, mas, terão seu exercício mitigado.

Passe-se, agora, ao aporte argumentativo que avalia os argumentos deduzidos na petição inicial.

#### 4.3.2. Normalidade, Tensão e Crise. Critérios para uma interpretação razoável da Constituição.

Há um pressuposto fático essencial para equacionar a discussão posta nos autos. É necessário delinear se o país se encontra numa situação de normalidade, de tensão ou de crise. A depender desse pressuposto fático é que se validarão os argumentos jurídicos com legítimos e razoáveis.

Para apreender essas distinções sobre a situação concreta do país, invoca-se o pensamento de Carl Schmitt e John Rawls, os quais, apesar de filiarem-se a tradições distintas do pensamento político de jurídico, oferecem luzes aqueles que pretendem elucidar o problema posto na petição inicial.

Tanto Rawls, quanto Schmitt entendem que uma situação é de normalidade, quando as instituições são capazes de proteger os direitos básicos dos indivíduos. Nessa situação, vige o princípio da legalidade em sua máxima expressão, assim como o respeito às instituições. Como afirma Schmitt, o Estado concentra “[...] em si todas as decisões políticas e, assim, [produz] a pacificação intra-estatal”<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Alexandre Franco Sá. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 57



O Estado monopoliza a situação normal, que

[...] consiste em introduzir *dentro* do Estado e do seu território uma completa pacificação, em produzir “tranquilidade, segurança e ordem” e, através disso, em criar a situação *normal*, a qual é o pressuposto para que em geral possam ser válidas normas jurídicas, pois cada norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que seja, em relação a ela, completamente anormal.<sup>85</sup>

No entanto, nem sempre essa condição jurídica de normalidade se faz presente, significando dizer que existem situações de anormalidade, em que os direitos básicos poderão sofrer inflexões, desde que o intuito seja de restabelecer a situação de normalidade.

Schmitt destaca que a relação entre normalidade e anormalidade não se comporta como uma regra, cuja satisfação ou violação se dá de maneira absoluta e irremediável (tudo ou nada). Ao contrário, existem graus de intensidade entre uma situação e outra, de maneira que a crise representa o “[...] mais extremo grau de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação”<sup>86</sup>.

Todavia, Schmitt não estabelece critérios para distinguir entre uma situação de **crise** - anormalidade grave, típica de um estado exceção, em que um conflito existencial entre seres humanos se avizinha ou está a ocorrer - e uma de **tensão** - caso de anormalidade menos intensa, em que não há conflito severo entre seres humanos, como numa guerra civil -, pois confia que o soberano saberá promovê-la.

A petição inicial da ADI faz menção ao princípio da proporcionalidade e indica o gradiente justificador para a suspensão dos direitos, porém, embrenha-se num raciocínio binário, que enfraquece suas premissas. Afirma-se que a situação ou é de normalidade (estado de direito), ou é de grave crise (estado de exceção), ignorando a existência da situação de tensão.

Segundo o autor da ação, os Estados e os Municípios estariam adotando medidas típicas do estado de exceção (estado de sítio), quando tal providência não foi decretada oficialmente pelo Chefe de Estado. Em decorrência do reducionismo binário, conclui-se que a situação atual é de normalidade e a par dessa premissa

---

<sup>85</sup> SCHMITT, 2005, p. 85

<sup>86</sup> SCHMITT, 2015, p. 51.



pretende-se afastar as providências adotadas pelos Estados e Municípios. Todavia, a questão é mais complexa, de maneira que o raciocínio binário não é suficiente para equacionar o problema.

John Rawls, notadamente no seu livro *Liberalismo Político*, apresenta argumentos no sentido de que se deve observar uma certa proporcionalidade nas restrições às liberdades, quando as instituições se encontram em situação de anormalidade menos intensa.

Resta, então, definir aproximadamente em qual situação se encontra o Brasil diante do cenário pandêmico, para identificar se alguma das soluções propostas pelos filósofos para momentos de crise ou tensão se mostraria a mais adequada. Assim, objetiva-se enquadrar ou aproximar o momento presente a uma das seguintes categorias: normalidade, tensão ou crise, para então estabelecer uma relação com a teoria dos filósofos sobre as possibilidades de restrições de direitos.

A questão é complexa pois quando da elaboração das teorias aqui explanadas nenhum dos filósofos considerou a hipótese de um vírus altamente contagioso com potencial de ceifar, até o momento, mais de 3 milhões de vidas em todo o mundo. Dito isso, de plano, destaca-se que nenhuma das concepções se encaixa com perfeição à realidade desta Pátria, de tal maneira que será feito um raciocínio de aproximação, a partir da avaliação do grau de instabilidade gerada pela pandemia no País.

#### a) Normalidade

Pode-se considerar que na situação de normalidade, na qual vigem as regras do estado democrático de direito, existe uma prioridade de proteção do indivíduo por meio da garantia de direitos fundamentais. Os embates são entre ideologias, de modo que é assegurada a liberdade de expressão e outras liberdades básicas, não existindo conflitos existenciais entre os cidadãos, pois os diferentes modos de vida coexistem e não são capazes de gerar embates existenciais. As divergências que porventura podem surgir na sociedade são passíveis de solução pelas regras do direito, o que assegura a paz interna e a segurança jurídica necessárias para que os cidadãos possam ter projetos de vida.



Há confiança na lei e no correto funcionamento das instituições, pois as normas resultam da vontade do povo representada pelos governantes democraticamente eleitos, de tal modo que a legalidade equivale à legitimidade. Existem, ainda, mecanismos de controle e separação dos poderes, que permitem a fiscalização da atuação das instituições e dos representantes eleitos, o que garante que as omissões serão sanadas e os abusos de poder repelidos.

