

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Marcia Fernanda Alves

**A CONFORMAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO DE
EXCEPCIONALIDADE NO BRASIL E O CONTROLE JUDICIAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS MEDIDAS DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA E À
NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Santa Cruz do Sul
2022

CIP - Catalogação na Publicação

Alves, Marcia Fernanda

A conformação jurídico-constitucional da situação de excepcionalidade no Brasil e o controle judicial do Supremo Tribunal Federal frente às medidas de emergência sanitária e à necessária proteção aos direitos fundamentais / Marcia Fernanda Alves. - 2022.

132 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Co-orientação: Prof^a. Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal

1. Estado de exceção. 2. Jurisdição Constitucional. 3. Medidas Provisórias. 4. Pandemia Covid-19;. 5. Supremo Tribunal Federal. I I. Leal, Rogério Gesta . II. Leal, Mônia Clarissa Hennig . III. Título.

Marcia Fernanda Alves

**A CONFORMAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO DE
EXCEPCIONALIDADE NO BRASIL E O CONTROLE JUDICIAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS MEDIDAS DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA E À
NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito. Área de Concentração em Políticas Públicas. Linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Co-orientadora: Prof^a. Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal

Santa Cruz do Sul

2022

Marcia Fernanda Alves

**A CONFORMAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO DE
EXCEPCIONALIDADE NO BRASIL E O CONTROLE JUDICIAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS MEDIDAS DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA E À
NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito; Área de Concentração em Constitucionalismo Contemporâneo; Linha de Pesquisa Estado, Sociedade e Administração Pública, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal
Professor Orientador – UNISC

Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal
Professora Co-orientadora – UNISC

Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck
Examinador – UNISC

Profa. Dra. Elda Coelho Bussinguer
Examinadora – FDV/ES

Santa Cruz do Sul

2022

AGRADECIMENTOS

Neste momento de escrita, as imagens dos últimos anos passam pela mente, fazendo com que os olhos fiquem marejados, pois foram diversas situações que ocorreram até a chegada deste instante, fazendo com que estes agradecimentos se tornem uma parte muito importante desta trajetória, tendo em vista que não foi trilhada sozinho.

Inicialmente, agradeço com muito carinho às secretárias do PPGD UNISC, especialmente à Enivia, pela disposição, compreensão e atenção dedicada. Além disso, deixo aqui um registro especial à minha orientadora da graduação, Prof. Cleize Kohls, um ser humano fantástico, doce, cheio de luz, e também à Prof. Rosana Maas, por todo incentivo e por me permitir chegar até aqui.

Agradeço o professor Rogério Gesta Leal, por ter assumido papel fundamental neste trabalho, na qualidade de orientador, assumindo papel fundamental, especialmente por meio de suas publicações e contribuições ao mundo acadêmico.

Prof. Mônia, não há palavras para mensurar meu agradecimento a ti. Teu brilhantismo é inegável e eu sou extremamente grata por todas as oportunidades e conhecimentos compartilhados. Muito me honra poder mencionar seu nome na construção deste trabalho.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pela bolsa de mestrado, assim como todos os professores do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Agora, chegou o momento de agradecer àqueles que sempre me apoiaram e que mesmo diante de situações em que eu estava prestes a tomar uma decisão equivocada, permaneceram ao meu lado, pelo simples fato de serem família, sendo que em nenhum momento me negaram apoio e em nenhum momento me disseram que não poderiam me ajudar. Eles abdicaram de muitas coisas para que hoje eu pudesse estar aqui escrevendo esta singela mensagem de agradecimento.

A vocês, o meu amor incondicional! Foram muitos choques de realidade e crises de ansiedade, mas sempre encontrei neles minha calma, onde eu percebia que tudo um dia daria certo. Assim, agradeço meus pais, Gilberto e Eliana, por todos

os esforços que fizeram até hoje, os esforços que continuam fazendo e, ainda, os que farão, para manter a minha base sempre sólida e o meu porto sempre seguro.

Deixo aqui também um agradecimento especial ao meu namorado, por sempre me incentivar, me motivar (as vezes até atrapalhar um pouco na concentração), por seu meu maior fã e por sempre estar ao meu lado. Sempre sonhei com um amor tranquilo, leve, saudável, e eu encontrei. Obrigada, William!

Agradeço à minha eterna parceira de escrita e sufocos, um dos presentes mais lindos que o direito me trouxe. Nos tornamos uma só entidade no decorrer desses 7 anos de caminhada, o que costumamos (e costumam) chamar de Flárcia. Ainda me questiono como deixamos isso tudo acontecer, mas sou muito grata por ter tua amizade e força nesse período. Flávia, tenho um carinho enorme por ti!

Por fim, agradeço por ter tido saúde e força de vontade para não desistir de nada em minha vida e, no que depender de mim eu vou seguir, eu vou até o fim.

Aos meus pais, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

RESUMO

A presente dissertação possui como tema o controle judicial do Supremo Tribunal Federal frente às Medidas Provisórias editadas pelo governo federal para enfrentamento da emergência sanitária, propostas com fundamento na crise, durante a vigência do estado de calamidade relativo à pandemia do Coronavírus. A questão central apresentada neste trabalho consiste: como o Supremo Tribunal Federal, durante a vigência do estado de calamidade relativo à pandemia do Coronavírus, tem se posicionado e quais os argumentos utiliza na fundamentação de suas decisões quanto às Medidas Provisórias editadas pelo governo federal, propostas com fundamento na crise, durante a vigência do estado de calamidade, quando em jogo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais? Para dar conta desta tarefa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Desta forma, partiu-se da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal direciona sua fundamentação para a necessária garantia de direitos fundamentais, especialmente os de cunho individual, o que deixa em ainda mais evidência o fato de que o modelo de enfrentamento de crise adotado pelo Brasil não foi o estado de exceção, não sendo, portanto, possível que haja suspensão das garantias constitucionais. Além disso, quando em jogo direitos fundamentais em colisão, a hipótese que se apresenta é no sentido de que o mais alto Tribunal do país faz uso da ponderação e proporcionalidade, servindo como critério no controle das medidas excepcionais. Por fim, sua atuação é baseada no dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) para a efetivação de direitos em tempos de crise pandêmica. Diante disso, pretendeu-se analisar, tendo-se como referencial as Medidas Provisórias editadas pelo governo federal na intenção de atenuar a crise sanitária, como o Supremo Tribunal Federal se posiciona e quais os argumentos utiliza na fundamentação de suas decisões quando em jogo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, durante a vigência do estado de calamidade relativo à pandemia do Coronavírus. No primeiro capítulo foram analisados os aspectos e a conformação legal da situação de excepcionalidade jurídico-constitucional vivida no Brasil, em razão do estado de calamidade pública relativo à pandemia do Coronavírus. No segundo capítulo foi estudado o protagonismo da jurisdição constitucional e o papel que ela assume na proteção e garantia do Estado Constitucional na sua forma de Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. E no terceiro e último capítulo, analisou-se as Medidas Provisórias editadas pelo governo federal e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, durante a vigência do estado de calamidade, nas decisões quanto às medidas que repercutem sobre direitos fundamentais. Concluiu-se, ao final, os argumentos do Supremo Tribunal Federal se centram, em verdade, nas violações dos direitos fundamentais e não nos limites de atuação do Tribunal. Além disso, cabe ressaltar que não se percebe, nas decisões, a definição dos limites possíveis para restrições de direitos fundamentais e ponderações, ficando o debate mais centrado na proteção ampla dos direitos.

Palavras-Chave: Estado de exceção; Jurisdição Constitucional; Medidas Provisórias; Pandemia Covid-19; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present dissertation has as its theme the judicial control of the Federal Supreme Court against the Provisional Measures edited by the federal government to face the health emergency, proposed based on the crisis, during the duration of the state of calamity related to the Coronavirus pandemic. The central question presented in this work is: how the Federal Supreme Court, during the duration of the state of calamity related to the Coronavirus pandemic, has positioned itself and what arguments it uses in the reasoning of its decisions regarding the Provisional Measures edited by the federal government, proposals based on the crisis, during the duration of the state of calamity, when the possibility of restriction of fundamental rights is at stake? To accomplish this task, the hypothetical-deductive approach method, the analytical procedure method and the bibliographic research technique will be used. In this way, it starts from the hypothesis that the Federal Supreme Court directs its reasoning to the necessary guarantee of fundamental rights, especially those of an individual nature, which makes even more evident the fact that the crisis coping model adopted by the Brazil was not the state of exception, and therefore it is not possible to suspend constitutional guarantees. In this way, it starts from the hypothesis that the Federal Supreme Court directs its reasoning to the necessary guarantee of fundamental rights, especially those of an individual nature, which makes even more evident the fact that the crisis coping model adopted by the Brazil was not the state of exception, and therefore it is not possible to suspend constitutional guarantees. In addition, when fundamental rights in conflict are at stake, the hypothesis presented is that the highest Court in the country makes use of weighting and proportionality, serving as a criterion in the control of exceptional measures. Finally, its performance is based on the duty of state protection (Schutzpflicht) for the realization of rights in times of pandemic crisis. In view of this, it is intended to analyze, having as a reference the Provisional Measures edited by the federal government with the intention of alleviating the health crisis, how the Federal Supreme Court is positioned and what arguments it uses in the reasoning of its decisions when at stake the possibility restriction of fundamental rights, during the duration of the state of calamity related to the Coronavirus pandemic. In the first chapter, the aspects and the legal conformation of the legal-constitutional exceptionality situation experienced in Brazil will be analyzed, due to the state of public calamity related to the Coronavirus pandemic. In the second chapter, the role of constitutional jurisdiction and the role it assumes in the protection and guarantee of the Constitutional State in its form of a Democratic State of Law and fundamental rights will be studied. And in the third and final chapter, the Provisional Measures issued by the federal government and the position of the Federal Supreme Court, during the duration of the state of calamity, will be analyzed in decisions regarding measures that affect fundamental rights. In the end, it was concluded that the arguments of the Federal Supreme Court focus, in fact, on violations of fundamental rights and not on the limits of the Court's performance. In addition, it should be noted that the decisions do not define the possible limits for restrictions on fundamental rights and considerations, with the debate being more focused on the broad protection of rights.

Palavras-Chave: State of exception; Brazilian Federal Supreme Court; Pandemic Covid-19; Fundamental rights; Constitutional jurisdiction.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Número de Medidas Provisórias editadas de 2001 a 2020.....	78
Figura 2 – Resumo da situação das Medidas Provisórias editadas no ano de 2020.....	89

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Resumo das Medidas Provisórias editadas em 2020 referentes à pandemia da Covid-19.....	86
Tabela 2 – Resumo das Medidas Provisórias relevantes editadas em 2021 referentes à pandemia da Covid-19.....	90
Tabela 3 – Resumo das ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que possuem relação direta com a pandemia da Covid-19.....	107

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A CONFORMAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL.....	15
2.1	Estado de exceção constitucional?	16
2.2	Os modelos de enfrentamento de crises constantes na Constituição Federal de 1988 e a forma de enfrentamento da pandemia pelo Brasil.....	26
2.3	A fragilização, causada pela crise, da lógica de funcionamento do Estado de Direito.....	36
3	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA.....	47
3.1	O protagonismo da jurisdição constitucional e sua função como guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais em tempos de normalidade.....	48
3.2	O protagonismo da jurisdição constitucional no contexto do “Estado de Exceção” provocado pela pandemia	57
3.3	O dever de proteção (<i>Schutzpflicht</i>) como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade como fundamento para o controle das medidas excepcionais.....	65
4	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE.....	74
4.1	Garantias e restrições aos direitos fundamentais frente às medidas provisórias editadas pelo governo federal durante o estado de calamidade pública.....	75
4.2	O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e os fundamentos apresentados nas sentenças	91
5	CONCLUSÃO.....	109
	REFERÊNCIAS.....	112

ANEXOS.....	127
--------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

No dia 31 de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China, ressurgiu uma doença, a Covid-19 (sars-cov-2). Com sintomas iniciais de uma gripe, o vírus passou a acarretar o óbito de muitos dos infectados, principalmente devido à problemas relacionados à insuficiência respiratória. O novo coronavírus tinha sua origem, mutação, forma de contaminação e efeitos no organismo humano que geravam – e ainda geram - questões sem respostas precisas pela ciência. Com sua particularidade de propagar em uma rápida velocidade, a Covid-19 atravessou países em poucos meses, criando-se um estado de pandemia. No Brasil, o vírus chegou, oficialmente, em 26 de fevereiro de 2020.

É frente a este cenário pandêmico que surge o tema desta dissertação, o qual consiste no controle judicial do Supremo Tribunal Federal frente às Medidas Provisórias editadas pelo governo federal para enfrentamento da emergência sanitária, propostas com fundamento na crise, durante a vigência do estado de calamidade relativo à pandemia do Coronavírus.

Assim, diante dos cenários de emergência provocados pela pandemia do Covid-19, bem como das diversas medidas editadas na intenção de enfrentar a crise sanitária, questiona-se: como o Supremo Tribunal Federal, durante a vigência do estado de calamidade relativo à pandemia do Coronavírus, tem se posicionado e quais os argumentos utiliza na fundamentação de suas decisões quanto às Medidas Provisórias editadas pelo governo federal, propostas com fundamento na crise, durante a vigência do estado de calamidade, quando em jogo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais?

Ancorou-se, para isso, na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, em razão da conexão com discussões acerca do atual modelo de conformação estatal e da atuação da jurisdição nesse cenário, bem como da atuação do Supremo Tribunal Federal, na garantia dos direitos fundamentais. Ao passo que guarda, ainda, relação direta com a área de pesquisa do professor orientador, Estado, Sociedade e Administração Pública, ao analisar as características do estado de exceção, bem como por meio da análise de como se dá o enfrentamento das fragilidades e permanente crise dos atuais regimes políticos e democráticos, estando vinculada, também, ao grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta e à co-

orientadora, ao examinar a atuação do Supremo Tribunal Federal, na condição de mais alto Tribunal da jurisdição interna.

Destaca-se que a presente pesquisa foi realizada com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Para a pesquisa foi utilizado como método de abordagem o método dedutivo, consistente na utilização de pesquisa jurisprudencial e doutrinária – onde se parte da análise do Estado de exceção sanitária provocado pela pandemia do Covid-19 e da atuação da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como a análise das decisões envolvendo restrições a direitos fundamentais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal durante a vigência do estado de calamidade e das questões relativas ao ativismo judicial e separação de poderes.

Como método de procedimento, utilizou-se o método analítico – por meio da coleta de sentenças no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se de palavras-chaves, como, por exemplo, "pandemia", "restrição de direitos", "medida provisória" "calamidade pública", "Covid-19", dentre outras, que possibilitem uma compilação de decisões acerca do tema aludido, proferidas pelo mais alto Tribunal brasileiro, durante a vigência do estado de calamidade, (marco temporal considerado abrangente o suficiente para uma visualização adequada dos resultados da pesquisa que se propõe), a fim de observar os argumentos e critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal em decisões que versem sobre as medidas restritivas de direitos.

De mesma forma, utilizou-se a pesquisa doutrinária, de forma complementar à coleta jurisprudencial, a fim de construir o embasamento teórico da pesquisa realizada, tecendo comparativos entre as doutrinas que tratam acerca do tema pesquisado e também em relação as posições jurisprudenciais encontradas, utilizando-se como técnica de pesquisa a documentação indireta. Pretendeu-se, assim, valer-se da doutrina, especialmente no que se refere ao Estado de exceção e ao ativismo judicial, de modo a agregar a prática jurisprudencial brasileira com as teorias, nacionais e estrangeiras, que abordam o tema, a fim de embasar os debates acerca da atuação do Poder Judiciário na proteção aos direitos fundamentais em períodos de exceção.

Partiu-se da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal direciona sua fundamentação para a necessária garantia de direitos fundamentais, especialmente os de cunho individual, o que deixa em ainda mais evidência o fato de que o modelo

de enfrentamento de crise adotado pelo Brasil não foi o estado de exceção, não sendo, portanto, possível que haja suspensão das garantias constitucionais. Além disso, quando em jogo direitos fundamentais em colisão, a hipótese que se apresenta é no sentido de que o mais alto Tribunal do país faz uso da ponderação e proporcionalidade, servindo como critério no controle das medidas excepcionais. Por fim, sua atuação é baseada no dever de proteção estatal (Schutzpflicht) para a efetivação de direitos em tempos de crise pandêmica.

Dessa forma, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, pretendeu-se compreender os aspectos e a conformação legal da situação de excepcionalidade jurídico-constitucional vivida no Brasil, em razão do estado de calamidade pública relativo à pandemia do Coronavírus, utilizando-se da doutrina nacional e estrangeira acerca da temática aludida.

No segundo capítulo, investigou-se os aspectos gerais, bem como o protagonismo da jurisdição constitucional e o papel que ela assume na proteção e garantia do Estado Constitucional na sua forma de Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, os quais enfrentam novos desafios e ameaças em razão do combate à crise sanitária causado pela pandemia da Covid-19.

No último capítulo, analisou-se, tendo-se como referencial as Medidas Provisórias editadas pelo governo federal na intenção de atenuar a crise sanitária, como o Supremo Tribunal Federal, durante a vigência do estado de calamidade, tem se posicionado e quais os argumentos utiliza na fundamentação de suas decisões quanto às medidas que repercutem sobre direitos fundamentais, que consubstanciam premissas importantes para o regular funcionamento do sistema democrático.

Utilizou-se, para a pesquisa pretendida, decisões no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que versem sobre o controle de Medidas Provisórias editadas pelo governo federal, propostas com fundamento na crise, durante a vigência do estado de calamidade relativo à pandemia do Coronavírus, buscando-se compreender seu posicionamento e os argumentos que utiliza na fundamentação de suas decisões acerca do estado de emergência e os parâmetros de controle adotados quando em jogo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais.

A relevância da presente pesquisa encontra-se na atualidade da temática e na necessidade de se discutir a atuação da jurisdição constitucional frente ao papel destinado aos Poderes do Estado (Legislativos, Executivo e, especialmente,

Judiciário) durante a crise sanitária provocada pela pandemia da Covid-19. Ainda, a discussão acerca da proteção aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente – que deve ocorrer por parte do ente estatal – é sempre de suma importância, pois, mesmo diante de uma garantia constitucional destinada aos direitos fundamentais em tempos de normalidade, essa proteção deve ganhar ainda mais relevância em períodos excepcionais. As duas principais discussões aqui trabalhadas, quais sejam, o estado de exceção e a jurisdição constitucional, tem o condão de proporcionar o debate sobre a atuação do Poder Executivo e do Supremo Tribunal Federal, como atores responsáveis por uma maior efetivação dos direitos fundamentais durante a pandemia.