Portanto, a normalidade pode ser entendida como a conjuntura do estado democrático de direito na qual o Estado e suas instituições funcionam de maneira independente e operam sob o império da lei, no qual existe a prioridade de defesa do indivíduo de modo que essa salvaguarda — e a confiança de que o Estado pode promovê-la — permite a manutenção da estabilidade interna do país.

Caso esta Corte qualifique a situação atual como de normalidade, a ADI n.º 6788 deverá ser julgada integralmente procedente, porque as liberdades básicas dos indivíduos estão sofrendo restrições indevidas.

No entanto, se a situação de normalidade for tomada dessa forma, indaga-se: as instituições dão conta de proteger os indivíduos do vírus e de assegurar que as pessoas tenham condições de manter a subsistência em situações de isolamento; o âmbito econômico está funcionando de forma adequada, no sentido de que o Estado intervenha nesse âmbito na medida certa?

É inevitável ressaltar o triste número de vidas brasileiras perdidas: até o momento em que esse parecer foi redigido, foram 460 mil mortes. Esse número por si só é assustador, porém, a título de comparação, é superior ao número de soldados americanos mortos na Segunda Guerra Mundial. Diante disso, não se pode afirmar que a situação é de plena normalidade.

Quando um indivíduo se vê obrigado a expor-se ao risco de morte ou de contrair sequelas pelo vírus pois, caso contrário, ele deixa de auferir o seu próprio sustento o ou o de sua família, pode surgir a ideia de que o Estado não é capaz de lhe proteger, abalando a confiança depositada no representante escolhido.

Seria razoável supor, então, que um Estado que preza pela proteção dos indivíduos, diante de um vírus ainda não conhecido plenamente pela ciência - que mata e deixa sequelas sobre as quais não se tem a certeza de cura e que, quanto mais circula, mais pode sofrer mutações que o tornem ainda mais perigoso - faria



um esforço coordenado de medidas para, em primeiro lugar, acautelar a vida e a saúde dos seus cidadãos.

O grande problema quando se trata de medidas de prevenção ao vírus é que, uma das principais delas, a saber, manter as pessoas em casa ou, ao menos, em afastamento uma das outras, é também um fator prejudicial à economia. Neste seguimento, num governo que se pauta por uma atuação menos intervencionista, a oposição a medidas que podem prejudicar o âmbito econômico parece guardar coerência com seus pressupostos, apesar de significar que mais pessoas vão adoecer e morrer. Nessa linha argumentativa, o âmbito público, que deveria prover a proteção dos indivíduos, está colonizado por interesses do tipo econômico, preferindo-se proteger este último em detrimento da vida e saúde dos indivíduos.

A economia também parece não estar operando em sua normalidade. Isso se observa pelo PIB brasileiro acumulado em 2020, que sofreu queda histórica de 4,1%<sup>87</sup>. Associado a isso, a alta dos preços torna o custo de vida mais caro, de modo que as pessoas cortam gastos e reduzem o consumo, o que conclui um ciclo prejudicial à economia, pois reduz a circulação de mercadorias e dinheiro. Os índices de desemprego também contribuem para isso, de modo que houve queda geral de ocupações no início de 2020<sup>88</sup>. Observou-se uma melhora nesse cenário no final do ano de 2020, o que pode se dever às flexibilizações de abertura do comércio decretadas por prefeitos e governadores.

De toda forma, o que se questiona é se o raciocínio economicista, cujo utilitarismo enviesado reduz a vida das pessoas à análise da lucratividade dos operadores do mercado, efetivamente protege o bem estar das pessoas (físicas) no momento presente. Se o autor da ação demonstrasse, concretamente, a inevitabilidade da perda de vidas, comprovando que nada há a fazer, a não ser salvar a economia e os empregos, seu argumento poderia ser acolhido.

---

<sup>87</sup> Agência de Notícias IBGE. **PIB cai 4,1% em 2020 e fecha o ano em R\$ 7,4 trilhões**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30165-pib-cai-4-1-em-2020-e-fecha-o-ano-em-r-7-4-trilhoes>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

<sup>88</sup> Agência de Notícias IBGE. **Desemprego recua para 13,9% no 4º tri, mas taxa média do ano é a maior desde 2012**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30130-desemprego-recua-para-13-9-no-quarto-trimestre-mas-e-o-maior-para-o-ano-desde-2012>>. Acesso em 3 mai. 2021.



Mas, não é o que se extrai da exordial, que induz ao raciocínio que se deve interpretar a situação concreta como se o país se encontrasse numa situação de normalidade, pois, o caso não é de um estado de sítio. Ora, o caso não é de normalidade, embora também não se caracterize como um estado de sítio. Portanto, é necessário atentar-se para a armadilha argumentativa binária, que pretende ocultar um outro cenário intermediário, a seguir denominado de tensão.

#### b) Distinção entre Crise e Tensão.

A crise, que se desenvolve como um estado de exceção, se opõe à estabilidade. Na situação crítica, a prioridade deixa de ser a proteção do indivíduo e passa a ser a proteção do Estado, cuja integridade se encontra ameaçada por uma força interna ou externa. Essa prioridade é o que justifica a suspensão de normas garantidoras de direitos, de modo que não é possível assegurar nem mesmo direitos fundamentais como o direito à vida (pois as pessoas podem ser enviadas para morrer em um campo de batalha e os atos de traição podem ser punidos também com a morte) e a liberdade de expressão (já que o Estado se encontra demasiadamente fragilizado e não pode lidar com a manifestação de ideias contrárias).

Essas suspensões de direitos são, em verdade, a supressão do próprio regime democrático, e, consoante ao que afirma Agamben, essa ordem que pretende proteger a democracia não é democracia<sup>89</sup>. Nesse sentido, a situação crítica pode abrir o caminho para a revolução pela criação de uma nova ordem que extingue a anterior<sup>90</sup>.

A tentativa de institucionalizar algumas hipóteses de crise de modo que se possa ter algum controle sobre ela parece ser em vão, uma vez que os conceitos jurídicos que autorizam a decretação de medidas como o estado de sítio ou estado de defesa são indefinidos e propositalmente amplos, o que permite uma

<sup>89</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 29.

<sup>90</sup> ARRAES, Roosevelt. **Consenso e conflito na liberal democracia: Jonh Rawls e Carl Schmitt**, tese de doutorado, PUC/PR, 2019, p. 188. <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos//00007d/00007d07.pdf>



discricionariedade quase absoluta ao chefe do poder executivo, de modo que a maioria da doutrina brasileira entende que o poder judiciário sequer pode exercer controle sobre os critérios de conveniência e oportunidade das medidas.

Na situação crítica não há separação dos poderes, vez que é o chefe do executivo quem legisla por meio de decretos-lei. Não há confiança na lei nem segurança jurídica, de modo que a incerteza quanto à situação futura (pois não se sabe se uma nova ordem será instituída ou se regressará para a ordem anterior) não permite que os indivíduos construam projetos a longo prazo.

Apesar da crise possuir um grau de incerteza, uma vez constatada a situação crítica e definida a prioridade de proteção do Estado, é possível que alguns parâmetros sejam adotados. Para os indivíduos, existe a clareza de que direitos podem sofrer restrições e para as instituições, sob o comando do Chefe de Estado, existe o dever de tomar as medidas cabíveis para regressar à normalidade:

Nesse sentido estrito, a crise sempre deve ser superada, seja para restabelecer a ordem, seja para criar uma nova. Por se tratar de uma situação de passagem, de deslocamento, ela se põe como o contrário da estabilidade. [...] Aqui, ao menos, há a convicção de que, em algum momento, essa crise chegará a um termo; do mesmo modo que há a certeza da permanente exposição do combatente à morte enquanto não se chegar a esse termo.<sup>91</sup>

Deste modo, a crise deve ser entendida como aquele momento no qual se configura o ápice do conflito, que pode ser interno (como no caso de uma guerra civil) ou externo (uma guerra entre nações), o qual exige uma posição firme do Estado, cujo objetivo deve ser garantir uma ordem mínima enquanto não for possível regressar à normalidade<sup>92</sup>.

O raciocínio binário delineado na exordial apresenta um dilema equivocado. Caso esta Corte reconheça que não houve decretação válida do estado de sítio (estado de exceção/crise), então, a ação deverá ser julgada procedente para possibilitar que os indivíduos retomem a amplitude de suas liberdades básicas, inclusive a de se aglomerarem, de retomar atividades empresariais, as quais, como

---

<sup>91</sup> ARRAES, 2019, 188.

<sup>92</sup> Nesse sentido, Arraes aponta que o Estado busca sempre afastar a anomia, que é a máxima situação de ausência de proteção para os indivíduos.



se tem visto, quando não reguladas e bem-ordenadas, contribuem para a disseminação do vírus. Por outro lado, caso se afirme que a situação é de crise, típica de um estado exceção, então, esta Corte estará a cancelar, por via transversa, que o Chefe de Estado (o Presidente da República) pode atuar à margem da Constituição, já que as amarras do Estado de Direito estariam suspensas.

Mas, este dilema ignora que existe mais um pressuposto fático a ser considerado, e que desmitifica essas opções perturbadoras. O caso não é nem de normalidade, nem de crise, mas de tensão.

Se a crise é o ápice da situação de instabilidade institucional e se opõe à normalidade, a tensão é o intermédio entre esses dois pontos. Ela pode ocorrer tanto antes quanto depois da crise e caracteriza-se pela incerteza sobre a vigência da normalidade ou se já ocorre uma crise. Como afirma Arraes:

Já a tensão, como passagem de um âmbito a outro, diz respeito à situação de apreensão/preocupação decorrente da percepção da proximidade ou do distanciamento de uma crise, que gera um estado de alerta indefinido. Não se trata de um estado de exceção permanente, mas de uma dubiedade sobre a vigência do político ou do jurídico.<sup>93</sup>

É natural que as pessoas não saibam como agir em situações de tensão, pois não é possível determinar se a prioridade do Estado é garantir a proteção dos indivíduos (o que se esperaria em uma situação de normalidade) ou se a prioridade é a sua própria proteção (o que é definido em uma situação crítica).

Daí a dúvida dos indivíduos sobre a legitimidade das restrições aos seus direitos individuais. Em suma, a tensão é uma zona nebulosa que paira entre o limiar do Estado de direito e a crise (estado de exceção), e não é possível saber onde um termina e o outro começa. E é diante dessa situação que as instituições devem apresentar-se como um farol em meio à penumbra.

---

<sup>93</sup> ARRAES, 2019, p. 217.



### c) A lanterna autoritária

Carl Schmitt não diferencia a crise da tensão, pois confia que a análise dos graus de instabilidade (crise ou tensão) depende de um juízo do Guardião da Constituição, ou seja, o Presidente do *Reich*. É o soberano que decide se a situação é ou não é crítica e, a partir disso, toma as medidas necessárias para o restabelecimento da ordem ou, simplesmente, se omite quanto a qualquer política pública, por considerar que a situação é de normalidade. Toda a confiança é depositada no soberano, e assenta-se na crença de que ele saberá distinguir as diferentes intensidades de instabilidade e decidir quais medidas são mais adequadas para superá-la.