2. A CONFORMAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

Este raro cenário causado pela pandemia do novo coronavírus, repleto de incertezas em que o Judiciário e também as ações políticas se encontram, ocupa grande espaço nas discussões dos estudiosos e, certamente, deixará marcas na sociedade. Diante da declaração de calamidade pública em razão da Covid-19, é preciso voltar o debate à atuação do Poder Judiciário, para melhor compreender como se estabelece a atuação do Supremo Tribunal Federal na sua função de controle e de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais nesse cenário, considerando para tanto a sensibilidade dos direitos fundamentais envolvidos, os limites constitucionais postos para a separação de poderes e, especialmente, a necessidade de agir com rapidez mediante a urgência dos fatos.

Além disso, desde o surgimento do coronavírus, foi possível observar diferentes atitudes governamentais para atravessar a crise. Enquanto alguns países que se anteciparam aos altos números de contaminação e mortes puderam lograr êxito ao estabelecer políticas públicas preventivas que envolviam tanto a testagem massiva até medidas mais restritivas de distanciamento social, outros foram mais reticentes à adoção de medidas de enfrentamento ao vírus e até mesmo promoveram discursos contra as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e propagaram, inclusive, desinformação¹.

Desta forma, no presente capítulo buscar-se-á compreender os aspectos e a conformação legal da situação de excepcionalidade jurídico-constitucional vivida no Brasil, em razão do estado de calamidade pública relativo à pandemia do Coronavírus, abordando desde a conceitualização do estado de Exceção constitucional, perpassando pelos modelos de enfrentamento de crises constantes na Constituição Federal de 1988 e a forma de enfrentamento da pandemia pelo Brasil, para por fim, abordar acerca da fragilização, causada pela crise, da lógica de funcionamento do

¹ Com a edição da Medida Provisória 928/2020, havia a previsão de suspensão dos pedidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527) em todos os órgãos e entidades da administração pública federal, permitindo que os pedidos de informação não fossem respondidos por conta do regime de teletrabalho dos servidores.

Estado de Direito, tudo isso, utilizando-se da doutrina nacional e estrangeira acerca da temática aludida.

2.1 Estado de exceção constitucional?

A questão que será aqui tratada é considerada relativamente recente, se observarmos o contexto pós segunda guerra, mas tem cada vez mais ganhado espaço em debates da filosofia política contemporânea, adquirindo maior destaque em momentos de crise como a que vivemos em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus. Contudo, é importante compreender, desde logo, que este estudo não segue uma lógica de construção progressiva, perpassando por períodos de descontinuidade, com processos de sedimentação de direitos fundamentais, bem como a suspensão desses mesmos direitos durante períodos de emergência como as experiências vividas na Alemanha nazista, no franquismo, no salazarismo e no fascismo, apenas a título de alguns exemplos emblemáticos.

Trata-se do fenômeno chamado de “Estado de exceção”, termo este revestido de grande complexidade e críticas, pois é cercado de incertezas e possui sentidos polissêmicos, mas que pode ser definido de forma breve como sendo um instrumento que consiste na transgressão ou suspensão de regras jurídicas previstas para períodos de tranquilidade, frente à necessidade de se combater determinado perigo ou inimigo (VALIM, 2017), exigindo-se medidas mais drásticas, inclusive no sentido de restrição de direitos fundamentais, para a resolução do problema e, para tanto, o governo ficaria mais forte e seria detentor de mais poder, ao contrário da população, que teria menos direitos (ROSSITER, 1948).

Mas, para além das questões conceituais, esta conformação é dada pela própria ordem jurídico-constitucional, tendo em vista que os Estados, em geral, possuem mecanismos político-jurídicos que visam assegurar a estabilidade do sistema institucional. Cabe salientar que essa estabilidade está relacionada à ideia de segurança, também entendida como “síntese de conservação e de desenvolvimento, conforme os princípios constitucionais” (VERGOTTINI, 1998, p. 312). Ainda, a defesa do Estado e das instituições democráticas compreende ações organizadas e funcionais destinadas a garantir os valores constitucionais e, considerando que nem sempre existe uma relação indissociável entre defesa e uso de força armada, em casos extremos, ressalta-se que providências de cunho militar se apresentam como

última alternativa de que um Estado se utiliza para enfrentar agressões (VERGOTTINI, 1998).

O termo “Estado de exceção” é mais comum na doutrina alemã (*Ausnahmezustand*, e também *Notstand*, Estado de necessidade), mas estranho às doutrinas italiana e francesa, por exemplo, que preferem decretos de urgência e de estado de sítio (*état de siège*), prevalecendo na doutrina anglo-saxônica, os termos *martial law* e *emergency powers* (AGAMBEN, 2004, p. 15).

Embora os países tratem do tema sob distintos enfoques e variações terminológicas, uma vez que não existe uma unificação nos ordenamentos modernos para a nomenclatura do fenômeno, podendo ele também ser chamado de Estado de Necessidade, de Emergência, de Defesa ou de Sítio (os dois últimos, adotados pela Constituição Federal brasileira, os quais serão melhor estudados em momento oportuno), de acordo com Carvalho (2012, p. 16), os sistemas constitucionais de controle das crises que põem em risco a estabilidade institucional e a ordem pública gravitam em torno de dois modelos básicos: (a) a lei marcial, comum em ordenamentos anglo-saxônicos, o qual é essencialmente jurisprudencial, como a Inglaterra; e (b) o Estado de sítio, mais rígido e presente em países de tradição romano-germânica, que se apoia em um direito legislado, como França, Portugal, Argentina e, conforme já mencionado, o Brasil.

Pode-se considerar que os dois sistemas mencionados se afirmam nos ideais e princípios do Estado de direito, contudo, os ordenamentos da Europa continental adotam mecanismos de governança de crise com instrumentos que estão legislativa e preventivamente disciplinados em dispositivos legais (BALDI, 1998). Isso difere do ordenamento britânico e, em particular do norte-americano, nos quais existe “uma certa elasticidade e empirismo na ação de emergência do Governo”, contudo, sempre é preciso recorrer ao controle jurisdicional para uma análise dos atos de direito público colocados em prática em face da gravidade da situação (BALDI, 1998, p. 414).

Como assinala Carvalho (2012, p. 16), considerando a realidade vivenciada hoje em dia, a expressão lei marcial compreende o direito do Estado e de seus agentes de usar a força para repelir, tumultos, invasões ou insurreições. Ao passo que o Estado de sítio configura “um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública”, e que atribui poderes extraordinários às autoridades públicas, criando restrições à liberdade e aos direitos fundamentais dos cidadãos (BALDI, 1998, p. 413).

Entre os anos de 1934 e 1948, anos estes que antecederam e que se seguiram à Primeira Guerra Mundial, frente ao desmoronamento das democracias europeias, diversos países declararam Estado de sítio ou editaram as chamadas “leis de plenos poderes”, por meio das quais era atribuído ao Poder Executivo um poder de regulamentação amplo e excepcional (AGAMBEN, 2004). Desta forma, em uma série de países – a exemplo da França, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Itália, Áustria e Alemanha –, houve uma considerável ampliação dos poderes governamentais frente ao permanente Estado de emergência causado pela situação de guerra, o qual se manteve mesmo após encerrada (AGAMBEN, 2004, p. 17). Nos Estados organizados sob a forma de federação, o instituto da intervenção também foi amplamente utilizado, mas mais para enfrentar conflitos políticos no interior das unidades federativas, do que para combater agressões estrangeiras ou situações que punham em risco a ordem pública, como prevê o artigo 34 do texto constitucional brasileiro (BRASIL, 1988).

As principais características que Siles (2019) apresenta acerca do estado de exceção podem ser classificadas em substantivas e formais. Para o autor, as características substantivas são: a presença de ameaça existencial no sentido jurídico-constitucional, a coincidência de circunstâncias excepcionais, bem como a situação de necessidade e o caráter provisório do regime de exceção, além do cumprimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das medidas a serem adotadas e da disponibilização e aplicação de controles efetivos de natureza política e jurisdicional.

Já as características formais são citadas por ele como sendo: a determinação das autoridades competentes para a proclamação da emergência, o estabelecimento do procedimento a ser seguido para o seu estabelecimento e acompanhamento e as formalidades que devem ser cumpridas no âmbito do referido procedimento, bem como a obrigação de informar ou notificar os órgãos de fiscalização, incluindo os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos (SILES, 2019).

A essas características, Siles (2019) acrescenta o fato de que o fim a ser perseguido com o estado de exceção seja restaurador, ou seja, deve objetivar o restabelecimento integral da normalidade constitucional, sem que seja possível que o objetivo resida na introdução de uma nova Constituição. Agamben (2004), entretanto, define estado de exceção como um modelo de enfrentamento de crise, o qual suspenderia a ordem constitucional. Ou seja, a contradição nos pensamentos reside,

portanto, no fato de que para Siles não haveria a introdução de uma nova Constituição, ao passo que para Aganben o texto constitucional vigente seria suspenso.

No mesmo sentido de Siles está Carvalho (2012, p. 37), ao lecionar que a expressão “estado de exceção” designa regimes autoritários, desvinculados dos compromissos básicos e considerados normais no constitucionalismo moderno. Para o autor, os sistemas de crise previstos nas Constituições seriam mais adequadamente denominados de “exceção constitucional”, pois esta expressão evidencia “uma medida excepcional disciplinada no Direito, e não à sua margem, servindo como mecanismo de salvaguarda da própria Constituição, e não de ruptura”.

Segundo referem-se Ferejohn e Pasquino (2004), as democracias consideradas mais avançadas não precisam necessariamente usar poderes constitucionais para enfrentar períodos excepcionais. Geralmente, prefere-se lidar com emergências por meio da legislação ordinária, legislação esta que pode delegar uma grande quantidade de autoridade para o Executivo e pode ser promulgada por períodos temporários, assim, pode haver uma sensação de que a legislação é, de certa forma, excepcional, mesmo que alguns limites estejam fixados na Constituição. Entretanto, a legislação de emergência permanece comum dentro do quadro do sistema constitucional: é um ato do Legislativo funcionando dentro de sua competência normal. Essa legislação é, contudo, passível de revisão pelo tribunal constitucional e é regulamentada exatamente da mesma maneira que qualquer outro ato legislativo.

No entanto, o que se pretende aqui é abordar o assunto por meio de uma perspectiva mais ampla da ideia de exceção, o que exige, para tanto, uma observação da natureza histórica e política da mesma, para então se fazer uma aproximação com o momento que vivemos durante a pandemia causada pelo coronavírus, na qual se debate sobre os mecanismos de excepcionalidade das circunstâncias, que tornam mais intensas as formas que Estado pode agir com seus cidadãos.

Para essa construção, o estudo será feito, especialmente, com base em três expoentes, ocupando-se das assertivas schmittianas sobre a Exceção e seus consequentes desdobramentos, fazendo o resgate da discussão de Walter Benjamin sobre a natureza histórica da exceção e da violência revolucionária e, por fim, abordando o trabalho de Giorgio Aganben, o qual dialoga sobre as teorias de Benjamin e Schmitt, tecendo suas críticas e observações sobre o assunto proposto.

Carl Schmitt, em sua obra chamada *Teologia Política* (2006, p. 7), estabelece que a definição de Estado de exceção está diretamente ligada com a soberania, apresentando de pronto a ideia de que “soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”. Assim, segundo o autor, a instauração desse instituto é uma decisão que cabe ao soberano, uma vez que “ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo” (SCHMITT, 2006, p. 8). Nestas afirmações, portanto, “se condensam os elementos centrais do decisionismo schmittiano: soberania, decisão e exceção” (VALIM, 2017, p.16).

Neste sentido, “o que caracterizaria a exceção, segundo o jurista alemão, seria, sobretudo, a autoridade ilimitada, a significar a total suspensão da ordem existente” (VALIM, 2017, p.16), com o intuito de salvaguardar o Estado, uma vez que garantiria “o ancoramento da ordem jurídica e sua relativa continuidade, todavia, não podemos esquecer, ele tem como fundamento de sua legitimidade a quebra normativa da ordinariedade institucional e social” (GESTA LEAL, 2020, p. 36).

Outro elemento essencial para compreender o fenômeno sob a ótica de Schmitt é o fato de que, para ele, o Estado de exceção se insere no âmbito jurídico por meio da distinção entre norma e decisão, as quais tendem a coexistir em períodos de normalidade, prevalecendo a norma jurídica e reduzindo a vontade política, ao passo que em períodos excepcionais esse equilíbrio é quebrado e a decisão política adquire autonomia plena (GESTA LEAL, 2020), uma vez que a norma jurídica geral e abstrata não pode prever uma exceção absoluta, limitando-se o Direito apenas a indicar quem seria a autoridade competente para decretar o início da exceção, no caso, o soberano.

Nas palavras do autor, é possível verificar que “sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica” (SCHMITT, 2006, p. 13), reforçando a ideia de que há uma suspensão das normas, pois “a decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real”. (SCHMITT, 2006, p. 13)

A partir disso, constata-se que o direito é criado pela vontade soberana, ou seja, a base do direito não é mais a lei, mas a decisão política (CHUEIRI, 2004). Importante ressaltar que, para o autor, a natureza da soberania estatal deve ser definida, de forma jurídica, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como

monopólio decisório em que a palavra decisão é utilizada no sentido geral que ainda será desenvolvida, afirmando que “o Estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal.” (SCHMITT, 2006, p. 14). Isso significa que as decisões tomadas pelo soberano durante o período excepcional seguem questões de conveniência para o fortalecimento e manutenção do Estado, mantendo sua autoridade ilimitada e a total suspensão da ordem existente (VALIM, 2017).

Contudo, importante mencionar que o estado de exceção não se destina a capacitar as autoridades para que possam ditar medidas imunes ao controle da racionalidade jurídica que um Estado de Direito exige, mas para estabelecer condições em que seja possível alterar as regras ordinárias e adotar limitações extraordinárias ao exercício de alguns direitos, desde que sejam estritamente necessárias para enfrentar as circunstâncias excepcionais. Desta forma, a declaração do estado de exceção não justifica medidas restritivas de direitos que vão além do que é exigido pela situação específica a ser superada, o que inclui o exame da proporcionalidade da resposta do Estado. O que este regulamento constitucional supõe é que, sem estar sujeito aos controles presentes no Estado de Direito, as medidas excepcionais não são admissíveis. (BOGDANDY, et al. 2020)

Com a análise de Schmitt em mente, passa-se agora ao teórico Walter Benjamin², considerado um dos maiores pensadores do século XX e responsável por uma concepção dialética e não evolucionista da história, foi filósofo, ensaísta, crítico literário, sociólogo judeu alemão e escrevia em plena República de Weimar. A definição schmittiana acerca da soberania e a ligação com a excepcionalidade é contraposta pela tese de Benjamin (apud LÖWY, 2005, p. 83-84) no sentido de que “a teoria da soberania, para a qual o caso de exceção, ao desenvolver instâncias de ditadura, torna-se exemplar, quase obriga que a imagem do soberano se realize no sentido do tirano”, acrescentando, ainda, a noção de exceção permanente, ao mencionar que “a tradição dos oprimidos nos ensina que ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra”. (BENJAMIN apud LÖWY, 2005, p. 83).

² Conforme menciona Gesta Leal (2020, p. 34) “Em termos históricos e mesmo filosófico é importante termos presente que, já no ano de 1940, Walter Benjamin, tratando de temas sobre a filosofia da história, dissera que na tradição da história dos oprimidos sempre se ensina que o Estado de Emergência em que vivemos evidencia certas regras da organização do poder político e de seu exercício. E como tal, este conceito encontra-se em linhas fronteiriças da política e do direito, o que evidenciamos, por exemplo, nas categorias de guerra civil, direito de resistência, desobediência civil.”.

A partir desse raciocínio sobrevém a grande crítica ao tema, que reside no fato de que este instrumento tem sido utilizado como técnica de governos ditos democráticos (SERRANO, 2016) para instaurar um Estado de exceção permanente, sob o véu do caráter provisório, mesmo porque “não existe um estado de exceção, mas sim estados de exceção, ou seja, parcelas de poder que, lícita ou ilícitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito”. (VALIM, 2017, p. 16). É em razão disso que, conforme se infere da obra de Frankenberg (2018, p. 159), tanto Agamben – que será analisado posteriormente -, quanto Schmitt “são contrários a uma possível normatização do estado de exceção, por entender ser ela o “não subsumível” [...] que se subtrai a toda a descrição típica”.

Entende-se, portanto, que há um Estado de exceção paralelo à ordem constitucional vigente, e é nesta linha que Agamben vai trabalhar, quando relata que Hitler suspendeu os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais, por meio do Decreto para a proteção do povo e do Estado, o qual nunca foi revogado, tornando-se um Estado de exceção que durou cerca de doze anos, ou seja, criou-se, de forma voluntária, “um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, (AGAMBEN, 2004, p. 76). Ou seja, há uma “normalização” do que deveria ser considerado excepcional, assim também se refere Frankenberg (2018, p. 259), vejamos:

Por “normalização”, entendo a banalização e a minimização de medidas extraordinárias, a modificação radical da topografia do Estado de direito em detrimento da proteção da liberdade e a inserção de autorizações de intervenção de natureza jurídico-excepcional no ordenamento jurídico ou a inclusão de figuras de pensamento jurídico-excepcionais na dogmática jurídica da situação normal reunidas sob a máscara do direito normal.

Giorgio Agamben (2004, p. 13), ainda, identifica nos Estados contemporâneos e democráticos, uma permanente situação de emergência, ainda que esteja não explicitamente declarada, situação a qual ele também denomina de “o paradigma de governo dominante na política contemporânea”, o qual se situa em uma “franja ambígua e incerta, na interseção entre o jurídico e o político” (AGAMBEN, 2004, p. 11).