A experiência da Alemanha nazista bem evidenciou os riscos da confiança excessiva numa liderança carismática e tirânica. Como adverte Eduardo Mendonça, Schmitt superestima o decisionismo do líder (*fürher*) e sua proposta não se compatibiliza com um Estado Democrático de Direito nos moldes do brasileiro.

A partir desse concepção política, [Schmitt] maneja suas premissas de forma nem sempre segura, deixando sem maiores explicações a difícil compatibilização entre teoria da subsunção e decisionismo, ou o motivo da maior independência do Chefe de Estado para desempenhar a tarefa de elemento harmonizador.<sup>94</sup>

A contribuição de Schmitt se encerra aqui, e não se mostra adequada à realidade constitucional brasileira, pois o filósofo não fornece nenhuma diretriz sobre como o Presidente da República deveria agir ou quando e por quais razões, a situação crítica deve ser deflagrada, nem em que medida seria possível restringir direitos fundamentais. Em todo caso, infere-se que o autor não admitiria que o poder judiciário tomasse tal decisão e, muito menos, que a impusesse ao Presidente. O autor, tampouco, legitima o raciocínio binário, que ignora os graus de intensidade da situação de anormalidade, embora, como sobredito, confie no discernimento do chefe de Estado.

---

<sup>94</sup> MENDONÇA, Eduardo. **A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre direito e política.** RDE Revista de Direito e Estado, Ano 4, n.º 13, 211-247, jan/mar-2009, p. 222.



Pontua-se, aqui, que essa outorga irrestrita de poderes ao chefe do executivo se mostra problemática, já que tais poderes podem abrir caminho para providências (comissivas ou omissivas) autoritárias.

Sob esse ponto de vista, a única maneira de impor restrições de direitos generalizadas seria pela decretação de estado de sítio, o que atrairia a referida prerrogativa do chefe de Estado. Ressalta-se, de toda forma, que as medidas adotadas pelos Estados e Municípios (ex: *lockdown*) não caracterizam *prima facie* medidas típicas do estado sítio, logo, não há que se falar em usurpação da competência do Presidente. A situação concreta não é de crise (estado de sítio), por conseguinte, tampouco pode o Presidente decidir, à margem da Constituição, sobre a forma de (des)proteger os indivíduos.

Então, a legitimação da autoridade das ações/omissões do Presidente, dos Governadores e Prefeitos deve se dar em vista de uma situação concreta de tensão. A situação de tensão diferencia-se da normalidade, logo é legítima a restrição de alguns direitos, porém, de maneira menos intensa e desde que vinculada ao propósito de proteger a vida e a saúde dos indivíduos.

#### d) A razoabilidade da lanterna constitucional

A teoria da justiça de John Rawls propõe-se a ordenar as principais instituições da sociedade a partir de dois princípios de justiça, que também figuram como um horizonte para a interpretação das Constituições das sociedades democráticas modernas, como a brasileira. Segundo o autor:

- (a) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- (b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).<sup>95</sup>

<sup>95</sup> RAWLS, John. Justiça como equidade: Uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.60.



Para Rawls, restrições às liberdades básicas só são justificáveis diante de uma crise intensa, ou seja, quando o Estado se encontra ameaçado e fragilizado a ponto de não conseguir lidar com determinada situação de outra maneira (ex: guerra). Em situações de instabilidade menos graves, como ocorre em situações de tensão, tais restrições somente se justificam quando avaliadas sob o ponto de vista de todas as pessoas afetadas pela restrição. Ou seja, segundo o autor, deve-se construir um ponto de vista razoável sobre a polêmica, pois,

[...] parece razoável e de modo geral aceitável que ninguém seja favorecido ou desfavorecido pelo acaso ou pelas circunstâncias sociais na escolha dos princípios (RAWLS, 2002a, p. 20).

No seu *Liberalismo Político*, Rawls trata da possibilidade de restrição de direitos em determinadas condições, admitindo, em certa medida, restrições razoáveis às liberdades básicas. O autor analisa a possibilidade de mitigação das liberdades políticas em situação de tensão e, conforme será demonstrado a seguir, tal raciocínio presta-se a orientar a discussão travada nestes autos.

A partir do exemplo das liberdades políticas, em especial a liberdade de expressão, o filósofo considera que a democracia pode se tornar instável, uma vez que<sup>96</sup>:

Mesmo num regime democrático, supõe-se que forças sociais voláteis e destrutivas podem ser ativadas pelo discurso revolucionário, forças que ardem invisíveis sob a superfície calma da vida política e que explodem subitamente com uma violência incontrolável, varrendo tudo à sua frente. No entanto, quando a livre expressão política é garantida, problemas graves não passam despercebidos nem se tornam extremamente perigosos de repente. São publicamente apontados; e, num regime moderadamente bem governado, são levados em conta pelo menos em certo grau.

A liberdade de expressão, enquanto liberdade política, tem o condão de assegurar a existência e permanência do próprio sistema democrático. Isso se explica pelo fato de que essa garantia é um meio de atenuar as tensões sociais geradas pelo que Rawls denomina de ressentimento, que é ocasionado pela sensação de injustiça e que acarreta a falta de cooperação social. Por considerar

---

<sup>96</sup> RAWLS, 2000. p. 404.



que a liberdade de expressão possui essa função de amenizar as tensões em uma sociedade, Rawls estabelece que a sua restrição somente poderia se dar em casos bem específicos. Esse mesmo raciocínio se aplica, *prima facie*, para a liberdade de ir e vir, para a liberdade de empreender ou para a liberdade de visitar templos, invocada na petição inicial.

O autor, então, pondera que deve haver um ponto no qual a expressão política deve ser restringida, a partir da análise da constitucionalidade do crime de libelo sedicioso, que tipifica a conduta de se insurgir contra o governo, propagando doutrinas revolucionárias, contrárias ou críticas à ordem estabelecida<sup>97</sup>. A partir disso, delinea quando tal restrição se configura legítima, o que abre caminho para determinar a legitimidade de restrições a outras liberdades fundamentais em situações de instabilidade institucional.

Para Rawls, como a restrição à liberdade de expressão é uma supressão parcial da democracia, para que seja legítima, deve existir uma crise institucional severa, já que<sup>98</sup>

em termos de uma doutrina constitucional, a prioridade da liberdade implica que a livre expressão política não pode ser restringida, a menos que se possa argumentar razoavelmente, a partir da natureza específica da situação presente, que existe uma crise constitucional na qual as instituições democráticas não têm condições de operar efetivamente, e na qual seus procedimentos para lidar com as emergências não funcionam”

Denota-se, em Rawls, uma ideia de proporcionalidade, já que a restrição somente se justifica em casos nos quais a supressão da liberdade de expressão seja necessária para impedir que outras liberdades sejam violadas<sup>99</sup>

Na justiça como equidade, esse tipo de expressão entra na categoria das liberdades básicas, e, embora essas liberdades não sejam absolutas, seu conteúdo só pode ser restringido (em contraposição a regulá-las de maneiras coerentes com a manutenção de um sistema plenamente adequado) se isso for necessário para evitar uma perda maior e mais significativa, direta ou indireta, dessas liberdades.

---

<sup>97</sup> ARRAES, 2019, p. 193.

<sup>98</sup> RAWLS, 2000, p. 412.

<sup>99</sup> Idem, p. 413.



Então, a liberdade de expressão, que se está tomando como exemplo para o raciocínio a seguir delineado, só pode ser restringida se isso for estritamente necessário para assegurar que ela exista futuramente. Não é o perigo *in abstracto* do exercício da liberdade que determina se ela deve ser restringida ou não, mas, a realização concreta de ações eficientes no sentido de inviabilizar o sistema de proteção dos indivíduos pelo Estado. Por consequência, ao constatar que numa situação de tensão não é possível preservar a plenitude das liberdades, algumas restrições serão legítimas.

A discussão que pode ser travada aqui é sobre a prioridade que cada valor/direito pode assumir a depender das circunstâncias de maior ou menor possibilidade de contágio pelo vírus, cujas consequências podem ser a morte ou sequelas, e a maior ou menor possibilidade de garantir o sustento sem se expor ao vírus. Devem ser considerados, prioritariamente, aqueles que mais seriam afetados pelo *lockdown* e pela doença: os trabalhadores e empresários que não podem exercer suas atividades remotamente; as pessoas do grupo de risco e os que convivem com aqueles do grupo de risco.

Os pontos de vista são diversos, mas destacam-se alguns que parecem ser mais relevantes para o debate em questão: a situação das grandes empresas que não são tão afetadas pelo fechamento do comércio (que poderiam aceitar o fechamento por algum período curto de tempo); a situação do pequeno comerciante, que será mais afetado (poderia aceitar restrições de funcionamento ou que o fechamento venha acompanhado de algum auxílio financeiro); a situação das pessoas do grupo de risco ou que convivem com alguém do grupo de risco, que não aceitariam trabalhar, caso tenham condições para isso, já que se contrair o vírus, pode falecer ou causar a morte de seus entes queridos; as pessoas comuns, que podem contrair o vírus, mas tem menor probabilidade de perder a vida, mas possuem grandes chances de apresentar sequelas (que poderiam aceitar trabalhar desde que devidamente munidas com EPIs), etc.

Assim, sem prejuízos de outras situações que podem ser levadas em conta, deve-se ponderar, por exemplo, que para aqueles pertencentes ao grupo de risco ou que convivem com aqueles do grupo de risco, a prioridade é manter o confinamento, caso tal providência se mostre a mais adequada para a preservação



da vida e da saúde. Do mesmo modo, para aqueles que desempenham atividades não essenciais à sociedade, a prioridade deve ser também manter o confinamento ou exercer suas atividades com algumas restrições, a depender do cenário local, em vista da proteção coletiva dos referidos direitos fundamentais. Nesses dois casos, a efetivação dessas medidas pode significar que será necessário algum tipo de auxílio assistencial para aqueles cuja atividade laboral seja afetada e o seu não exercício signifique a perda ou diminuição da fonte de renda para alguém do necessário a uma existência digna. É razoável, portanto, algum auxílio financeiro associado à flexibilização das normas trabalhistas, tributárias, etc., que as permita manter sua saúde até que sejam vacinadas.

Para aqueles cuja atividade laboral pode ser desempenhada à distância, da mesma forma, a prioridade deve ser manter o confinamento, independentemente de pertencerem ao grupo de risco. Se o trabalho dessas pessoas pode ser realizado de forma remota, qual a razão de expô-la ao risco de contrair o vírus e falecer, ou adquirir sequelas ou agir como propagador da doença? Em relação às pessoas que se encaixam nessa descrição, não deve haver qualquer dúvida de que elas devem permanecer em casa, ante a possibilidade de continuar exercendo seu ofício de forma segura para si e para os outros, já que se reduz a possibilidade de circulação do vírus.

Ainda, deve ser analisada a situação das pessoas fora do grupo de risco, mas que, incalculavelmente estão sujeitas ao contágio e, mesmo que se recuperem, podem ficar com sequelas da doença, ou, ainda que não sejam do grupo de risco, podem necessitar de um leito de UTI e não encontrar, em virtude de uma superlotação. Para essas pessoas, se for possível o trabalho remoto, isso deve ser feito; caso, em virtude da natureza da atividade exercida, não possam trabalhar de forma remota, deve lhes ser assegurado que exerçam suas atividades de maneira segura, ou, ao menos, que se reduza o risco de contaminação, através de restrição da circulação de pessoas, horários de funcionamento diferenciados e a adequada proteção com EPIs e álcool 70°.