A excepcionalidade causada por uma pandemia não foi analisada por Giorgio Agambem em sua obra, embora algumas lições novas do autor possam servir de reflexão para o momento atual. Especificamente sobre o Estado de emergência sanitária provocado pela pandemia do coronavírus, Agambem trouxe reflexões que remetem à crença de que há uma invenção, uma tentativa, por parte da mídia e das autoridades, de provocar pânico na população e instaurar um verdadeiro estado de exceção, frente às diversas limitações impostas, ressaltando as críticas em torno do argumento de suposto estado permanente de exceção, com criação de medos para se manter sob controle a população submissa (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2020). Ao chamado comportamento desproporcional, o autor atribui dois fatores:

Primeiro, manifesta-se mais uma vez a crescente tendência de usar o estado de exceção como paradigma normal de governo. O decreto-lei imediatamente aprovado pelo governo “por razões de higiene e segurança pública” resulta de fato em uma verdadeira militarização “dos municípios e das áreas em que resulta positiva pelo menos uma pessoa para a qual não se conhece a fonte de transmissão ou, de toda forma, nos quais existe um caso não atribuível a uma pessoa proveniente de uma área já afetada pelo contágio do vírus”. Uma fórmula tão vaga e indeterminada permitirá que o estado de exceção seja rapidamente estendido a todas as regiões, pois é quase impossível que outros casos não ocorram em outros lugares. [...] O outro fator, não menos preocupante, é o estado de medo que nos últimos anos foi evidentemente se difundindo nas consciências dos indivíduos e que se traduz em uma verdadeira necessidade de estados de pânico coletivo, para o qual a epidemia mais uma vez oferece o pretexto ideal. Assim, em um perverso círculo vicioso, a limitação da liberdade imposta pelos governos é aceita em nome de um desejo de segurança que foi induzido pelos próprios governos que agora intervêm para satisfazê-lo. (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2020, <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596584-o-estado-de-excecao-provocado-por-uma-emergencia-imotivada>)

Agambem, em outra oportunidade, disserta sobre a “inconsistência ética dos governantes”, a qual diz ser a causa do pânico da contaminação e também do provocado pelas medidas excepcionais:

É possível, dada a inconsistência ética de nossos governantes, que essas disposições sejam ditadas pelo mesmo temor que pretendem provocar, mas é difícil não pensar que a situação criada é exatamente a que aqueles que nos governam tentaram realizar repetidamente: que universidades e escolas sejam fechadas de uma vez por todas e que as lições sejam dadas apenas de forma online, que paremos de nos encontrar e conversar por razões políticas ou culturais e apenas troquemos mensagens digitais. E que, tanto quanto for possível, as máquinas substituam todo contato — todo contágio — entre os seres humanos. (AGAMBEN, 2020, <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>)

Além dos dois textos do qual se extrai os trechos acima mencionados (Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata e o Contágio), o filósofo escreveu mais dois pequenos artigos sobre a situação pandêmica (Esclarecimentos³ e A invenção de uma epidemia⁴) nos quais faz-se entender que o sacrifício das liberdades individuais em razão de insegurança sanitária não é exclusivo do século XXI, mas já caracteriza-se como um hábito recorrente nos últimos tempos, quando a exceção é utilizada como paradigma de governo. Contudo, o efeito disso, para Agamben, é uma emergência causada por um inimigo invisível e atuante na comunidade, o qual faz despertar o uso de medidas de enfrentamento características de conflitos de guerra. Por fim, o autor entende que nos estados de emergência é possível identificar a presença de laboratórios da exceção, onde se pretende testar o controle político global sobre a população.

Embora a tentativa de causar medo à população, com a criação de um inimigo em comum a fim de desviar a atenção dos problemas reais (como o desemprego, a pobreza, eventuais crises econômicas), seja também considerada uma característica do que se pode chamar de técnicas de Estado de Exceção, ao fazer-se “justificativas de retrocesso em sua qualidade de Estado de Direito, com a perda das liberdades” (BITTENCOURT; RECK, 2020, p. 193), em face do regime de direito do medo (FRANKENBERG, 2018), já está mais do que comprovado cientificamente acerca da real existência da doença respiratória provocada pela Covid-19.

Também é importante trazer ao debate as considerações de Foucault, o qual menciona duas formas de controle das epidemias, quais sejam: uma que se destina à lepra e outra à peste. No que se refere à lepra, as pessoas infectadas eram abandonadas à ideia do *homo sacer* de Agamben, sendo que na vigência da peste, opta-se por técnicas de disciplinamento individual e controle populacional que, de certa forma, até hoje permanecem em vigor. Neste sentido, necessário trazer as palavras do próprio Foucault, vejamos:

Si bien es cierto que la lepra ha suscitado rituales de exclusión que dieron hasta cierto punto el modelo y como la forma general del gran Encierro, la peste ha suscitado esquemas disciplinarios. Más que la división masiva y binaria entre los unos y los otros, apela a separaciones múltiples, a distribuciones individualizantes, a una organización en profundidad de las vigilancias y de los controles, a una intensificación y a una ramificación del poder. El leproso está prendido en una práctica del rechazo, del exilio-

³ Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>

⁴ Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>

clausura; se le deja perderse allí como en una masa que importa poco diferenciar; los apestados están prendidos en un reticulado táctico meticuloso en el que las diferenciaciones individuales son los efectos coactivos de un poder que se multiplica, se articula y se subdivide. El gran Encierro de una parte; el buen encauzamiento de la conducta de otra. La lepra y su división; la peste y sus reticulados. La una está marcada; la otra, analizada y repartida. El exilio del leproso y la detención de la peste no llevan consigo el mismo sueño político. El uno es el de una comunidad pura, el otro el de una sociedad disciplinada. Dos maneras de ejercer el poder sobre los hombres, de controlar sus relaciones, de desenlazar sus peligrosos contubernios. La ciudad apestada, toda ella atravesada de jerarquía, de vigilancia, de inspección, de escritura, la ciudad inmovilizada en el funcionamiento de un poder extensivo que se ejerce de manera distinta sobre todos los cuerpos individuales —es la utopía de la ciudad perfectamente gobernada. La peste (al menos la que se mantiene en estado de previsión) es la prueba en el curso de la cual se puede definir idealmente el ejercicio del poder disciplinario. (FOCAULT, 1976, p. 202)

Para evitar possíveis abusos dos poderes excepcionais, apresentam-se duas correntes. A primeira se refere àqueles que estão cientes da fragilidade da ordem constitucional e acreditam que a regulamentação constitucional de poderes excepcionais pode ajudar uma nação a enfrentar não apenas uma emergência, mas também o abuso dos poderes de emergência. Neste sentido, se algum tipo especial de governo é acionado para enfrentar uma ameaça excepcional, a atenção dos cidadãos e dos órgãos regulares do governo estão constantemente alertas para monitorar possíveis abusos de poderes de emergência, por meio de comitês que monitorarão o uso dos poderes executivos (FEREJOHN; PASQUINO, 2004).

Aqueles que defendem a segunda possibilidade parecem menos preocupados com o exercício de poderes de emergência e seu possível abuso pelo governo, focando-se mais na perspectiva de um controle *ex post* pelo Judiciário sobre as medidas tomadas para enfrentar a emergência (FEREJOHN; PASQUINO, 2004), e esta parece ser a escolha do sistema constitucional brasileiro, tendo em vista o controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais no país, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, frente as medidas emergenciais adotadas pelo Governo Federal.

Desta forma, a fim de perfectibilizar o estudo, necessário abordar quais os mecanismos de controle de excepcionalidades existem no ordenamento jurídico brasileiro e apresentar qual a forma utilizada para enfrentamento da crise pandêmica, o que será feito a seguir.

2.2 Os modelos de enfrentamento de crises constantes na Constituição Federal de 1988 e a forma de enfrentamento da pandemia pelo Brasil

Conforme já mencionado, o Estado de Exceção Constitucional envolve momentos de extrema sensibilidade do Estado Democrático de Direito e, em razão disso, as Constituições contemporâneas mantêm, em seus textos, alguns mecanismos para enfrentamento dessas situações que fogem à normalidade, trazendo uma série de questões envolvendo competências, motivos e consequências do reconhecimento dos institutos de enfrentamento de crises no país.

Na Constituição Federal brasileira não é diferente, sendo que nela é possível encontrar justificativa para a instauração da exceção constitucional em duas circunstâncias, quais sejam: estado de sítio e estado de defesa - mecanismos estes, diga-se, ainda não experimentados após a promulgação da Constituição de 1988 - que estão dispostos no Capítulo I do Título V do texto, denominando-se “Medidas de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”. (BRASIL, 1988). Nosso sistema constitucional das crises também é composto pela Intervenção Federal, mesmo não estando prevista no rol das medidas excepcionais, podendo, este instrumento - o qual está previsto no artigo 34 da Constituição Federal de 1988⁵ - ser utilizado no combate a eventuais crises institucionais.

O Estado de defesa previsto em nosso sistema constitucional é destinado a casos em que se busca, exclusivamente, “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave

⁵ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”, conforme dispõe o artigo 136 do texto constitucional (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>). Nota-se, portanto, que é uma medida que não se pode aplicar de forma generalizada em todo o território nacional, devendo o decreto que o instituir especificar as áreas a serem abrangidas, além de que se deve observar o prazo máximo de vigência, que será de até 60 dias, sendo 30 dias iniciais, com uma eventual prorrogação por igual período, em caso de persistência das razões que justificaram sua decretação. (BRASIL, 1988)

Cabe à União, na pessoa do Presidente da República, a competência para decretar o Estado de defesa, com prévia consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional (BRASIL, 1988). Apesar da oitiva dos membros desses Conselhos constar como obrigatória, seus pareceres possuem caráter meramente opinativo. Essa fórmula constitucional visa impedir que a decretação do Estado de defesa seja confiada única e exclusivamente ao Presidente da República, obstaculizando qualquer ato unilateral do “soberano”.

Além disso, cumpre salientar que esse mecanismo consiste na adoção de medidas excepcionais que importam em restrições a direitos (reunião; sigilo de correspondência; sigilo de comunicação telegráfica e telefônica), ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, além da possibilidade de prisão por crime contra o Estado (BRASIL, 1988). Este instrumento se caracteriza como um mecanismo de defesa mais brando que o Estado de sítio, tendo em vista que as medidas colocadas à disposição do Poder Executivo são menos gravosas aos direitos fundamentais. Importante mencionar o fato de que o texto constitucional demonstrou preocupação e respeito aos direitos e garantias individuais, quando determina que:

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso. (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>)

Em nota oficial divulgada em janeiro de 2021, Augusto Aras, atual Procurador-Geral da República, sugeriu que Jair Bolsonaro poderia decretar estado de defesa

durante a pandemia da Covid-19, para preservar a estabilidade institucional, mencionando que “o estado de calamidade pública é a antessala do estado de defesa. A Constituição Federal, para preservar o Estado Democrático de Direito e a ordem jurídica que o sustenta, obsta alterações em seu texto em momentos de grave instabilidade social” (ESTADÃO, 2021, <https://exame.com/brasil/aras-cita-estado-de-defesa-e-competencia-do-congresso-sobre-analise-de-impeachment/>). Contudo, a crise pandêmica não reúne as condições necessárias para a instauração do Estado de defesa, o qual, caso decretado, provocaria uma limitação circunstancial ao poder constituinte reformador e de restrições a direitos fundamentais.

No que se refere ao tratamento constitucional dado ao Estado de sítio, ressalta-se que se trata de medida mais drástica prevista em nosso ordenamento jurídico, uma vez que exige situações mais gravosas a justificar sua instauração. Tal instrumento de exceção está previsto no artigo 137, da Constituição Federal, o qual estabelece que o Presidente da República deve solicitar autorização ao Congresso Nacional, devendo, ainda, serem ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional, sendo dispensada, contudo, no caso de Estado de defesa (BRASIL, 1988).

Para que seja decretado o Estado de sítio, é preciso que haja duas situações específicas. A primeira está disposta no inciso I, do artigo 137, que preceitua sobre casos de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (BRASIL, 1988, www.planalto.com.br) se referindo, portanto, ao tipo mais simples ou repressivo. Neste caso, o decreto não poderá durar mais de trinta dias, nem prorrogado por prazo superior. A segunda situação se refere ao tipo qualificado ou defensivo, pois diz respeito à “declaração de estado de guerra ou respostas a agressão armada estrangeira”, conforme dispõe o inciso II, do artigo 137⁶, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988, www.planalto.com.br). O tempo de duração, para essa hipótese, poderá ser por todo o tempo que perdurar a ameaça.

⁶ Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

No decreto deverá constar a duração do Estado de sítio, as normas necessárias para sua execução, bem como as garantias constitucionais que ficarão suspensas, sendo que, depois de publicado, o Chefe do Executivo irá designar quem executará as medidas específicas e as áreas que serão abrangidas (BRASIL, 1988). Faz-se necessário mencionar sobre a extensão das medidas na vigência do Estado de sítio, previstas no artigo 139 do texto constitucional:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:
I - obrigação de permanência em localidade determinada;
II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
IV - suspensão da liberdade de reunião;
V - busca e apreensão em domicílio;
VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
VII - requisição de bens.
Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Durante a Pandemia causada pela Covid-19, levantou-se não só a possibilidade de decreto de Estado de defesa, conforme acima mencionado, como também sugeriu-se que fosse declarado Estado de Sítio. O presidente Jair Bolsonaro entrou com uma ação no Supremo Tribunal Federal, em 19 de março de 2021, na qual compara as medidas criadas pelos governadores para conter a pandemia com Estado de sítio⁷. José Levi, Advogado-Geral da União na época, se recusou a assinar o pedido, que foi entregue à Corte com a assinatura do próprio Bolsonaro (METROPOLES, 2021).

O Chefe do Executivo tentou comparar as medidas de *lockdown* com o Estado de Sítio, pois a restrição de circulação em certos horários também é uma medida que pode acontecer durante o instituto gerenciador de crises previsto no artigo 137 do texto constitucional (METROPOLES, 2021). Porém, o *lockdown* e as medidas contra a pandemia não são de forma alguma equiparáveis ao Estado de sítio, uma vez que, além da restrição de circulação em certos horários, o estado de sítio impõe outras

⁷ Importante ressaltar que a mencionada ação foi, inclusive, o principal motivo de desavença com o Advogado-Geral da União José Levi, que foi substituído em março de 2021.

várias restrições e limitações de direitos e garantias, previstas no já mencionado artigo 139 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)

Referidas medidas seriam desproporcionais e desnecessárias durante a pandemia, pois acarretaria em uma série de outras restrições e limitações dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, não estamos diante de uma necessária defesa interna ou instabilidade institucional em razão de uma crise militar ou política, requisitos que justificariam o decreto de Estado de Sítio, o que se pretendia era apenas a adoção de medidas restritivas utilizadas por alguns estados brasileiros, utilizadas como uma resposta a uma crise de saúde pública.

O relator do pedido no Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio, arquivou a ação sem analisar o mérito, tendo em vista que ela era inválida sem a participação da Advocacia Geral da União (BRASIL, 2021), mas pode-se afirmar que, em princípio, este instituto também não poderia ser utilizado para fins de enfrentamento da crise pandêmica. No mesmo sentido está o parecer emitido pela OAB:

À luz dos princípios norteadores do nosso sistema constitucional de crises e das regras sobre estado de sítio previstas na Constituição, o recurso a tal medida extrema no contexto atual se mostra flagrantemente inconstitucional e descabido. Não há um cenário de impossibilidade de atuação do Estado dentro das regras democráticas que autorize a suspensão da própria Constituição. Não há dúvida de que a situação atual produz sensações de pânico e de temor na população. Esses sentimentos não podem, no entanto, ser explorados para autorizar medidas repressivas e abusivas que fragilizem direitos e garantias constitucionais. A resposta esperada do Estado não deve ser a ampliação de seu arsenal repressivo, mas sim a expansão de sua capacidade de assistência e de proteção social dos cidadãos, principalmente os mais vulneráveis. (JOTA, 2021, <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/leia-a-integra-do-parecer-da-oab-contra-a-possibilidade-de-estado-de-sitio-21032020>)

Salienta-se, ainda, que uma vez instaurado um regime de emergência – tanto o Estado de defesa, quando o Estado de sítio - as medidas a serem adotadas estão sujeitas aos princípios do estado de direito constitucional, ou seja, são passíveis de controle e de fiscalização, incluindo-se sua articulação com as normas internacionais. Portanto, todas as medidas estipuladas durante o governo de crise devem estar sujeitas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, incluindo a dimensão da temporalidade, e também devem ser objeto de controles políticos e, especialmente, jurisdicionais (SILES, 2019).

Feita a contextualização acerca dos modelos constitucionais de enfrentamento de crise presentes no ordenamento brasileiro, volta-se agora a análise ao estado de emergência sanitária instaurado no Brasil a partir do dia 11 março de 2020, no qual a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou pandemia devido ao agravamento da nova doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) - ou simplesmente chamada de Covid-19 - a qual possui alto poder de contágio e velocidade de disseminação.

Embora a pandemia do coronavírus esteja sendo marcada por situações extremas que decorrem de graves crises de saúde pública e que, para o enfrentamento desta situação, o Poder Público se vê obrigado a alterar a aplicação de determinadas normas jurídicas, é importante destacar que, no Brasil, não estão presentes as características próprias de um Estado de exceção. Além disso, a situação de excepcionalidade provocada pela pandemia não apresenta as pontualidades e não encontra adaptações nos institutos gerenciadores de crise já previstos em nossa legislação, fazendo com que seja adotada uma legislação *ad hoc* (GARGARELLA; ROA, 2020)

Em qualquer caso, é um fato notável que, mesmo nas democracias avançadas, cujas constituições contêm disposições para poderes de emergência, esses poderes não são usados, por entenderem que não houve emergências de magnitude suficiente para justificar a invocação de poderes de emergência. (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 2015) Desta forma, diferentemente de outros países⁸, no Brasil houve a decretação de Estado de Emergência por meio da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, editada pelo então Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, após a Organização Mundial de Saúde (OMS) ter declarado, em 30 de janeiro, Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (BRASIL, 2020a).

A portaria do Ministério da saúde estabeleceu um Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública possuindo diversas competências (BRASIL, 2020a), com base no Decreto nº 7.616/2011, o qual dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em situações que necessitem de

⁸ Nos países como a Espanha e a Colômbia, decretaram estado de exceção tendo em vista sua previsão no texto constitucional. Outrossim, na Alemanha, Noruega e Japão não estabeleceram anteriormente na Constituição a figura do estado de exceção e, portanto, utilizam-se de uma legislação de emergência preexistente. (GARGARELLA; ROA, 2020).

emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública. (BRASIL, 2011)

Segundo consta no mencionado Decreto nº 7.616, a declaração de Emergência de Importância Nacional pode ser declarada em virtude da ocorrência de situação epidemiológica, de desastre ou de desassistência à população (BRASIL, 2011). No caso da pandemia provocada pela Covid-19, configurou-se uma situação epidemiológica que apresentava iminente risco de disseminação nacional que se confirmou em pouco tempo, extrapolando a capacidade de resposta do Sistema Único de Saúde (SUS). Delineou-se, além disso, uma situação de desastre em razão de um evento que gerou o reconhecimento, pelo Poder Executivo federal, de situação de emergência que impactava diretamente a saúde pública.

Posteriormente, as principais medidas de enfrentamento ao vírus tiveram como base o Decreto 06/2020, o qual reconheceu o “estado de calamidade pública” e que foi apresentado pelo Poder Executivo em razão de situação pontual caracterizada pela pandemia, e aprovado com votação unânime pelo Senado Federal durante a primeira sessão virtual de sua história (HENNIG LEAL, 2020).

Neste sentido, importante mencionar que a calamidade pública se trata de medida infraconstitucional que também possibilita o enfrentamento de anormalidades mais relativas, as quais podem também ser compreendidas por desastres, que podem comprometer com sérios danos a segurança e a vida das pessoas. Seu objeto é sempre preventivo e, por se tratar de instrumento utilizado para crises momentâneas, não existe grandes restrições aos direitos e garantias fundamentais, ao contrário do que acontece quando da decretação de Estado de defesa ou de sítio.

A situação de emergência⁹ e o estado de calamidade¹⁰ está disciplinada no Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020, que dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de Proteção e Defesa

⁹ XIV - situação de emergência - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação.

¹⁰ VIII - estado de calamidade pública - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação;

Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres, entre outros assuntos (BRASIL, 2020b).

Destaca-se o fato de que a edição do Decreto de Calamidade Pública se deu dentro da forma prevista em lei, ou seja, valendo-se da tramitação regular prevista na Constituição Federal, observando-se as “regras do jogo” do Estado de Direito e manutenção da competência dos Poderes. Importante salientar, ainda, que o referido Decreto não menciona a possibilidade de suspensão de direitos fundamentais, tratando tão-somente de aspectos orçamentários e fiscais, prevendo a permissão para que o governo federal gaste mais do que o fixado em lei anterior, contornando, assim, o limite estabelecido pelo teto de gastos públicos do governo federal, a fim de custear as ações no combate à crise. (BRASIL, 2020c)

Ainda, ressalta-se que o mencionado Decreto foi editado em atenção ao artigo 65¹¹ da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, norma esta que cuida especialmente das normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na

¹¹ Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

- I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23 , 31 e 70;
- II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

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

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

- a) contratação e aditamento de operações de crédito;
- b) concessão de garantias;
- c) contratação entre entes da Federação; e
- d) recebimento de transferências voluntárias;

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública;

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

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

I - aplicar-se-á exclusivamente:

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

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

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

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

gestão fiscal (BRASIL, 2000). Outro aspecto importante a se destacar é que o teto de gastos não deverá sofrer alterações em razão da pandemia:

As regras fiscais já contemplam a devida flexibilidade. No caso do teto, os chamados créditos extraordinários, previstos no art. 167, parágrafo 3º, da Constituição Federal, ficam de fora do teto. Isto é, o governo pode e deve reagir à crise com aumento de gastos, sem que para isso precise alterar a regra do teto, que hoje é a principal âncora fiscal do país. O enfrentamento da crise deve acontecer em duas frentes: gastos importantes em saúde e mitigação dos efeitos da crise sobre a renda do trabalhador informal, das pessoas mais pobres e vulneráveis. (SALTO, 2020)

Ainda, importante mencionar que antes mesmo da decretação de estado de calamidade pública, já havia sido editada pelo Governo Federal, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispondo sobre as medidas que podem ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional (BRASIL, 2020d). Entre as medidas previstas estão o isolamento¹², a quarentena¹³, a determinação de realização compulsória de exames médicos, vacinação e outras medidas profiláticas, além da restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de entrada e saída do país, assim como a requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas (BRASIL, 2020d).

Contudo, medidas mais drásticas foram implementadas em algumas cidades e regiões metropolitanas, a exemplo do bloqueio total de atividades e de circulação de pessoas, - situação que foi chamada de *lockdown* – tanto no início da pandemia em 2020, quanto no ano de 2021, com a restrição de direitos que, em princípio, só poderiam sofrer limitação na vigência do estado de defesa ou do estado de sítio (caso do direito de ir e vir e da liberdade de reunião) (BRASIL, 1988).

A adoção desse tipo de isolamento social rígido, se deu por determinação judicial, a pedido do Ministério Público ou por iniciativa dos governadores e, como consequência disso, determinou-se a suspensão de todas as atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde, além da limitação de reuniões de pessoas em espaços públicos ou abertos ao público, possuindo, ainda, possibilidade de adoção de medidas de orientação e de sanção administrativa quando houvesse

¹² I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus;

¹³ II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

infração às medidas de restrição social. É válido mencionar que para a adoção de medidas desse caráter recomenda-se que seja antecedida por autorização judicial, a fim de evitar o uso indiscriminado de restrições excepcionais.

Contudo, o enfrentamento da crise pandêmica foi permeado por disputas políticas e institucionais, conforme será visto mais adiante. Diz-se isso porque somente na área da saúde, houve quatro trocas de Ministros. Luiz Henrique Mandetta (1º de janeiro de 2019 a 16 de abril de 2020) e Nelson Teich (16 de abril de 2020 a 15 de maio de 2020), os dois primeiros ministros da gestão, eram médicos e defendiam as orientações fornecidas pela Organização Mundial da Saúde e, justamente em razão disso, deixaram o cargo, por discordarem da maneira com que o Presidente queria conduzir a pandemia (NOTÍCIAS UOL, 2021). Além dos dois, à frente do Ministério da Saúde já esteve Eduardo Pazuello (15 de maio de 2020 a 15 de março de 2021), general da ativa do Exército, o qual foi substituído por Marcelo Queiroga, em razão da pressão de parlamentares do centrão à Jair Bolsonaro (NOTÍCIAS UOL, 2021).

As posições opostas entre a União, de um lado, e, de outro, os estados e municípios, trouxeram prejuízos para o enfrentamento da doença na medida em que passaram para a população uma mensagem confusa sobre os protocolos a serem seguidos. A posição errática e oscilante do governo federal ficou patente na resistência ao cumprimento das recomendações das autoridades de saúde e na atitude reiterada de minimizar a gravidade da pandemia. A demissão de dois ministros da Saúde no exato momento em que a doença alcançava grande número de pessoas, somada à postura do Presidente da República em comparecer a manifestações e a circular por diferentes pontos da capital federal em contradição com as orientações do governo local e com as regras sanitárias evidenciaram as distintas visões existentes sobre o problema, inclusive no âmbito do próprio Executivo federal. (MAIA FILHO, 2020, p. 13)

Não bastasse isso, cumpre mencionar que o relacionamento entre os três Poderes está conturbado, afigurando-se lugar comum nos debates da atualidade a questão das tensões existentes em torno do Executivo, na figura do Presidente da República, e do Judiciário, especialmente os ministros do Supremo Tribunal Federal, órgão que repetidamente tem sido alvo de ataques e reclamações, havendo, inclusive, ameaças de tentativa de tomada de poder, por meio de pedidos de intervenção militar e fechamento do Congresso¹⁴.

14 Ato pró Bolsonaro continha faixas com pedidos de fechamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso, além da defesa de uma intervenção militar. Detalhes sobre o acontecido podem ser

Somente no primeiro semestre de 2020, o Supremo Tribunal Federal já havia tomado medidas que evidenciaram as tensões na relação entre a Corte e o Executivo Federal, a exemplo da abertura do inquérito sobre fake news¹⁵, a liberação da íntegra do vídeo da reunião ministerial do dia 22 de abril¹⁶ e, principalmente, o veto do ministro Alexandre de Moraes à posse de Alexandre Ramagem na Polícia Federal, amigo da família Bolsonaro. Não bastasse isso, a crise sanitária ocasionada pela pandemia do novo coronavírus agudiza ainda mais essas tensões.

Inevitavelmente, este contexto de crises em diversos setores afeta consideravelmente o combate à pandemia, pois, além de não existirem condutas coordenadas entre os agentes estatais, observa-se uma fragilização da lógica de funcionamento do Estado de Direito, o que será melhor analisado no tópico a seguir.

2.3 A fragilização, causada pela crise, da lógica de funcionamento do Estado de Direito

A crise causada pelo novo coronavírus trouxe à tona deficiências já há muito tempo existentes em nosso país – a exemplo do desemprego, da fome, da corrupção, dentre tantas outras – caracterizando-se como uma crise multidimensional, ao afetar diversos segmentos do Estado de Direito e das vidas das pessoas. Neste sentido, a primeira crise que se manifestou foi na “dimensão sanitária”, provocando forte impacto na saúde pública. A falta de vacina e remédios comprovadamente eficazes; a descrença na ciência e no isolamento social como medida preventiva mais eficiente para o achatamento da curva de contágio, ao fazer-se crer que as atividades econômicas deveriam voltar¹⁷, fez com que a capacidade de atendimento dos serviços

acessadas por meio do link: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/31/manifestantes-fazem-ato-em-brasilia-em-apoio-a-bolsonaro-e-em-defesa-de-medidas-inconstitucionais.ghtml>.

¹⁵ Maiores informações sobre o assunto podem ser encontradas no site oficial do Supremo Tribunal Federal. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>.

¹⁶ A determinação se deu em razão de que, segundo o ex-ministro Justiça e Segurança Pública Sergio Moro, o presidente Jair Bolsonaro ameaçou interferir na Polícia Federal, durante a referida reunião.

¹⁷ Nestes tempos de coronavírus, tem-se apresentado duas posições políticas de prevenção e enfrentamento da crise pandêmica. De um lado, a ciência e a recomendação para isolamento e distanciamento social, de outro, a proposta para reabertura de atividades não essenciais e a retomada da economia, até mesmo ao custo de alguns milhares de mortos e contaminados. Ocorre que, houve a publicação nas redes sociais do Governo Federal, de uma campanha publicitária com a frase “O Brasil Não Pode Parar”, aconselhando à população voltar as suas atividades para o bem da nação, sendo que esses vídeos foram divulgados no contexto da pandemia mundial provocada pela Covid-19, vão na contramão de recomendações de órgãos sanitários internacionais, acerca das medidas de isolamento social, o qual contribui para que a curva de contágio seja achatada. (BRASIL, 2020)

de saúde fosse ultrapassada, sobrecarregando a rede hospitalar e aumentando de forma alarmante o número de infectados e, conseqüentemente, o número de mortos vítimas do vírus. (BARROSO, 2020, p. 222).

Em um segundo momento, instaura-se a inevitável crise de “dimensão econômica” (BARROSO, 2020, p. 222), a qual já vinha produzindo efeitos desde antes de 2020, tendo considerável agravamento a partir do decreto de calamidade pública e atraindo consigo a crise de “dimensão social” (BARROSO, 2020, p. 223), com a quebra de empresas e o conseqüente desemprego em massa, situação que o auxílio emergencial de 600 reais - disponibilizado pelo Governo Federal aos trabalhadores mais vulneráveis - não conseguiu reverter. Com a grande pressão sobre os cofres públicos, surge a crise de “dimensão fiscal”, pois os investimentos na área da saúde somados ao auxílio emergencial e aos programas de resgate de empresas podem causar um colapso fiscal a médio prazo, se não forem feitos em caráter provisório. (BARROSO, 2020, p. 223).

Não bastasse isso, paralelamente aos efeitos sanitários, sociais, econômicos e fiscais, o país passa por grave crise na “dimensão política” e na “dimensão institucional” (BARROSO, 2020, p. 223-224). O fator que se atribui à crise política se dá, principalmente, em razão da falta de liderança e coordenação dos atores políticos. Os entes federativos não foram capazes de formular estratégias harmônicas de combate ao vírus, especialmente em âmbito Federal, no qual o Presidente da República ignorava as recomendações médicas e científicas, causando, inclusive, grande desprestígio internacional e a desvalorização do real (BARROSO, 2020)

Frente a um ambiente de desinformação proporcionado pelo Governo Federal, com ações obscurantistas e autoritárias, fizeram-se necessárias ações por parte do Congresso Nacional¹⁸ e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, para manter um ambiente democrático, causando inevitáveis tensões e fricções entre os Três Poderes, em uma situação que por si só já é excepcional e, em razão disso, necessitava de ações coordenadas para o enfrentamento da pandemia. (BARROSO, 2020). Por último, sentiu-se o impacto do coronavírus na “dimensão eleitoral” (BARROSO, 2020, p. 224), pois as campanhas eleitorais e até mesmo a votação em si, sofreram diversos condicionamentos, sendo, inclusive, adiado o pleito em um mês.

¹⁸ Deputados e senadores discutiram propostas que envolviam desde o direito ao consumidor até auxílio ao trabalhador para amenizar as conseqüências do coronavírus.

Neste contexto e, conforme já anteriormente mencionado, diferentemente de outros países da América-Latina, o Brasil não decretou – oficialmente – um estado de exceção propriamente dito. Desta forma, faz-se necessária uma vigilância ininterrupta, bem como o exercício de um controle social e jurisdicional acerca das medidas adotadas – em níveis federal, estadual e municipal – que tendem a restringir e limitar direitos fundamentais e que possam vir a fragilizar a lógica de funcionamento do Estado. Neste sentido, importante destacar o posicionamento de Hennig Leal (2020, p. 66) quando declara que:

[...] embora os riscos para o Estado de Direito no Brasil não sejam evidentes e diretos, por não terem sido adotadas as medidas de um “Estado de exceção”, é necessária uma vigilância constante, tanto pela sociedade quanto pelos órgãos competentes, para que a pandemia não funcione como pretexto para a relativização dos direitos e para o esvaziamento das instituições democráticas, por meio de poucas ações, servindo para alcançar fins totalitários “transvestidos de democracia”.¹⁹

Tal vigilância tem se dado, de certa forma, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da análise e controle constitucional das medidas provisórias editadas pelo governo federal desde o Decreto de estado de calamidade pública, publicado em março de 2020, na intenção de conter a pandemia e que faz sob a justificativa de que a crise possui caráter de urgência, o que impede esperar os trâmites alongados do processo legislativo comum (GESTA LEAL, 2020). Vale salientar que esta regulamentação poderia ter sido feita por outro meio, mais condizente com o Estado Democrático de Direito, nos termos do parágrafo 9º do artigo 62 da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a obrigatoriedade do exame de medidas provisórias por comissão mista criada especificamente para esse fim (BRASIL, 1988).²⁰

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado no ano de 2012, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029, na qual o Tribunal concluiu pela obrigatoriedade da tramitação dessa espécie legislativa por esses

¹⁹ Texto original: [...] aunque los riesgos al Estado de Derecho en Brasil no sean evidentes y directos, por no se haber adoptado medidas propias de un “Estado de excepción”, se hace necesaria una vigilancia constante, tanto por parte de la sociedad cuanto de los órganos competentes, para que la pandemia no opere como un pretexto para la relativización de derechos y para el vaciamiento de las instituciones democráticas, por medio de acciones escasas, sirviendo para la consecución de fines totalitarios “travestidos de democracia”.

²⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] §9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

colegiados, e pela inconstitucionalidade da adoção de rito que não incluía as comissões mistas (BRASIL, 2012). Contudo, ao decidir as Arguições por Descumprimento de Preceito Fundamental 661 e 663, no contexto excepcional da pandemia, prevaleceu o argumento de que a apreciação das medidas provisórias deve ser célere, decidindo, portanto, pela constitucionalidade da adoção de rito abreviado em que tais proposições ficam dispensadas de serem apreciadas por essas comissões (BRASIL, 2020e).

Ademais, isso ocorre em razão de que em períodos excepcionais há uma tendência de ampliação de poderes no âmbito do Poder Executivo, centralizando-os na autoridade presidencial e reforçando a ideia dos “hiperpresidencialismos²¹” referidos por Gargarella (2019), no sentido do que já se observa nos demais países da América Latina, o que pode vir a comprometer os mecanismos de participação popular, essenciais no modelo de Estado Democrático de Direito. Desta forma, o uso das competências e prerrogativas que possui o Presidente da República – como a expedição das já citadas medidas provisórias com força de lei, propositura de emendas à Constituição e o poder de editar decretos, por exemplo – se intensificam.

Isso fica ainda mais em evidência quando da análise do número de medidas provisórias editadas durante a pandemia. Somente no ano de 2020, o Presidente da República fez 101 edições até o dia 29 de dezembro, somando “o maior número editado em um único ano em quase duas décadas”. (AGÊNCIA SENADO, 2020, <https://www12.senado.leg.br>). Destas, 40 foram assinadas para liberação de créditos extraordinários, conforme informações da Agência Senado:

Foram 40 MP's, que encaminharam mais de R\$ 600 bilhões a ações contra a pandemia. O valor se aproxima de 10% de todo o produto interno bruto (PIB) do país no ano de 2019, que foi de R\$ 7,4 trilhões. Desse total, R\$ 512 bilhões, ou cerca de 82%, já foram gastos. [...] O Ministério da Cidadania foi o maior beneficiado por essas emissões, graças ao fato de ser o órgão do Executivo que administra o auxílio emergencial — de longe a política mais dispendiosa contra a pandemia de covid-19 (Lei 13.982, de 2020). Mais de R\$ 328 bilhões foram autorizados para a pasta, que usou cerca de R\$ 297 bilhões. Para pagar o auxílio emergencial, foram cerca de R\$ 231 bilhões. Na sequência, o auxílio federativo da União (Lei Complementar 173, de 2020) faz com que as transferências para estados e municípios sejam a segunda maior destinação dos créditos extraordinários da pandemia. O Ministério da Saúde, que é encarregado, principalmente, de compras de suprimentos médicos e de investimentos em pesquisa, vem em seguida, acompanhado

²¹ Segundo Barroso (2020, p. 139), “a experiência latino-americana com o presidencialismo à americana não tem sido boa, no geral. Tem oscilado entre o hipresidencialismo, com concentração de poder no Executivo e viés autoritário, ou o fisiologismo extremo, em que o presidente fica refém do Congresso”.

pelo Ministério da Economia, gestor dos programas de subvenção econômica. (AGÊNCIA SENADO, 2020, <https://www12.senado.leg.br>)

Em consequência disso, grande parte dessas medidas são questionadas judicialmente, levando à sua suspensão por meio de decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o controle por parte do Poder Judiciário evita a prática abusiva na utilização deste instrumento, pois, do contrário, poderia ocorrer abuso e desvio de poder, além de impedir a caracterização de estado de exceção por meio do fenômeno de plenos poderes conferidos ao Poder Executivo (GESTA LEAL, 2020).