As pessoas também devem analisar a situação do ponto de vista dos comerciantes, grandes e pequenos, que podem ser mais ou menos afetados pelo fechamento do comércio. Em relação aos grandes comerciantes, a prioridade deve



ser garantir a saúde dos funcionários, uma vez que dificilmente sofrerão abalo, inclusive pelo fechamento total, vez que possuem melhores condições financeiras de se manter funcionando (com o comércio online, por exemplo), mas também poderia ser possível uma gradual abertura caso observado um recuo na velocidade de contaminação e mortes.

Quanto aos pequenos e médios estabelecimentos, a prioridade pode ser o funcionamento do estabelecimento, pois podem enfrentar grandes dificuldades com um fechamento total. Então, para eles, em locais onde a contaminação e as mortes estão mais controladas, deveria ser pensada uma forma de restrição (e não fechamento total) de horários de abertura, desde que adotadas as medidas sanitárias que objetivam reduzir a possibilidade de contágio. Em localidades nas quais a doença se mostra mais agressiva, pode-se justificar um fechamento por curto período juntamente com alguma forma de auxílio financeiro (como linhas de crédito, isenções fiscais ou normas de flexibilização de aluguéis) para que possam se manter<sup>100</sup>.

As pessoas também podem perceber que o *lockdown* não pode ser praticado por todos, pois algumas atividades laborativas não são possíveis de serem realizadas de maneira remota, o que deixa os trabalhadores que as exercem com duas opções: ou cumprem o confinamento e ficam sem sustento próprio e de sua família ou continuam trabalhando e se expõem ao risco de contágio pelo vírus.

As pessoas podem ponderar que o *lockdown* é um instrumento útil para que se retorne à estabilidade, pois reduz a circulação do vírus e, conseqüentemente, o número de infectados e de mortes. Entretanto, devem também considerar que o fechamento dos estabelecimentos comerciais é prejudicial para os comerciantes, principalmente os pequenos empresários, e para os trabalhadores que exercem atividades essencialmente presenciais, que ficam sem sustento em um *lockdown* mais severo.

---

<sup>100</sup> Logicamente, existem outras inúmeras possibilidades a serem analisadas, e a relação de prioridade entre os valores aqui ventilados pode sofrer alterações, uma vez que o vírus é dinâmico (a cada dia surgem novas cepas com transmissibilidade e mortalidade mais elevadas) e, devido à vastidão territorial do Brasil, cada estado e município possuem realidades que exigem ponderações distintas.



A partir desses pontos de vista, um consenso razoável deverá apontar que em locais nos quais o contágio e as mortes pelo covid estão mais acentuados são justificáveis restrições mais severas. Deverá apontar também que naquelas cidades ou estados em que as taxas de contágio e mortes estão mais baixas, o fechamento total não é razoável, mas algumas restrições às liberdades básicas podem ainda ser necessárias. Em localidades como capitais ou cidades com alta concentração populacional em pouco espaço, isolar somente as pessoas do grupo de risco pode não ser suficiente. Em cidades com população mais reduzida, é possível uma abertura maior sem que isso acarrete mais mortes, desde que observadas as restrições sanitárias relacionadas ao uso de EPIS, prática da higienização, etc.

Assim, para cada grau de velocidade das contaminações e mortes (o que varia em diferentes cidades, regiões e estados), deve-se estabelecer mais ou menos restrições, sendo que somente as restrições estritamente necessárias à preservação da vida e da saúde são razoáveis. Isso, pois, definir de forma nacional quais direitos devem ser restringidos ou ampliados e por quanto tempo, pode ser uma medida exagerada em alguns locais e insuficiente em outros.

Justifica-se, entretanto, excetuadas as medidas que devam ser avaliadas localmente, estabelecer alguns parâmetros gerais para determinar, por exemplo, o que pode ser considerado atividade essencial, quais atividades podem ser adaptadas para serem realizadas de forma remota, quais atividades podem ter seus horários de funcionamento flexibilizados a fim de evitar aglomerações no transporte público, já que isso permite uma maior segurança jurídica quanto a esses pontos, inclusive para determinar quais setores poderão receber auxílios financeiros, estímulos fiscais, etc.

Por fim, ainda que a vacinação esteja ocorrendo de maneira gradual, não há no momento, certeza de que as pessoas vacinadas ou medicadas com outras formas de tratamento não poderão contrair a doença e propagá-la, tampouco que as vacinas e tais tratamentos serão eficientes contra as novas cepas do vírus. Nesse sentido, as vacinas e os tratamentos precoces ou alternativos constituem uma cautela adicional, uma precaução, mas, não uma certeza de que as pessoas estarão completamente livres do mal que podem impor a si e a terceiros, de maneira



que os argumentos anteriormente esposados não perdem sua força em razão do avanço da vacinação.<sup>101</sup>

Ou seja, a situação de tensão, que exige cautela e impõe um maior dever de cuidado por parte dos administradores públicos, permanece. Do mesmo modo, a necessidade de se promover a restrição de algumas liberdades básicas, em função da preservação da vida e da saúde coletiva ainda se faz necessária. Tais restrições devem permanecer enquanto indispensáveis ao restabelecimento da situação de normalidade e desde que mostrem algum grau de eficiência.