Por outro lado, chama-se atenção para o fato de que as medidas de restrição de direitos em face da quarentena, a exemplo do isolamento social, foram determinadas, notadamente, pelos Estados²² e Municípios, os quais puderam regulamentar o funcionamento das atividades de acordo com suas particularidades e realidades, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 672²³, que reconheceu a competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios em matéria de saúde para adoção de medidas de combate à crise pandêmica, podendo variar de acordo com os níveis de contágio do vírus (BRASIL, 2020f).

A nível Federal, uma das manifestações mais evidentes de restrição a direitos fundamentais ou de suspensão da ordem constitucional pôde ser verificada na tentativa de inclusão do artigo 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, atos normativos que dispõem sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. Referido artigo previa a suspensão dos pedidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527) em todos os órgãos e entidades da administração pública federal, permitindo que as solicitações de informação não fossem respondidos por conta do regime de teletrabalho dos

²² A exemplo disso, cita-se o modelo de distanciamento controlado adotado no Rio Grande do Sul, o qual prevê quatro níveis de controle, traduzidos em “bandeiras”, quais sejam: amarela, laranja, vermelha e preta. A amarela indica uma situação mais amena, com medidas mais flexíveis, enquanto na preta seria necessário maior restrição. Referido modelo foi construído com base na propagação do vírus e na capacidade de atendimento de cada região do Estado. RIO GRANDE DO SUL. Bandeiras e protocolos: entenda o modelo de distanciamento controlado. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/bandeiras-e-protocolos-entenda-o-modelo-de-distanciamento-controlado>>. Acesso em: 03 de agosto de 2020.

²³ Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

servidores, além de suspender a possibilidade recursal²⁴, mesmo diante de diversas declarações de cientistas, médicos e pesquisadores demonstrarem a necessidade da ampliação das informações e dados sobre o avanço da Covid-19, especialmente em grupos em situação de vulnerabilidade social²⁵. (BRASIL, 2020g)

Em reação direta à tentativa do Governo Federal de impor restrições à LAI, está a medida cautelar proferida pelo Supremo em sede da ADI 6.351, a qual suspendeu a eficácia do artigo impugnado, por entender que ele “transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a Sociedade” (BRASIL, 2020h, p. 10).

Neste exemplo, nota-se o uso das “chamadas Técnicas de Atuação do Estado de Exceção, notadamente pela via do Poder Executivo” (GESTA LEAL, 2020, p. 38), o qual se utiliza de instrumentos “aparentemente legais, mas temporários e fundados em necessidades e urgências por vezes fictícias, para a implementação de políticas permanentes unilateralmente constituídas pelos grupos hegemônicos que assaltaram o Executivo” (GESTA LEAL, 2020, p. 38).

Não se subestima a gravidade e as dificuldades advindas da pandemia provocada pela Covid-19, entretanto, não se pode legitimar o atropelo no tratamento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, pois “tem se fragilizado os argumentos de justificação e fundamentação das condições e possibilidades do Estado de Exceção” (GESTA LEAL, 2020, p. 37). Ademais, “a proibição da arbitrariedade é um elemento do constitucionalismo atual, e sua importância também

²⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

²⁵ Contudo, importante mencionar que a reação das instituições ocorreu quase que imediatamente à edição da medida provisória. Por parte do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), entidade de direito privado composta por Secretários de Estado da Saúde e seus substitutos legais, enquanto gestores oficiais das Secretarias de Estado da Saúde dos estados e Distrito Federal, criou-se um painel paralelo, dando conta do aumento do número de vítimas e contaminados pela doença. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). Painel CONASS Covid-19. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/painelconasscovid19/>>. Acesso em: 13 de setembro de 2020. Além disso, a cobertura por parte da imprensa tem sido constante, apresentando informações atualizadas diariamente e em todos os veículos de comunicação, bem como divulgações sobre a corrida mundial por vacinas e medicamentos, demonstrando, assim, o efetivo exercício do direito fundamental de ação e participação democrática.

se manifesta durante os estados de emergência”²⁶ (BOGDANDY, et al. 2020, p. 11). Neste sentido, também se chama atenção para o fato de que

[...] aceitar que constitui esta Democracia momentos de imprevisibilidade de suas possibilidades, notadamente em face de situações de exceção, implica reconhecer a importância de tentarmos permanentemente controlar, preventiva e curativamente, aquelas situações inimagináveis, potencializadoras de instabilidades democráticas, através de blocos normativos diferidos, distinguindo o uso do puro arbítrio velado pela urgência da ação política, das ações políticas de emergência vinculadas constitucional e infraconstitucionalmente. (GESTA LEAL, 2020, p. 204)

Desta forma, grande parte das medidas excepcionais adotadas pelo governo federal foram revertidas pelo Poder Judiciário brasileiro, notadamente o Supremo Tribunal Federal, o qual possui um papel essencial na prevenção de arbitrariedades e reversão de inconstitucionalidades. Constrói-se, assim, uma jurisprudência de crise ou a chamada “juridicidade da excepcionalidade” (BINENBOJM, 2016, p. 147). Isso porque, conforme dispõe Magalhães (2017, p. 76), a jurisdição constitucional também se adapta aos momentos de crise:

[...] a jurisdição constitucional se sensibiliza ao contexto de crise, promovendo uma releitura de institutos jurídicos já consagrados. A jurisprudência da crise resulta, assim, da maleabilidade dos conceitos, que permite sua adequação à fundamentação de decisões pragmaticamente aspiradas pela corte. Por ser velada e sutil, a estratégia dificilmente é identificada.

Neste sentido, é aceitável que o Poder Judiciário assumira, de certa forma, o controle da crise, pois, conforme destacam Bruno Salama e Mariana Pargendler (2013, p. 126) “precedentes judiciais criam incentivos justamente porque estabilizam expectativas sobre as regras do jogo. E, ao fazê-lo, alteram os custos relativos de diferentes condutas”, isso significa dizer que mesmo que os precedentes não “contribuam para a efetiva estabilização de expectativas, a exemplo das frequentes reviravoltas jurisprudenciais, o fato é que sinalizam uma determinada postura e, assim, criam incentivos para a ação ou reação de outros atores envolvidos”. (MAGALHÃES, 2017, p. 52)

No início da crise pandêmica, já se alertava sobre as possíveis mudanças na jurisdição constitucional, com a adoção de medidas poucos usuais relativas ao estado

²⁶ Texto original: la interdicción de la arbitrariedad es un elemento del constitucionalismo actual, y que su importancia se evidencia también durante los estados de emergencia.

de calamidade pública, com a conseqüente formação de uma jurisprudência da crise, tendo que se discutir a forma com que a Constituição deve ser lida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2020, <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-cri-se-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>) afirma que, para um melhor agir durante a atual realidade econômica e social que se experimenta, a Administração Pública deverá atuar de forma rápida, com ações que poderão ser consideradas questionáveis se a Constituição Federal for vista de modo frio e seco, pois ela está “distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte”.

Para tanto, deverá haver uma abertura essencial à consciência hermenêutica da jurisdição constitucional, para tornar possível a observância dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro. Ou seja, é preciso evitar o enfraquecimento dos limites constitucionais e ao mesmo tempo garantir o não perecimento da população, seja por questões sociais advindas da crise ou pela própria doença (MENDES, 2020).

Todavia, essa postura que agora se exige do Estado e esse pensamento de necessidade de resposta imediata que paira sobre a Administração Pública e o Judiciário neste momento de crise pode ser considerada um fator de risco para a relativização das barreiras constitucionais, “levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente” (RAMOS, 2015, p. 286.)

Desta forma, mostra-se oportuno trazer ao debate as lições de Holmes (2009, p. 302), que demonstra que justamente nas situações em que aparentemente se exige uma ação rápida e urgente é que mais se faz importante seguir protocolos, mesmo que isso demande mais tempo, para que seja possível “minimizar o risco de cometer erros fatais, mas evitáveis sob as pressões psicologicamente perturbadoras do momento.”²⁷.

Neste sentido, chama-se atenção para o fato de que, em momentos excepcionais, a jurisdição constitucional se apresenta como um elemento ainda mais

²⁷ Texto original: “minimize the risk of making fatal-but-avoidable mistakes under the psychologically flustering pressures of the moment.”

importante, considerando a necessidade de se fazer uma mediação entre os conflitos e tensionamentos que se conformam, sendo o Direito o principal meio para assegurar a democracia, ainda que em meio a circunstâncias excepcionais. Além disso, as ações realizadas em momento de grave crise exigem cuidados redobrados, pois deve-se intensificar a necessidade de fiscalização dos atos políticos da Administração, em razão da urgência e da relativização de determinados procedimentos e, em face disso, se intensifica também a responsabilidade e necessidade de fiscalização das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Isso por que as decisões daquele órgão poderão dar amparo jurídico a ações não desejadas e base para a juristocracia²⁸, o que pode gerar uma degradação da democracia constitucional e, desta forma, é preciso impor limites e constrangimentos ao Poder Judiciário, em razão da força que ele tem assumido. Neste sentido, argumenta Hennig Leal (2007, p. 83), ao salientar que, ao abrir espaço para uma atuação hermenêutica extensiva do Poder Judiciário “[...] correr-se-ia o risco de um certo autoritarismo hermenêutico em detrimento de outras interpretações igualmente constitucionais, já que estes contornos são, muitas vezes, tênues e imprecisos”.

Além disso, passa-se por um período em que alguns políticos não possuem “confiança na ciência, nas instituições e na cooperação internacional. Como resultado, enfrentamos a crise atual sem líderes que possam inspirar, organizar e financiar uma resposta global coordenada” (HARARI, 2020, p. 94). Essa situação é vivenciada no Brasil, porquanto o Chefe do Poder Executivo menospreza as orientações de médicos e cientistas durante a pandemia do coronavírus, conforme relata Conci (2020, p. 36):

Enquanto o Ministério da Saúde vinha adotando medidas de isolamento social e defendendo a suspensão de atividades comerciais e empresariais, no que acompanhava, assim, as políticas implantadas por outras nações e as recomendações da própria OMS, o Presidente da República, em inúmeras ocasiões, agiu em contrariedade às diretrizes de sua própria equipe, inclusive rompendo o isolamento. Com frequência, tem saindo às ruas para encontrar apoiadores, apertar suas mãos e provocar aglomerações, razão pela qual tem atraído severas críticas. Em pronunciamento em cadeia nacional, Jair Bolsonaro, mesmo diante de milhares de mortes causadas pelo COVID-19 em todo o mundo, tentou minizar (sic) a pandemia dizendo tratar-se de uma “gripezinha” ou “resfriadinho”.

²⁸ Juristocracia é o termo cunhado por Ran Hirschl, professor de Ciência Política e Direito na Universidade de Toronto, utilizado para explicar a crescente transferência de decisões que originalmente caberiam às instituições representativas ao Poder Judiciário com a consequente transformação na engenharia constitucional diante da invasão na esfera dos demais Poderes. (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004).

Não bastasse isso, houve a veiculação, pelo governo federal, de uma campanha publicitária com o slogan “o Brasil não pode parar” (BRASIL, 2020i), convocando a população a retomar às suas atividades plenas, diminuindo a gravidade e os riscos da Covid-19, todavia, referida publicidade foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da decisão proferida na ADPF 669, de relatoria do ministro Luiz Roberto Barroso (BRASIL, 2020i). Assim, há quem entenda que a atuação do Poder Judiciário seja necessária para garantir os direitos presentes na Constituição Federal frente a um governo que possui um déficit democrático, com postura e medidas de cunho ditatorial e que descumpra as orientações sanitárias:

De fato, e como se sabe, algumas recentes decisões por parte do Supremo Tribunal Federal têm sido acusadas de atentatórias à divisão ou independência dos poderes. Olvida-se, no entanto, que, em primeiro lugar, o Judiciário não atua por vontade própria, senão quando provocado. E diversas de suas colocações buscam, sim, a defesa da Constituição e os direitos individuais. Leis podem afirmar poderes de lado-a-lado, mas acima destes, existe uma lógica principiológica que sobrepaira a todos. E, diga-se, a defesa destes não é interferência, senão asseguramento dos ditames constitucionais. (SILVEIRA, 2020, <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>)

Mesmo diante de todo o estudo realizado sobre o Estado de exceção, não olharíamos primeiramente aos tribunais como entre as instituições governamentais que ganham novos e mais robustos poderes durante tempos exigentes. Na verdade, como já demonstrado, os tribunais normalmente recuam em tempos de crise, por deferência aos difíceis julgamentos dos ramos políticos sobre a melhor forma de responder sobre a exceção.

No Brasil, contudo, o Poder Judiciário é demandado a resolver com imediatismo questões multifacetadas que circundam diversos temas, nem sempre relacionados à área da saúde, que envolvem economia (perpassando por contratos de trabalho, na decisão da ADI 6.342 (BRASIL, 2020j) até a situação fiscal, na decisão da ADI 6.357 (BRASIL, 2020k) eleições, liberdades individuais que envolvem a garantia do direito à privacidade, a exemplo da ADI 6.387 (BRASIL, 2020l), que versa sobre o compartilhamento de dados pessoais com a Fundação IBGE e tantos outros assuntos que, muitas vezes, dividem-se em competências concorrentes dos entes federativos na ADPF 672 (BRASIL, 2020m).

Desta forma, após analisada a conformação jurídico-constitucional da situação de excepcionalidade no contexto da pandemia da Covid-19 no Brasil, perpassando pelos estudos sobre as conceituações e origens do Estado de exceção constitucional e os modelos de enfrentamento de crises constantes na Constituição Federal de 1988, voltou-se o olhar à forma de enfrentamento da pandemia pelo Brasil e a fragilização, causada pela crise, da lógica de funcionamento do Estado de Direito. Agora, faz-se necessário direcionar o estudo à atuação do Poder Judiciário, para compreender seu papel como guardião do texto constitucional e dos direitos nele contidos, não só em tempos de normalidade, como também em períodos excepcionais, o que será feito no próximo tópico.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA

No contexto atual, a jurisdição constitucional vem desempenhando importante papel na vida institucional brasileira, sendo que os anos de 2020 e 2021 - período marcado pela crise pandêmica do novo coronavírus - não foram diferentes. A centralidade do Supremo Tribunal Federal – e do Poder Judiciário como um todo – enquanto garantidor do texto constitucional e dos direitos nele contidos, bem como na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais envolvendo temas controvertidos na sociedade – especialmente no contexto da pandemia – e, mesmo que este não seja o foco do presente trabalho, há de se mencionar que tem gerado diversas críticas e debates, nem todos favoráveis à atuação da Corte.

Neste aspecto, são inevitáveis os questionamentos acerca da legitimidade de atuação do Tribunal Constitucional do país, tornando-se recorrentes expressões como “judicialização” e, principalmente, “ativismo judicial”, as vezes tidos como sinônimos, mas que não o são. Ocorre que esse protagonismo - que já ocorre em épocas de “normalidade” - se acentua ainda mais em tempos pandêmicos, uma vez que muitos atos da vida comum são questionados perante o Poder Judiciário.

É neste contexto que se desenvolverá o presente capítulo, no qual será abordada, de início, a questão da jurisdição constitucional cumprindo com seu papel de guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela contidos, tanto no contexto da crise gerada pela pandemia da Covid-19, quanto em tempos ordinários.

Superada essa questão, trar-se-á ao debate a questão do dever de proteção (*Schutzpflicht*) que possui o Estado, como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade como fundamento para o controle das medidas excepcionais, abordando aspectos teóricos e conceituais desses elementos, os quais em diversas oportunidades serviram como base ao Supremo Tribunal Federal, quando se viu obrigado a decidir sobre dois direitos fundamentais em conflito.

3.1 O protagonismo da jurisdição constitucional e sua função como guardiã da Constituição Federal e dos direitos fundamentais em tempos de “normalidade”

Antes de adentrar na questão proposta, necessário esclarecer o que se entende por jurisdição constitucional. Assim, afirma-se inicialmente que ela se caracteriza como sendo uma das funções do Estado, por meio da qual se busca a pacificação social pela aplicação da vontade concreta da lei. Neste sentido, Canotilho exemplifica que o Poder Judiciário deverá garantir e salvaguardar do texto constitucional, ou seja, “decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade” (CANOTILHO, 1998, p. 905).

No mesmo norte leciona Hans Kelsen (2003), ao defender que a jurisdição constitucional figura precipuamente como um instrumento de defesa da Constituição Federal e da fiel aplicação das demais normas constitucionais, por meio de instrumentos que serão utilizados pelo Poder Judiciário que sejam capazes de garantir a proteção de valores, direitos e garantias necessários para uma sociedade, vejamos:

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição Constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por finalidade garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas (KELSEN, 2003, p. 123-124).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais adquiriram uma nova noção valorativa, tendo em vista que a partir do momento em que estes direitos fundamentais são incorporados ao ordenamento, passam a ter caráter vinculante em relação a todos os poderes e âmbitos do Estado (HENNIG LEAL, 2007), impondo-lhe o dever de respeitar e concretizar esses direitos fundamentais mediante comportamentos positivos, sendo que “essa associação intrínseca entre Poder Público e direitos fundamentais constitui um dos pilares das democracias constitucionais contemporâneas” (ABBOUD; et al, 2020, p. 2)

Também após esse período, os Tribunais Constitucionais passaram a adotar postura mais ativa, dando causa ao fortalecimento da jurisdição constitucional –

exercida, no Brasil, pelo Poder Judiciário – “deixando de figurar como mero legislador negativo, tendo que decidir muitas vezes, sobre temas políticos ou com significativa repercussão política, não podendo abster-se de tal tarefa” (LEAL; MAAS, 2020, p. 5).