Não se exige a certeza matemática sobre a eficiência das medidas restritas, justamente porque a situação é de tensão. De toda forma, não é razoável adotar medidas restritivas à liberdade que não tenham, ao menos, uma chance razoável de conter a disseminação do vírus. Tal juízo depende de uma avaliação técnica de especialistas (ex: infectologistas, pesquisadores da área de saúde, etc.), a ser apresentada em cada caso concreto, de maneira que a esta Corte caberá, indicar os critérios razoáveis, mais gerais, para a interpretação da Constituição. No entanto, a constatação da violação a esses critérios deverá ser averiguada em cada caso concreto, cabendo aos interessados adotarem as medidas sociais, políticas, econômicas e jurídicas cabíveis, objetivando o respeito aos citados critérios perante as instâncias judiciais locais. Ou seja, os critérios a serem firmados por esta Corte poderão figurar como um horizonte interpretativo seguro para a edição dos atos pelos administradores públicos e para o controle desses atos pelo Judiciário.

---

<sup>101</sup> Os estudos realizados na cidade de Serrana indicam que a contaminação e o número de morte por COVID-19 somente diminuem depois de se **vacinar 75% da população com as duas doses**. Até o momento, porém, apenas 10,81% da população encontra-se vacinada.

<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2021/05/30/prefeito-de-serrana-sp-comemora-resultados-da-vacinacao-em-massa-e-espera-que-cidade-se-torne-exemplo-de-retomada.ghtml>

<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/06/05/vacinacao-covid-19-coronavirus-05-de-junho.htm>



## 5. CONCLUSÃO

Não se verifica inconstitucionalidade formal nos atos normativos editados por gestores estaduais e municipais que disciplinam medidas de enfrentamento à pandemia do covid-19, seja porque possuem pressuposto de validade em legislações federais que disciplinam a matéria, seja porque editados pelas autoridades competentes para avaliar as situações sanitárias locais.

Quanto ao mérito, a partir dos conceitos de normalidade, crise e tensão, denota-se que, apesar de formalmente vigorar o estado de direito, o país não está na normalidade, de modo que não existe certeza sobre qual a real situação, já que, por um lado, vigem as regras do estado de direito, por outro, não se pode dizer que a situação é de plena estabilidade institucional.

É certo que no Brasil não se verifica uma crise que enseje um estado de exceção, como consequência, não há que se falar em restrição de direitos e garantias fundamentais de forma generalizada e, muito menos, sem necessidade. Não se justificaria, portanto, sob o panorama teórico aqui proposto, restrições generalizadas de direitos (como um *lockdown* e toque de recolher nacionais), uma vez que a integridade do Estado não se encontra ameaçada ao ponto de justificarem essas medidas excepcionais.

Dos conceitos de crise, normalidade e tensão aqui expostos, a primeira vista, a tensão parece melhor se amoldar à realidade brasileira. Como uma das formas mais eficazes contra a disseminação da doença é o *lockdown*, tal objetivo não pode ser efetivado sem que o Estado atue de maneira coercitiva, impondo alguma restrição, especialmente do direito de ir e vir e do direito de reunião, para preservar a vida e a saúde das pessoas, sob um ponto de vista coletivo. Diante disso, já que a situação é intermediária, exige uma resposta também intermediária.

A tensão é uma situação intermediária, em que o Estado deve impor restrições alguns direitos básicos para preservar outros de maior importância. Supera-se, assim, a tese de que um indivíduo, a pretexto de defender suas liberdades e garantias fundamentais, pode preservar o direito de expor terceiros a um risco desnecessário de vida.



Exemplificadamente, num momento de grave contágio de dengue, a garantia constitucional à inviolabilidade do domicílio cede espaço às prerrogativas do Estado, que pode atuar no sentido de impedir a disseminação da doença, combatendo os focos de proliferação do mosquito *aedes aegypti*. Ou seja, não há um direito subjetivo de expor as demais pessoas a um risco excessivo de adoecimento e morte. A autoridade, no caso de tensão, legitima-se ao restringir a liberdade dos indivíduos, a fim de assegurar direitos mais fundamentais da coletividade. Essa prática estatal em relação à dengue, ilustra a razoabilidade de algumas providências adotadas por Estados e Municípios em relação à Covid-19.

Portanto, é um equívoco pensar a relação *protego ergo obligo* e a legitimidade das ações das autoridades públicas desconsiderando a diferença entre a situação de normalidade, de tensão e de crise. Por conseguinte, sobrepor direitos individuais, que podem expor a coletividade a risco existencial desnecessário numa situação de tensão não é razoável, assim como não é pertinente sobrepor aos direitos individuais intervenções estatais mais intensas em situação de normalidade.

Então, a discussão posta nas ações constitucionais não depende, apenas, de uma análise *in abstracto* da Constituição, presumindo-se que a situação é de normalidade e que é possível defender o amplo exercício da liberdade. É necessário situar se a situação atual é de normalidade, tensão ou de crise. Por consequência, o julgamento dessa ação somente servirá de paradigma e poderá se servir de precedentes que se refiram à situação concreta que ela assume como pressuposto ou a normalidade, ou a crise ou a tensão.

Aqui surge a discussão sobre quem pode determinar qual é a situação concreta a ser pressuposta para o controle de constitucionalidade. Ou seja, quem decide, em última instância, sobre a situação concreta institucional? Quem é o guardião? Num modelo institucional cesarista, o chefe de Estado decide de maneira incontrolável por esse pressuposto e se autolegitima de acordo com a qualificação que ele mesmo determina sobre a situação institucional. O voluntarismo dessa escolha impossibilita qualquer controle racional sobre suas decisões.

Num regime constitucional e democrático, todavia, as cláusulas de controle recíproco dos poderes exigem das instituições a racionalização das escolhas, ainda que existam divergências sobre quais são as decisões mais razoáveis a serem



adotadas. É nesse contexto que se insere a prerrogativa do STF de lançar luzes ao debate de maneira a apresentar critérios razoáveis para a interpretação da Constituição, em face da atual situação de tensão, indicando quais direitos são mais fundamentais, quais restrições são legítimas e quais são desproporcionais.

A par do que se argumentou opina-se contrariamente à imposição de medidas restritivas de direitos em caráter nacional, apesar de ser possível o estabelecimento de alguns parâmetros normativos gerais (como o que pode ser considerado essencial ou quais atividades podem ser desenvolvidas de forma remota), até para se definir quais setores necessitarão de apoio econômico e social. Essa solução, que se mostra menos autoritária parece ser mais apropriada para a situação de pandemia no Brasil, pois aponta que é possível decidir sobre a possibilidade de restrição de direitos por meio do consenso galgado na proporcionalidade.

Não se duvida da necessidade da adoção, em alguma medida, de medidas restritivas, ainda que isso signifique que alguns direitos, principalmente a liberdade de ir e vir e o direito de reunião, possam ser afetados. Entretanto, deve-se definir a medida das restrições, de modo que sejam aplicadas somente quando, nos locais e pelo tempo necessário para assegurar a vida e a saúde das pessoas, admitir algumas restrições temporárias e pontuais de direitos<sup>102</sup>, a serem definidas de forma regionalizada (conforme já tem sido feito por prefeitos e governadores), para que a normalidade, na medida do possível, continue a vigor durante a pandemia, sem que isso signifique que se está em um estado de exceção ou que ele seja necessário para impor medidas de combate ao vírus.

Assim, para evitar que a pandemia se alastre, é razoável restringir a liberdade de ir e vir, exigindo que as pessoas que não estão vinculadas a atividades essenciais, à produção e distribuição de bens indispensáveis à garantia de um mínimo existencial, permaneçam em suas casas, ainda que ao custo momentâneo da prosperidade econômica. Isso significa, também, que as pessoas devem estar preparadas a destinar recursos materiais para aqueles que, por não estarem

---

<sup>102</sup> Mantendo, assim, a coerência com o que já fora decidido por esta Corte quando do julgamento das ADIs 6341 e 6343, no sentido de determinar que as autoridades locais possuem competência concorrente para definir medidas de prevenção contra a Covid-19.



vinculados às referidas atividades essenciais, não tiverem outra forma de manter um mínimo de dignidade. Essas pessoas constituem o grupo dos menos favorecidos, assim como aqueles que, apesar de terem alguma condição econômica mais favorável, não tem acesso aos tratamentos de saúde que somente podem ser oferecidos a um alto custo, a exemplo de maquinários e tratamentos médicos especializados.

Tal proposição rejeita uma solução estritamente utilitarista, segundo a qual a necessidade da imediata recuperação econômica pode barganhar com riscos excessivos de morte para algum grupo de pessoas. Por outro lado, também é razoável aceitar uma recuperação econômica mais morosa, com todas as consequências que isso traz, notadamente quanto à ansiedade de se livrar da situação de tensão. Essa tensão também traz consigo as consequências econômicas e sociais de uma recuperação econômica menos intensa, significando dizer que as pessoas devem estar preparadas a aceitar a mudança no estilo de vida, ao menos no período de tensão.

Também é possível sustentar a razoabilidade desse argumento ao considerar que não é possível antever quem sofrerá o luto, decorrente da perda de um ente querido. Considerando que tal perda representa um sofrimento indesejável, é razoável concluir que uma solução que mitigue a perda de vidas, ainda que a condição econômica não volte a ser tão próspera num prazo menor de tempo, mostra-se justificável. Nesse sentido, a opção de todos retomarem as atividades normais da vida – ir para a rua, voltar à escola, ao trabalho, aos templos, ir ao cinema, etc. –, e, com isso, recobrar o poder econômico que tinham antes da pandemia, não parece uma opção justificável, ao menos enquanto persistir a incerteza sobre a cura e o grau de letalidade do vírus.

Assim, para cada grau de velocidade das contaminações e mortes (o que varia em diferentes cidades, regiões e estados), deve-se estabelecer mais ou menos restrições, sendo que somente as restrições estritamente necessárias à preservação da vida e da saúde são razoáveis, em uma análise que pondere acerca das condições locais, competência esta atribuível ao gestor mais próximo da realidade a ser regulamentada.



Quanto à pretensão da ADPF 822 de se impor ao Governo Federal prestações positivas, para além daquelas já adotadas pela União, e em paralelo às adotadas pelos Estados e Municípios, apresentou-se algumas possibilidades de solução. Há 3 cenários possíveis: a) a adoção de uma posição inédita com intenso protagonismo da Corte, que atrairá ônus políticos e sociais para si; b) a autocontenção, que enseja a rejeição da ação por almejar providência que macula a cláusula da separação de poderes e o pacto federativo; c) a assunção de uma postura moderadora, dialógica e conciliadora das instituições, a qual também pode ser adotada mediante fixação de prazos para formulação de planos de ações e verificação da plausibilidade científica das ações e omissões adotadas pelos entes federados no combate à pandemia, solução esta última que se entende ser a mais adequada, ao menos nestes estudos preliminares.

Curitiba, 8 de junho de 2021.

Roosevelt Arraes  
Advogado e Pesquisador  
OAB/PR 34.724

Luiz Gustavo de Andrade  
Advogado e Pesquisador  
OAB/PR 35.267

Bruna Maria Domingues Braga  
Pesquisadora

Heloísa Carla de Ornelas  
Pesquisadora

Juliana de Abreu Casemiro  
Pesquisadora

Laura Luiza Lopes Mazzini  
Pesquisador

Leandro da Luz Neto  
Pesquisador



Mariana Tomé Pedroso  
Pesquisador

Nicolý Schuster Castilho  
Pesquisadora

Rafael Schwambach Palomanes  
Pesquisador