No Brasil, contudo, essa transformação envolvendo a evolução da jurisdição constitucional veio mais tarde, somente com o fim do regime militar no ano de 1985. Referido período foi marcado, especialmente, pelo Ato Inconstitucional n.º 5²⁹, o qual dava poderes absolutos ao Poder Executivo Federal, notadamente o Presidente da República, cargo que na época era investido por um militar adepto à censura de imprensa e às artes, grave perseguição aos opositores do regime e tortura aos presos políticos (BARROSO, 2020), ou seja, não havia qualquer respeito ou proteção aos direitos humanos e fundamentais e o Supremo Tribunal Federal existia somente com o intuito de se poder argumentar que a ditadura mantinha-se dentro das regras democráticas, sem, contudo, possibilidade de atuação na concessão de habeas corpus, por exemplo (G1, 2014).

Estando o Brasil sob o comando do vice-presidente eleito, José Sarney, houve a promulgação da Constituição Federal em 1988, trazendo avanços importantes para os direitos sociais, direito das mulheres, negros e, ainda, dotada de um inegável mérito, qual seja: “o da transição de um regime autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. (BARROSO, 2020, p. 61).

A partir de então, com a ampliação do catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, permitiu-se um amplo acesso à justiça e, conseqüentemente, “uma ampliação de competências do Poder Judiciário” (LEAL; MAAS, 2020, p. 5), deixando totalmente para trás a ideia de Schmitt de que somente aquele eleito pelo povo seria responsável pela defesa da Constituição, a qual, em verdade, já estava afastada desde o surgimento dos Tribunais Constitucionais, já na década de 1920, na Europa, com a crença de que “os tribunais constitucionais não apresentariam condições necessárias para a manutenção da unidade do sistema político e jurídico” (HENNIG LEAL, 2007, p. 43).

Outro aspecto relevante a ser ressaltado acerca do texto constitucional é de que mesmo sendo o Brasil um país com tradição de golpes, escândalos, crises e

²⁹ Mostra-se oportuno trazer ao debate a questão que versa sobre o AI5, pois se trata de um termo muito citado pelo então Presidente da República, Jair Bolsonaro, e seus apoiadores, que por desconhecimento ou anuência, apoiam sua volta mesmo em tempos sensíveis como os vividos durante a pandemia.

impeachments, há uma estabilidade institucional, com “mais de 30 anos de respeito às regras do jogo” (BARROSO, 2020, p. 61). Contudo, ao se observar esse cenário que é marcado por uma Constituição de cunho transformador, composta com um vasto rol de direitos, “reguladora do Estado e da sociedade e guardada por uma jurisdição constitucional apta a enfrentar qualquer dos demais Poderes para assegurar o cumprimento das promessas constitucionais” (ABBOUD; et al, 2020, p. 2) é, de certa forma, natural o surgimento de um maior número de questões judicializadas.

Ou seja, para garantir todos os direitos contidos no amplo texto constitucional no país, com temas envolvendo assuntos das relações sociais, econômicas e públicas, os quais estão regulamentados de forma pormenorizada, a jurisdição constitucional ganha maiores contornos, resultando em um evidente deslocamento do poder decisório ao Judiciário, grande parte em razão da abrangência do texto promulgado em 1988. Ainda, sobre o assunto, o autor Oscar Vilhena Vieira (2018) lista algumas das circunstâncias que podem servir de explicação para o acúmulo de poderes pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, o que explica o título do artigo, chamado Supremocracia, veja-se:

Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. (VIEIRA, 2018, p. 446-447)

Desta forma, o conteúdo do texto constitucional agregando-se a postura mais ativa do Poder Judiciário em busca da concretização dos direitos lá contidos, fazem despertar controvérsias quanto à sua legitimidade e uma suposta violação do princípio da separação dos poderes, surgindo, também, debates e críticas quanto ao chamado ativismo judicial, o qual entende-se estar associado a uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes³⁰” (BARROSO, 2012, p. 25), sendo que a maioria das mencionadas críticas conecta-se à ideia de paternalismo representado pela jurisprudência de valores incorporada pelos Tribunais, os quais

30 Entretanto, a violação à teoria de separação de poderes não é condição necessária para o ativismo judicial (GERVASONI; LEAL, 2013).

passam a ser chamados de “señores de la Constitución” (HENNIG LEAL, 2012, p. 433)

Necessário salientar que, embora estejam relacionados, o ativismo judicial se difere da judicialização, uma vez que esta tem como principal característica o protagonismo do Poder Judiciário em razão da transferência de decisões estratégicas, que antes eram destinadas aos Poderes representativos, para o Judiciário, fazendo com que o Direito se converta em um “direito judicial”, construído pelos magistrados (BARROSO, 2009). O fenômeno da judicialização pode ser dividido, ainda, entre (a) judicialização da política, a qual se trata da relação do Poder Judiciário com os demais poderes, em razão da possível intervenção nas competências do Executivo e do Legislativo e (b) judicialização do direito, a qual centra-se na tendência em ter-se um direito cada vez mais jurisprudencial (HENNIG LEAL, 2012).

Por outro lado, o ativismo judicial, “a pesar de tener también como telón de fondo la relación entre derecho y política, posee fundamentos distintos, estando más relacionado a una perspectiva interna, vinculada a la actuación del Poder Judicial en el desempeño de sus competencias³¹” (HENNIG LEAL, 2012, p. 438). Ou seja, está ligado à atuação do Poder Judiciário em si no desempenho das suas competências, estando identificado, na maioria dos casos, com uma postura ativa por parte dos juízes.

Diante disso, surgem questionamentos e críticas acerca dessa postura do Judiciário, que, em nome da defesa dos direitos fundamentais e do texto constitucional, acaba “extrapolando” as suas competências e invadindo o campo de atuação dos demais Poderes, colocando em risco, inclusive, o sistema democrático de direito (CAMPOS, 2015); ainda assim, esta afirmação não é assim tão simples e estes limites não são tão claros, ou seja, não é conceito pacífico sobre o que seja o ativismo (HENNIG LEAL, 2012). Sobre o fenômeno, posiciona-se Casara (2017, p. 89):

Não obstante, à medida que a atuação do Poder Judiciário cresce (ainda que essa atuação não atenda às expectativas geradas), diminui a ação política tradicional, naquilo que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Esse quadro indica um aumento da influência dos juízes e tribunais nos rumos da

³¹ Tradução livre: “Apesar de ter também como pano de fundo a relação entre o direito e a política, tem diferentes fundamentos, estando mais relacionados com uma perspectiva interna, atrelada à atuação do Poder Judiciário no exercício de suas atribuições.

vida brasileira, fenômeno correlato à crise de legitimidade de todas as agências estatais.

Neste contexto, embora tenham suas diferenças, ambos os fenômenos suscitam questionamentos quanto à legitimidade e limites de atuação da jurisdição constitucional. Outro elemento que se faz necessário abordar é o tensionamento entre a lógica e autoridade dos representantes eleitos e a lógica contramajoritária da jurisdição constitucional, o que causa a chamada “dificuldade contramajoritária”. Este termo é seguidamente observado frente às objeções que se fazem à atuação do Poder Judiciário, especialmente quando declara uma norma ou um ato inconstitucional, uma vez que referido órgão é, segundo Barroso (2009, <https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=8>):

[...] composto de membros não eleitos, atua para invalidar atos do poder legislativos cujos membros foram eleitos, e do Presidente da República, por vezes eleito por mais de 50 milhões de votos. Há uma tensão entre a atuação do Judiciário e o processo político majoritário nessas situações.

Sobre o assunto, manifesta-se também Casara (2017), o qual revela que a atuação contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário se dá no sentido de proteger os direitos fundamentais e preservar as regras do jogo democrático:

No modelo do Estado Democrático de Direito, cabe ao Poder Judiciário atuar como garantidor contra a opressão, até contra abusos promovidos pela maioria, razão pela qual exerce função contramajoritária. Mais do que isso: para assegurar o direito de um, o Poder Judiciário pode (e deve) julgar em sentido contrário ao desejo de todos os demais, isso porque, como já foi dito, os direitos fundamentais funcionam como trunfos contra as maiorias de ocasião e cabe aos juízes assegurarem não só esses direitos como também a própria democracia em sentido substancial/constitucional. (CASARA, 2017, p. 93)

Essa primeira abordagem, que traz um pequeno histórico da evolução da jurisdição constitucional até chegar aos conhecidos e populares debates acerca da judicialização e do ativismo judicial é necessária para trazer ao debate noções decorrentes da análise histórica da *judicial review*. Isso porque, para que o conteúdo constitucional seja garantido, a figura do controle de constitucionalidade se torna essencial, vez que se caracteriza como um importante mecanismo de proteção da Constituição e dos direitos e princípios nela postulados (LEAL, 2007). Além disso,

atualmente a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade se “configura uma das mais importantes e acentuadas formas de manifestação da jurisdição constitucional” (GERVASONI; LEAL, 2013, p. 58).

Originalmente, foi com a decisão do juiz Marshall no caso *William Marbury v. James Madison*, em 1803, que a *judicial review*³² que se inaugura e na qual se desenvolve a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos de outro Poder pelo Judiciário, reafirmando, assim, a prevalência e a supremacia da Constituição dentro do ordenamento (BARBOSA; KOZICKI, 2016). O referido caso envolvia uma disputa presidencial entre republicanos e federalistas, ocasião em que o então presidente John Adams foi derrotado pelo republicano Thomas Jefferson nas eleições, porém, após o resultado, Adams realizou uma série de nomeações de juízes de paz, depois da aprovação de uma lei criando novos cargos para a magistratura. Entretanto, Madison, secretário de governo de Thomas Jefferson, se negou a empossar alguns desses juízes nomeados, sendo que dentre eles estava Marbury (BINENBOJM, 2014).

No espaço de tempo decorrido entre o ingresso da ação e a decisão, a lei que autorizava e criava os novos cargos foi revogada pelo Congresso, fazendo com que a questão assumisse um caráter político. Neste sentido, embora o direito de Marbury quanto a sua posse ser efetivada tenha sido reconhecido, o juiz entendeu ser inconstitucional o writ of mandamus no qual este sustentava seu pedido e que determinava a competência da Suprema Corte para analisar a questão:

John Marshall, participando del juzgamiento en cuanto juez, consideró que la ley que servía de fundamento a la acción impetrada –llamada writ of mandamus– era inconstitucional, una vez que confería a la Suprema Corte poderes que originariamente no le habían sido atribuidos, no pudiendo, por lo tanto, su competencia ser ampliada sino que por la propia Constitución. Ha sostenido, entonces, la tesis de que la Constitución es la base de todos los derechos y la ley suprema del ordenamiento, de modo que su contenido es inmodificable por las vías ordinarias, o sea, las demás leyes deben estar de acuerdo con sus principios, justificándose, así, el control de los actos legislativos contrarios a ella –porque lo contrario implicaría la aceptación de la idea de que un acto legislativo cualquiera puede modificarla³³. (HENNIG LEAL, 2012, p. 431)

32 De acordo com Barbosa e Kozicki (2016, p. 749), o *judicial review* americano pode ser considerado como o “maior exemplo de ativismo judicial da história constitucional moderna”, tendo em vista que “permitiu e permite à jurisdição constitucional a definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição”.

33 Tradução livre: John Marshall, participando do julgamento como juiz, considerou que a lei que serviu de base à ação impetrada - denominada Mandado de Segurança - era inconstitucional, uma vez que conferia à Suprema Corte Federal poderes que originalmente não lhe haviam sido atribuídos e, portanto, não poderia. Portanto, sua competência será ampliada, mas sim pela própria Constituição.

Referido argumento foi baseado no fato de a Constituição ser norma hierarquicamente superior às demais e, desta forma, as leis infraconstitucionais não poderiam estar em conflito com o seu conteúdo, sendo que não deveriam ser aplicadas caso estivessem (BARBOSA; KOZICKI, 2016), ou seja, pode a Constituição Federal ser utilizada como parâmetro para retirada de eficácia de atos e normas que a contrariem. Atribuir aos magistrados a competência para aplicar ou não uma lei ou ato, sob o fundamento de estar controlando a constitucionalidade, significa autorizá-lo a participar de discussões que tradicionalmente eram exclusivas dos Poderes Legislativo e Executivo (ABBOUD et al, 2020).

Este emblemático caso colocou em evidência o problema da “dificuldade contramajoritária” relativo à jurisdição constitucional, aspecto que remanesce controvertido até os dias atuais (ABBOUD et al, 2020) e ainda pode ser aplicado hoje para melhor compreender a jurisdição constitucional brasileira e os problemas enfrentados, a exemplo do ativismo judicial e da teoria da separação de Poderes, ou seja, os questionamentos de outrora permanecem atuais. Não bastasse isso, após a reprodução das circunstâncias e do contexto em que o caso ocorreu, revela-se que se trata de uma decisão que, além de seu evidente cunho jurídico, teve também forte conteúdo político (BINENBOJM, 2014). Nota-se, portanto, que a aproximação entre direito e política não é um fenômeno recente.

Conforme referido por Grimm (2006, p. 16), a jurisdição constitucional está muito próxima da política, uma vez que as normas constitucionais possuem um caráter aberto, principiológico, o que acaba abrindo uma margem mais larga para a interpretação e exigindo processos de concretização mais abertos. Além disso, o objeto de regulamentação da Constituição ou, melhor dizendo, o objeto de controle dos Tribunais Constitucionais reside na política, razão pela qual ambos estão tão intimamente ligados. Neste sentido, o autor concebe a jurisdição constitucional como jurisdição política, afirmando que:

embora ela também seja institucionalmente parte do Poder Judiciário e, como este, protegida constitucionalmente contra influência política, devido a seu

Ele, então, sustentou a tese de que a Constituição é a base de todos os direitos e a lei suprema da portaria, de modo que seu conteúdo é imutável pelos meios ordinários, ou seja, as demais leis devem estar de acordo com seus princípios, justificando assim o controle de atos legislativos que lhe sejam contrários - porque, de outro modo, implicaria a aceitação da ideia de que qualquer ato legislativo pode modificá-lo.

objeto de regulamentação e seu critério de decisão, ela se encontra muito mais perto da política do que as demais. (GRIMM, 2006, p. 16)

Em um sentido amplo, o doutrinador Motta (2010, p. 41) aponta que o protagonismo judicial é um legado deixado pelo positivismo, uma vez que os “positivismos jurídicos” foram responsáveis pelo afastamento das questões concretas da sociedade do discurso jurídico. Ou seja, diante da impossibilidade de que todas as questões sociais fossem previstas em normas jurídicas, houve a aceitação por parte dos positivistas em deixar ao arbítrio judicial a decisão daqueles casos ainda não contemplados. Nas palavras do autor, é possível dizer que “a matriz positivista sequestrou o mundo prático”. (MOTTA, 2010, p. 34).

Alexy (2007), por sua vez, associa esse protagonismo a uma jurisdição constitucional fornecedora da última palavra, que se propõe a proteger a população de eventuais abusos de seus representantes políticos. Neste sentido, acredita-se que a judicialização da política é capaz de promover uma interação entre os poderes, o que não é, necessariamente, prejudicial à democracia, mas sim, um requisito da expansão do Judiciário (CASTRO, 1997). Além disso, quando se analisa o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal, é possível dizer que se trata de uma “nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais” (CASTRO, 1997, p. 147).

Ainda sobre o assunto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2013), acredita que essa expansão do Poder Judiciário é um fenômeno mundial, o qual se mostra necessário para a manutenção das regras do jogo democrático e, no mesmo sentido, ressalta a ideia de Bonavides quando menciona que é preciso reconhecer o sistema de controle de constitucionalidade como uma premissa da democracia (BONAVIDES, 2004).

Diz-se isso porque um dos motivos para o protagonismo da jurisdição constitucional se dá em razão do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário em normas elaboradas pelo Poder Legislativo e atos do Poder Executivo. Contudo, esse controle é muito suscetível a controvérsias e indagações de cunho político, em razão de ser possível efetivar o controle tanto no caso concreto apresentado à corte quanto de modo abstrato, por meio dos legitimados constitucionais (MENDES; MARTINS, 2009).

Com esse histórico do Poder Judiciário, o mais alto Tribunal do país foi instado a se pronunciar e a analisar as possíveis e potenciais violações a direitos fundamentais em diversas oportunidades durante o contexto pandêmico, pois há uma legitimação pela Constituição Federal de possibilitar sua atuação, visando o cumprimento das regras e dos direitos nela assegurados (FARACO, 2015). Ademais, a jurista Marina Faraco assevera que:

[...] todos os membros do Poder Judiciário são juízes constitucionais e, portanto, têm competência para verificar a compatibilidade vertical de qualquer ato jurídico em face da Constituição, que adotou um modelo misto ou combinado de controle de constitucionalidade, admitindo, pois, tanto a forma difusa-concreta quanto a concentrada-abstrata. (FARACO, 2015, p. 654)

Consequentemente, surgem críticas acerca da sua legitimidade para atuação, acusando-se a Corte Constitucional e seus ministros de praticarem ativismo judicial, além de questionarem sobre a extensa judicialização do direito e da política. A respeito do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais, as críticas são fundadas na ideia de que a Constituição vigente não seria mais a base para verificar se algo é inconstitucional ou não, pois varia do entendimento que possui cada Tribunal. A respeito disso, cita-se Ingeborg Maus, no texto que é tradução do originalmente escrito por Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque:

[...] a "competência" do Tribunal Constitucional - como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade - não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano a ela. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal tem desenvolvido em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer "competência" constitucional. O Tribunal submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. (MAUS, 2016, p. 9)

Assim, apresentado o conceito, a contextualização e a historicidade da jurisdição constitucional no Brasil e no mundo, analisa-se, na sequência, a atuação da jurisdição constitucional em tempos de pandemia, para melhor compreender o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, como grande guardião da Constituição Federal e como inibidor de atos autoritários do

Poder Executivo Federal frente ao contexto excepcional causado pela Covid-19 no país.

3.2 O protagonismo da jurisdição constitucional no contexto do “Estado de Exceção” provocado pela pandemia

Alvo de ataques institucionais, com repetidas ameaças de tentativa de tomada de poder, por meio de pedidos de intervenção militar e fechamento do Congresso e derrubada de ministros³⁴. É sob este cenário que está se dando a atuação do Poder Judiciário, durante a pandemia provocada pela Covid-19. O relacionamento entre os três Poderes tem se mostrado conturbado, afigurando-se lugar comum nos debates da atualidade a questão das tensões existentes em torno do Executivo, na figura do Presidente da República, e do Judiciário, especialmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Tudo isso aliado à complexidade deste excepcional evento sanitário, que torna qualquer decisão judicial o centro das atenções, considerando que as prognoses que embasam essas decisões podem se mostrar incorretas no futuro, ou até mesmo em razão dos argumentos principiológicos e por vezes ativistas parecerem insensíveis às consequências, ou argumentos consequencialistas serem usados para fundamentar restrições a direitos fundamentais.

Somente no primeiro semestre de 2020, o Supremo Tribunal Federal já havia tomado medidas que evidenciaram as tensões na relação entre a Corte e o Executivo Federal, a exemplo da abertura do inquérito sobre *fake news*³⁵, a liberação da íntegra do vídeo da reunião ministerial do dia 22 de abril e, principalmente, o veto do Ministro Alexandre de Moraes à posse de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor Geral da Polícia Civil Federal. Não bastasse isso, a crise sanitária ocasionada pela pandemia do novo coronavírus agudizou ainda mais essas tensões.

³⁴ O presidente da República, Jair Bolsonaro, participou de manifestações que pediam intervenção militar e fechamento do Congresso e do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2020. Na oportunidade, “manifestantes gritavam “Fora, Maia”, “AI-5”, “Fecha o Congresso”, “Fecha o STF”, palavras de ordem ilegais, inconstitucionais e contrárias à democracia.” Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/19/bolsonaro-discursa-em-manifestacao-em-brasilia-que-defendeu-intervencao-militar.ghtml>. Acesso em: 01 de agosto de 2021.

³⁵ Maiores informações sobre o assunto podem ser encontradas no site oficial do Supremo Tribunal Federal. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>.

Contudo, a democracia é sustentada pela separação e controle mútuo entre os Poderes, o que pode ser alcançado por meio do diálogo institucional, com o qual não haveria “competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional” (MENDES, 2008, p. 15) ou, como proposto por Leal e Moraes (2018), por meio da revisão judicial dialógica, com a qual haveria maior legitimidade na tomada de decisões, o que facilitaria a interação entre os Poderes na proteção de direitos frente ao atual cenário brasileiro:

O diálogo institucional pressupõe, portanto, que os Poderes do Estado envolvidos, de boa-fé, busquem a decisão mais adequada e dialoguem a respeito dela, de modo que a própria revisão judicial assumira esse caráter dialógico, [...] abandonando-se a ideia de uma última palavra dada pela jurisdição, sem possibilidade de revisões [...]. É importante, entretanto, que esse diálogo seja pautado por uma argumentação que indique o porquê da adoção dos fundamentos sustentados por cada uma das partes, não se tornando apenas uma sobreposição de diferentes posicionamentos dos Poderes do Estado. A adoção de um modelo de revisão judicial dialógico faz com que haja modificações significativas quanto ao controle judicial e que sejam reconhecidas tensões que são próprias de um constitucionalismo democrático. (LEAL; MORAES, 2018, p. 76-77)

Todavia, o que se verifica é uma crescente divergência entre Executivo e Judiciário, causando o que vem sendo chamado de “crise institucional”, pois as ações que deveriam ser voltadas a realizar o interesse público por vezes cedem lugar para aquelas relacionadas a disputas ocorridas nas instâncias políticas (GERVASONI; LEAL, 2013). Em razão disso, a Constituição Federal vem tendo seus princípios e garantias postas à prova por membros do poder Executivo, o qual se omite ou não consegue dar um retorno necessário, a exemplo da falta de elaboração de um plano eficaz de enfrentamento da crise pandêmica, obrigando, assim, o Poder Judiciário a agir a fim de fazer afirmar a vontade soberana do povo externada pelo texto constitucional.

Em abril de 2021, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811, que versa sobre a análise de dispositivo de decreto que vedou a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no Estado de São Paulo, o ministro relator Gilmar Mendes destacou a importância do princípio da fraternidade para a harmonização dos conflitos entre direitos fundamentais, ao tratar da jurisprudência da crise relativa à pandemia da Covid-19:

A dialética entre direitos e deveres, entre empatia e imparcialidade, entre a justiça e a misericórdia, entre legalidade e bem comum que compõem o conceito da fraternidade nos mostra o caminho para encontrar a melhor solução jurídica diante das oposições, dicotomias e contradições envolvendo o momento presente. É esse o norte que tem guiado este STF na realização do controle de constitucionalidade de restrições impostas às liberdades individuais em razão das medidas de enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus. Não é preciso muito para reconhecer o desenvolvimento, entre nós, de uma verdadeira Jurisprudência de Crise em que os parâmetros de aferição da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais têm sido moldados e redesenhados diante das circunstâncias emergenciais. (BRASIL, 2021b, p. 4)

Há de se ressaltar que, em regra, em momentos de crise o protagonismo no gerenciamento desta é do Executivo e do Legislativo, como visto anteriormente. A exemplo disso cita-se a doutrina de Lawson (2007, p. 291), na qual menciona que nos Estados Unidos a Constituição confere poderes implícitos e explícitos de gerenciamento de crises somente aos órgãos ligados ao Legislativo, ao Executivo e também aos Estados, sem fazer qualquer menção ao papel do Poder Judiciário.

Na realidade brasileira dos dias atuais, a atuação judicial tem sido bastante assertiva, sendo que o Supremo Tribunal Federal, especialmente, foi convidado a relembrar as “três diretrizes fundamentais do constitucionalismo contemporâneo, quais sejam: a aposta na legalidade constitucional, a primazia dos direitos fundamentais e a preservação do federalismo” (ABBOUD; MENDES, 2020, p. 104). Aliados a isso, os magistrados começaram a redefinir as políticas sanitárias de combate à crise.

Gerou-se também preocupações em torno da excessiva judicialização de questões referentes à pandemia, em que se acentua o questionamento dos órgãos federais de justiça sobre as medidas administrativas de enfrentamento da doença. Isso porque em momentos de crise, o que já era antes um problema, tende a se agudizar, e o mesmo ocorreu com esse fenômeno.

Uma parte significativa das difíceis decisões políticas que causam impacto negativo e geram elevados custos políticos foram sendo ocupadas pelo Judiciário. O vácuo decisório foi judicializado e as respostas dadas vieram de interpretações constitucionais, por vezes, abstrusas. A invariável repetição deste comportamento pode ser a chave explicativa para os exageros legislativos cometidos em certas decisões. Existe uma certa “normalização” do ativismo judicial que não está presente apenas no STF, passa também a contaminar as engrenagens da justiça brasileira. A classe política enxergou esse movimento como positivo e adaptou ao (*sic*) seus interesses, resta saber o que o Judiciário tem a ganhar se imiscuindo em assuntos políticos. (CARVALHO, 2020, p. 89)

A grande judicialização da crise deve-se às diversas medidas editadas pelo governo na intenção de atenuar a crise, as quais são sendo questionadas quase que instantaneamente junto ao Poder Judiciário, fazendo com que sua atuação da jurisdição constitucional ganhe ainda maior destaque, tendo-se em vista a necessidade de as pessoas conseguirem respostas políticas e jurídicas imediatas para regulamentar suas vidas durante a pandemia. Grande parte dos questionamentos que chegam até o Supremo Tribunal Federal partem de partidos políticos³⁶, outras de entidades que representam classes, como por exemplo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e até mesmo do próprio governo federal³⁷, com o intuito de buscar amparo em suas ações realizadas no contexto de calamidade pública.

Além disso, de acordo com o “Painel de Ações COVID-19³⁸”, disponibilizado no site do Supremo Tribunal Federal, já foram proferidas, desde a decretação do estado de emergência até o dia 02 de novembro de 2021, 12.796 decisões relacionadas ao coronavírus. Existe, ainda, um site lançado também pelo Supremo Tribunal, em março de 2021, intitulado “Combate à Covid-19³⁹” no qual é possível observar sua atuação no campo jurisdicional, dando respostas às principais demandas da sociedade, bem como na prevenção à doença dentro de suas instalações (BRASIL, 2020n). Portanto, não basta apostar nos mencionado três pilares bases da democracia “se não houver uma jurisdição constitucional independente que possa viabilizar a observância das regras do jogo democrático e ser a plataforma normativa de construção de diálogos e de eliminação de dissenso entre os Poderes” (ABBOUD; MENDES, 2020, p. 106).

³⁶ Isso se dá em virtude de os partidos políticos terem adquirido legitimidade ativa para propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, por meio do disposto no artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal, buscando, muitas vezes, pela via judicial, os resultados que por vezes não conseguiriam alcançar pela via parlamentar ou eleitoral.

³⁷ A exemplo disso está a ADI 6.357, que versa sobre pedido de concessão de interpretação conforme a Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Painel de Ações Covid 19. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 14 de setembro de 2021.

³⁹ O portal pode ser acessado pelo link: <http://portal.stf.jus.br/covid19/>.

E é neste sentido que tem se dado a atuação do Supremo Tribunal Federal, pois, ao fiscalizar e controlar esses atos, o órgão faz jus à “condición de “guardián” de la Constitución y de los derechos fundamentales⁴⁰” (HENNIG LEAL, 2020, p. 60), sendo que este controle se deu “por medio del adecuado funcionamiento de las instituciones, la lógica del Estado Democrático de Derecho mismo en medio a la excepcionalidad de as circunstancias⁴¹” (HENNIG LEAL, 2020, p. 60), pois por mais atroz que seja a atual situação, a única saída viável é aquela que segue o aspecto institucional, dentro das regras do jogo democrático, agarrando-nos com maior força à legalidade, já que não estamos em um estado de exceção.

Assim, a preservação da Constituição Federal como um todo - especialmente dos três pilares acima mencionados - pelo Supremo Tribunal Federal está ocorrendo por meio do controle de constitucionalidade. Por isso se faz importante o estudo sobre o *judicial review*, especialmente em tempos de crises e emergências, como forma de evitar eventual abuso que buscam produzir normas autoritárias como um grave perigo para qualquer democracia, tendo-se em mente a lição de Weimar⁴².

Não se pode negar que houve uma busca de equilíbrio entre as restrições de direitos e as necessárias preocupações com a saúde pública, o que restou demonstrado especialmente por meio da postura institucional adotada pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo e entes federados, os quais demonstraram uma integridade nas medidas de emergência. Isso porque “foram medidas que contaram com a chancela de diferentes atores e instâncias governamentais, a acentuar o papel que o sistema de freios e contrapesos pode cumprir durante emergências” (MAIA FILHO, 2020, p. 21). Além disso, é preciso ter em mente que, como lecionam Ginsburg e Versteeg (2020, p. 1), o governo de emergência não é, obrigatoriamente, uma “governança do Executivo”, pois o Poder Executivo pode e deverá ser restringido por

⁴⁰ Tradução livre: “condição de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais”.

⁴¹ Tradução livre: “por meio do adequado funcionamento das instituições, a lógica do Estado Democrático de Direito mesmo em meio à excepcionalidade das circunstâncias”.

⁴² A Constituição de Weimar (CW), da Alemanha, teve uma inegável contribuição para a consolidação do chamado constitucionalismo social, sendo ela recorrentemente lembrada por inovadora agenda de direitos fundamentais, especialmente em matéria social, servindo, inclusive, como influência para a Constituição Federal brasileira de 1988. Apesar disso, CW deixou brechas que permitiram a ascensão e a estabilização da ditadura nazista, especialmente seu artigo 48, o qual estabelecia que, caso a ordem pública estivesse em risco, o presidente do Reich poderia, sem necessidade de aval do Legislativo, tomar as medidas necessárias para restituir a lei e a ordem, podendo suspender direitos civis como habeas corpus, inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência, liberdade de expressão, direito de reunião e associação e autorizando expropriações. (SARLET, 2021)

outros poderes, como forma de evitar um estado de exceção permanente ao agir sozinho e sem qualquer tipo de controle.

Importante mencionar, ainda, é que o que se pode afirmar ao analisar a atuação da jurisdição constitucional em tempos de pandemia – e que ficará ainda mais claro após a análise das decisões selecionadas no próximo capítulo deste trabalho - é que o Supremo Tribunal Federal não desempenha suas funções com foco em argumentos metajurídicos (pragmáticos e/ou consequencialistas), a exemplo da tão debatida crise econômica (SILVA; BAHIA, 2021), mas sim dando ênfase aos direitos fundamentais, utilizando-se, por diversas vezes, dos princípios da precaução e da prevenção, além de sempre dar especial atenção ao princípio da separação de poderes. Ainda assim, o fato de muitas decisões utilizarem-se desses discursos principiológicos também tende a ser alvo de críticas:

Então, teremos de fazer controle de constitucionalidade e de legalidade com base na decisão monocrática, em sede de cautelar, discutindo o que é "razoável" e "proporcional" ao combate da pandemia? [...] Este é o exemplo do funcionamento da jurisdição constitucional de exceção. Além de decidir de forma monocrática, evitando o debate no colegiado, passa ao largo do sentido de técnicas decisórias – consolidadas na tradição jurídica — para, assim, criar possibilidades que não estão previstas na Constituição. É em meio às turbulências políticas e crises sociais que o juiz "herói" (no sentido dos modelos de juiz propostos por Cass Sunstein) veste sua capa para impor sua vontade decisória, como se pudesse, a partir de uma decisão, salvar a democracia dela mesma. (STRECK; et al, 2020, <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-juris-dicao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>)

Um exemplo de decisão que envolveu discursos principiológicos e também metajurídicos foi a cautelar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 669, que versa sobre a suspensão da veiculação de campanha contra as medidas de distanciamento social, na qual discutia-se sobre um pseudo-conflito entre saúde e economia, caracterizando-se como um dos principais temas discutidos em razão da pandemia do Covid-19 (BRASIL, 2020i). Na oportunidade o ministro Luiz Roberto Barroso não utilizou-se de argumentos típicos do consequencialismo pragmático na decisão proferida, sendo que a fundamentação se deu com base nos princípios da precaução e prevenção, dando prioridade à saúde pública e ao isolamento social em detrimento do retorno às atividades econômicas.

Isso não significa que o Supremo Tribunal Federal não teve atuação importante em questões econômicas. Logo no início da pandemia, em março de 2020,

Alexandre de Moraes analisou situação atinente à execução das leis orçamentárias durante o estado de calamidade pública por meio da medida cautelar na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, na qual decidiu que a relativização de normas orçamentárias - durante o período de excepcionalidade causado pela pandemia da Covid-19 - não estaria em conflito com a probidade fiscal, tendo-se em vista que tal medida se daria no intuito de garantir o direito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à vida e a saúde, presentes no texto constitucional. (BRASIL, 2020k)

Além disso, considerando que a pandemia da Covid-19 gerou consequências em diferentes níveis de atuação do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal também julgou uma ação que questionava a política de segurança pública adotada pelo governo do Rio de Janeiro, considerando o risco à população e aos serviços de saúde durante as operações policiais, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). O ministro relator, Edson Fachin, decidiu por proibir a realização de operações policiais em comunidades durante a pandemia, excluindo-se hipóteses absolutamente excepcionais que deveriam ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público. Ainda assim, ficou salientado que em casos extraordinários de realização dessas operações, deverá haver a adoção de cuidados excepcionais, “devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária”. (BRASIL, 2020o, p. 3)

Vale ressaltar que os Tribunais Constitucionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, assumem maior protagonismo na resposta jurídica a essas demandas não somente em razão da repercussão geral, como também pelos efeitos vinculantes e pela força persuasiva de precedentes. O efeito de suas decisões nas contas públicas e privadas e na promoção de direitos universalizáveis é consideravelmente mais amplo (WADA, et al, 2020), aqui em cena a chamada jurisprudência da crise.

Em sentido estrito, o termo aduz ao conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade, enquanto em acepção ampla contempla o rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica. Nessa linha, seria comparável a um “processo negocial entre a interpretação normativa da

Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias” (Pinheiro, 2014, p. 170). É justamente nas “exigências das circunstâncias” que se justifica a abertura pragmática da atuação jurisdicional ao contexto de grave crise econômica. Não se trata propriamente de flexibilização, termo pejorativo que sugere certa propensão a concessões ao argumento econômico, mas da necessidade de se adotar uma postura sistemicamente mais coerente e preocupada com as consequências. (WADA, et al, 2020, p. 81)

Em um panorama geral, ao se considerar o fato de que vivemos um dos maiores desafios dos últimos anos, no qual “se afirmava a possibilidade de as normas constitucionais dificultarem a resposta à Covid-19” (MENDES, 2020, <https://www.joserobertoafonso.com.br/wp-content/uploads/2020/09/ConJur-O-Supremo-Tribunal-Federal-e-a-pandemia-de-Covid.pdf>), o Supremo Tribunal Federal se mostrou sensível e consciente à gravidade da crise sanitária, atuando, inclusive, de forma remota com audiências online, operando de forma unida e convergente. Além disso, “é possível destacar que a construção de uma jurisprudência atuante e aberta ao grave contexto atual possibilitou um ambiente institucional equilibrado para a implementação das medidas necessárias à contenção da pandemia” (MENDES, 2020, <https://www.joserobertoafonso.com.br/wp-content/uploads/2020/09/ConJur-O-Supremo-Tribunal-Federal-e-a-pandemia-de-Covid.pdf>).

No mesmo norte, Ginsburg e Versteeg (2020, p. 28-29) destacam o papel que os tribunais e o legislativo desempenharam, não só no Brasil, como também em outros países, ao assegurar as medidas de enfrentamento à pandemia, exigindo uma postura mais ativa do governo para que fossem desenvolvidas ações para o combate da crise e seus efeitos, bem como para cumprir suas obrigações constitucionais. Sobre o assunto, Maia Filho esclarece que:

O que ocorreu no Brasil é um exemplo eloquente de que a inação do Executivo na esfera federal pode ser suprida por uma postura enfática dos estados e municípios e dos demais poderes estatais: órgãos legislativos desempenharam papel ativo na produção e supervisão de legislação específica para a crise; na via judicial, foram tomadas decisões impondo lockdown, determinando a suspensão de atividades não essenciais, a limitação de reuniões públicas e a aplicação de multa a quem não cumprisse as diretrizes emitidas pelas autoridades. (MAIA FILHO, 2020, p. 20-21)

Isso tudo demonstra que o exemplo do Brasil é diferente no contexto mundial, pois as estruturas legais, judiciais e até mesmo os governos locais, se mostraram mais comprometidos e criaram medidas mais eficazes que o Governo Federal. Contudo, é preciso reconhecer que o país não está vivenciando o abuso típico de poderes de

emergência para adotar medidas de cunho antidemocrático, como o que aconteceu em países como a Hungria, Turquia, El Salvador e Filipinas, por exemplo, onde governantes autoritários se utilizaram da crise pandêmica para expandir os poderes de que dispõem (ICNL, 2020). Quando diante de ações do Executivo que se mostraram refratárias a cumprir um papel ativo no combate ao vírus, as instituições legislativas e, especialmente, judiciais brasileiras demonstraram capacidade de se posicionar e de apresentar respostas eficazes à gravidade do momento.

Essas respostas imediatas se mostram de grande importância se considerarmos que todas as medidas adotadas, apesar de serem instituídas em curto prazo, poderiam perdurar por um tempo indefinido, a depender de como a presença do vírus oscilará no país, pois, observando as lições de Harari (2020), essa é uma característica marcante das situações de emergência: decisões aprovadas em questão de horas que podem se arrastar por anos, moldando o mundo que surgirá da crise pandêmica, moldando não apenas nossos sistemas de saúde, mas também nossa economia, política, segurança e cultura.

Diz-se isso em razão das importantes decisões que se basearam no federalismo cooperativo presente em nossa Constituição Federal, além de mostrar-se atuante na garantia dos direitos fundamentais, que, por vezes, se davam em razão de omissão do Estado no enfrentamento da crise. Nestas decisões que envolvem temas delicados, fez-se necessária a utilização da premissa do dever de proteção, o qual decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, além de diversas vezes ser necessária as noções do princípio da proporcionalidade, conceitos estes que serão melhor abordados no tópico a seguir.

3.3 O dever de proteção (*Schutzpflicht*) como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade como fundamento para o controle das medidas excepcionais

A Constituição Federal de 1988 positivou diversos direitos fundamentais em seu texto e, acompanhado da redemocratização, adveio também o fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente com o alargamento do rol de legitimados para ingressar com ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Este amplo rol de direitos fundamentais positivados, além de contribuir para uma crescente judicialização, pode, todavia, resultar em colisão ou conflito entre eles

no momento de sua aplicação, gerando ao intérprete certa dificuldade sobre qual direito deve prevalecer em cada caso concreto.

Neste sentido, a teoria do jurista alemão Robert Alexy (1999a) se mostra apropriada, tendo em vista que defende, com base na jurisprudência alemã, o uso da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade como forma de resolver colisões de direitos fundamentais e dar segurança à decisão, o vem sendo incorporada no Brasil tanto pela doutrina quanto pelo Poder Judiciário.

Ainda, Alexy (2003) defende a utilização da técnica do sopesamento ou do balanceamento. Essa teoria foi desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã em 1958, no julgamento do caso Lüth⁴³, para defender que todos os princípios possuem o mesmo valor de maneira abstrata, sendo que em caso de colisão entre eles, as condições fáticas e jurídicas do caso concreto deveriam ser analisadas, para decidir ao final qual deles prevalecerá. A partir do referido julgamento, fixaram-se dois precedentes utilizados até hoje: “primeiro, a irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total e, segundo, a onipresença da ponderação” (ALEXY, 1999b, p, 271).

A ponderação, de acordo com Alexy, deverá ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade. Importante destacar, contudo, que este princípio deve seguir três subprincípios quando da sua aplicação, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para análise da adequação, deve-se observar se determinado ato é considerado adequado a partir do meio escolhido para alcançar ou promover o objetivo que se pretende, ou seja, o ato será inadequado se não contribuir em nada para o objetivo alcançado. Esta análise é realizada sem comparações, ao contrário do exame da necessidade, o qual obriga um exame comparativo para determinar se o objetivo a ser alcançado poderia ser promovido de outra forma que possibilitaria uma menor limitação ao direito fundamental atingido e se existe outro meio menos gravoso para atingir o mesmo resultado (ALEXY, 2003).

No que se refere ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, esse leva

43 O litígio originou-se após Erich Lüth, presidente do Clube de Cinema da cidade de Hamburgo, convocar um boicote a exibição de um filme de Van Harlan, famoso diretor do cinema nazista. O filme foi um fracasso de arrecadação, o que levou o diretor a processar Lüth, o qual foi condenado em primeira instância pelo Tribunal de Hamburgo, com base no artigo 826 do Código Civil Alemão. Todavia, em sede de recurso, o Tribunal Constitucional reverteu a decisão, ao sopesar os direitos fundamentais em conflitos e utilizou o argumento de que ela violava a incitação ao boicote de Lüth estava protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Desta forma, Lüth ganhou a ação (LEAL, 2007).

em consideração a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Além disso, a aplicação desse subprincípio deve ser feita em três fases: na primeira, determina-se a intensidade da intervenção, o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido (ALEXY, 2003).

Na segunda, verifica-se a importância das razões que justificam tal intervenção e a importância de satisfazer o direito contrário. Na terceira e última fase, faz-se a ponderação entre as duas respostas encontradas nas fases anteriores, a fim de concluir se a importância de se satisfazer ou não o princípio colidente justifica a restrição do direito atingido. Desta forma, precisa-se provar que os motivos que fundamentam a adoção de determinado direito tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido (ALEXY, 2003).

Cabe salientar que a Constituição Federal não traz previsão expressa sobre o princípio da proporcionalidade. Entretanto, conforme dispõem Brugger e Leal (2007, p. 137), sua aplicação pressupõe-se com base

(1) na supremacia da Constituição e (2) na supremacia do indivíduo em face do poder estatal. Ambos os princípios decorrem da natureza vinculante representada pela Constituição brasileira em relação a todos os poderes estatais (art. 3º), bem como da supremacia representada pelos direitos e liberdades fundamentais em face de todas as ações governamentais (art. 5º), impondo ao governo ter bons motivos/fundamentos antes de restringir quaisquer direitos e liberdades básicas. Ter “bons motivos” implica, antes de mais nada, (1) respeitar o âmbito de proteção dessas liberdades e garantias e (2) estabelecer cláusulas limitativas em relação à possibilidade de sua restrição. Se limitações podem e são consideradas, então elas devem servir, empiricamente, para a realização do bem comum – um bem comum legítimo – de modo que a restrição do direito individual seja apropriada. Como fins “ilegítimos”, a Constituição brasileira estabelece, por exemplo, a discriminação com base nos critérios de raça, cor, sexo, crença religiosa, opinião política e origem étnica (art. 3º, inciso IV).

Contudo, a análise por meio da ponderação e do princípio da proporcionalidade não é tarefa fácil, mesmo tendo por base a aplicação dos requisitos aqui mencionados, uma vez que deve se dar através de um processo de interpretação do caso concreto em conjunto com o texto constitucional, o que será feito - mesmo que não única e exclusivamente - pelo Supremo Tribunal Federal, o qual se torna alvo de críticas “em relação à atuação da jurisdição constitucional na realização e

preservação dos direitos fundamentais e da principiologia da Constituição” (BRUGGER; LEAL, 2007, p. 137).

Desta forma, a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade recai, inevitavelmente, sobre os órgãos do Poder Judiciário, entretanto, ela se evidencia mais claramente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente nestes casos complexos como os decorrentes da pandemia Covid-19.

É neste contexto que ocorre, também, a noção de dever de proteção (*Schutzpflicht*), onde se procede a verificação da proporcionalidade da medida adotada pelo Estado, tomando-se por base as noções de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), sendo importante fundamento e parâmetro para a atuação do Poder Judiciário, tendo em vista que muito tem-se falado na possibilidade de restrição a direitos fundamentais para enfrentamento da crise sanitária, mas que, necessariamente, deve observar o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, o que ocorre em um cenário como a pandemia é que os “limites” dessa restrição tendem a se estender um pouco, em face da intensidade dos “fins” que se contrapõem e justificam essa restrição – no caso, a saúde pública e o direito à vida das pessoas se sobrepõem ao direito de proteção de dados e o direito de locomoção, por exemplo. Isto remete, também, à noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de dever de proteção estatal, pois há, ao mesmo tempo, um reforço do dever do Estado de agir no sentido de proteger os direitos das pessoas, mesmo que contra a sua vontade.

Contudo, é necessária a justificação ou motivação da respectiva restrição, não bastando a declaração genérica de suspensão das garantias ou restrição do exercício de direitos. Neste contexto, inicia-se o controle judicial constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois é preciso observar que a contenção de poder se estende também às ações governamentais referentes aos eventos que desencadearam a situação de crise, pois estes devem realmente ser necessário e manter sempre a devida proporcionalidade, limitando-se ao período em que permanecer o estado de calamidade pública. Além disso, o controle judicial sobre o estado de emergência não deve ser reduzido a aspectos formais, mas deve incluir a verificação da existência de circunstâncias que o justifiquem e da proporcionalidade das medidas correspondentes. (BOGDANDY, et al. 2020).

Neste sentido, a interpretação dada à Lei Fundamental de Bonn (1949) pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*) influenciou de forma significativa para a consagração explícita da dimensão objetiva

dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2004). A dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula o Estado à sua garantia e, se assim não ocorrer, dispõe o cidadão da pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir (proteger) contra ato lesivo de terceiros (MENDES, 2002).

Tal construção foi desenvolvida pela Corte Constitucional germânica no ano de 1958, tendo como marco inicial o julgamento do aqui já citado caso Lüth. Destaca-se, ainda, três aspectos importantes da decisão, quais sejam: “a compreensão dos direitos como ordem objetiva de valores, a ideia de que os direitos fundamentais vinculam os três Poderes como princípios e a possibilidade de colisão entre valores” (LEAL, 2007, p. 68). Além disso, o Tribunal reverteu a lógica de decisão do Tribunal Ordinário, que resolveu a causa a partir da perspectiva do Direito Civil, estabelecendo que o dever que decorre das normas de direitos fundamentais impõe ao Estado a proteção aos particulares contra agressões aos seus bens jurídicos previstos no texto constitucional, mesmo que estas decorram das relações geradas entre si:

Estabelece-se, pois, a compreensão de que os direitos fundamentais são dotados de uma dupla dimensão: uma subjetiva, como direitos exigíveis por seu titular em face do Estado; e uma objetiva, que segue uma lógica de “proteção por meio do Estado” e impõe um dever de adequação da ordem jurídica no sentido de sua realização, a partir do momento em que são compreendidos como “diretivas e impulsos” vinculantes para todos os Poderes, que devem atuar em plena consonância com os direitos fundamentais. Daí falar-se em uma “eficácia de irradiação” (*Austrahlungswirkung*) desses direitos, tidos como base fundante não só do ordenamento jurídico, mas de toda a comunidade. [...] Além dessa vinculação vertical, verifica-se, ainda, uma vinculação horizontal, em face de terceiros (*Drittwirkung*), ou seja, da dimensão objetiva atribuída a esses direitos também decorre uma proteção do indivíduo contra abusos provenientes de outros indivíduos, isto é, dá-se, igualmente, uma vinculação dos particulares. (AZEVEDO; LEAL, 2016, p. 447-448).

Desta forma, consolida-se a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que estes não ficam restritos ao direito público, mas condicionam e influenciam a interpretação e a aplicação de todos os âmbitos jurídicos, ou seja, irradiam-se para todos os ramos do Direito. Assim, atribuiu-se aos direitos fundamentais “o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 148).

Em 1975, esse conceito foi ampliado pelo Tribunal Constitucional alemão

quando, diante de uma proposta legislativa, tratou sobre a descriminalização do aborto, pairando o questionamento de se reproduziria, ou não, a posição norte-americana, onde o aborto já havia sido descriminalizado em 1973, com base na compreensão de que a mulher deve dirigir e organizar sua vida privada como melhor lhe convier. Contudo, o Tribunal alemão entendeu que a mulher possuía autonomia e domínio sobre sua vida privada e sua esfera íntima, concluindo, entretanto, que a mulher não dispunha de domínio sobre o feto, pois ele também merecia tutela do Estado (BOLESINA; GERVASONI, 2017).

Assim, a Corte aplicou a teoria do dever de proteção, no sentido de que o Estado não deve apenas intervir no desenvolvimento da vida, mas também deve protegê-lo, ou seja, o Estado deve respeitar e fazer respeitar os direitos fundamentais. Assim, como afirma Mendes (2002, p. 10) “o Estado evolui de “adversário” (Gegner) para “guardião” destes direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*)”.

Mais adiante, a Corte voltou a decidir sobre o assunto em 1993, desta vez para apreciar a constitucionalidade da legislação penal que previa a descriminalização do aborto (BverfGE 88, 203), determinando-se que seria imprescindível que em tal atuação fossem observados parâmetros de excesso, havendo, de certa maneira, proibição de intervenção e de insuficiência, isto é, proteção contra as omissões do Estado. Desta forma, desenvolvendo-se os princípios de “proibição do excesso” (*Übermassverbot*) e de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*) (AZEVEDO; LEAL, 2016).

Neste sentido, pode-se compreender que a obrigação de prestar um dever de proteção (*Schutzpflicht*) aos direitos fundamentais refere-se a um dever a ser respeitado e promovido pelas três esferas de Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário. Ou seja, o dever de proteção envolve a atividade legislativa, ao editar normas que visam à proteção desses direitos; administrativa, para prevenir e reparar danos e ameaças; e jurisdicional, na defesa e promoção dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2004). Além disso, é possível desdobrar o dever de proteção em três frentes de atuação, interligadas entre si:

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: (a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; (b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; (c) Dever de evitar riscos

(*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. (MENDES, 2002, p. 11).

No entanto, é preciso reconhecer que, embora figure como uma obrigação protetiva estatal, indispensável à concretização dos direitos fundamentais, não há uma exigência ou uma fórmula única acerca de como estabelecê-la. Desta forma, há a necessidade de o Estado tomar uma medida, sem, contudo, desconsiderar-se a necessidade de ponderação entre meios e fins e observância da proporcionalidade. Neste sentido, apesar das ressalvas quanto à maneira com que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado durante a pandemia, é preciso reconhecer que tenta-se de exercer o “dever de proteção” por parte do Estado por meio do dever de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), tendo-se em vista que a inércia do Poder Público também configura desrespeito à Constituição.

Nas decisões que envolvem a pandemia, esse dever de proteção pôde ser observado de forma explícita na decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou a ADI 6387, que versa sobre o repasse de dados das empresas de telefonia para a Fundação IBGE, no intuito de produzir estatísticas que auxiliariam no controle da crise sanitária, conforme já mencionado (BRASIL, 2020I). Na ocasião, embora a ministra Rosa Weber tenha considerado inviável a análise acerca dos elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, em razão da ausência de demonstração de interesse público, tarefa esta que cabia ao Poder Executivo, ficou demonstrada a observância às noções de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*):

Reforço, em cumprimento ao dever de justificação decisória, no âmbito de medida liminar, que a adequada tutela do direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais é estruturada pela característica da inviolabilidade. Vale dizer, uma vez afrontada a norma de proteção de tais direitos, o ressarcimento se apresenta como tutela insuficiente aos deveres de proteção (BRASIL, 2020I, p. 12).

Isso porque o teor da Medida Provisória em comento foi além do que pode ser considerado razoável para os limites constitucionais, no momento em que determinou a coleta de dados de todos os consumidores dos serviços de telefonia móvel e fixa, sem dispor de claras balizas quanto ao tratamento e manipulação das informações obtidas, limitando-se à alegação – genérica – de que os dados coletados serviriam

para produção de estatísticas oficiais pela Fundação IBGE, sem, contudo, especificar a finalidade e amplitude desta medida e a proteção que seria conferida aos dados pessoais. Além disso, a Ministra salientou não ter sido possível identificar o tempo exato em que o ato normativo será aplicado, uma vez que se restringe a dispor que se dará durante a vigência do estado emergência provocado pela pandemia. (BRASIL, 2020I)

Ainda assim, é preciso lembrar que as restrições aos direitos têm estatura constitucional e se justifica em face da situação de emergência nacional reconhecida não apenas na esfera administrativa, mas também por lei, tendo por escopo a proteção à saúde como direito de todos e dever do Estado, nos termos do que dispõe o artigo 196 do texto constitucional⁴⁴. Neste mesmo norte assinala Sarmiento (2006, p. 293), ao mencionar que “a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais”.

Diz-se isso porque existe um dever do Estado em implementar as políticas públicas que proporcionem o efetivo direito constitucional à saúde a redução dos riscos na propagação do vírus em larga escala, o que pode vir a justificar a adoção de medidas emergenciais que possam vir a implicar na restrição de direitos individuais. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, inclusive, no sentido de que os direitos fundamentais não são absolutos, sendo necessário analisar seu exercício em contexto que não implique danos à ordem pública ou aos direitos e garantias de terceiros. No julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452, de relatoria do ministro Celso de Mello, a Corte firmou o seguinte entendimento:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BRASIL, 1999)

⁴⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O estado de emergência ou estado de exceção não implicam a interrupção do estado de direito ou dos seus requisitos fundamentais. E, diante de situações excepcionais, é necessário verificar a razoabilidade, proporcionalidade e temporalidade da medida, e este controle pode ser verificado nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE

Durante a pandemia provocada pelo novo coronavírus, o Supremo Tribunal Federal passou a reunir-se virtualmente, de forma sincrônica e assincrônica, nas inéditas sessões por videoconferência. Além disso, o painel de feitos referentes à pandemia disponível no site do Tribunal demonstra que, até o dia 02 de novembro de 2021, foram ajuizadas 9.835 (nove mil, oitocentos e trinta e cinco) ações sobre Covid-19 e 12.796 (doze mil, setecentos e noventa e seis) decisões envolvendo o assunto (BRASIL, 2020p), sendo que, uma parcela dessas demandas, sobretudo em controle concentrado de constitucionalidade, exigiu a atuação da Suprema Corte como garantidora da proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional 108⁴⁵ Medidas Provisórias (MPs) apenas em 2020, caracterizando-se como o maior número editado em um único ano em quase duas décadas. Em razão da pandemia da Covid-19, o Poder Executivo Federal utilizou mais do que nunca o instrumento, que serve para criar leis e financiar políticas públicas com efeito imediato, porém, com validade limitada. Desde o dia 13 de março, quando da publicação da primeira medida destinada ao combate ao coronavírus, a Medida Provisória nº 924/2020, que autorizou R\$ 5 bilhões em créditos extraordinários para os ministérios da Saúde e da Educação, o Palácio do Planalto editou cerca de uma MP a cada dois dias, aproximadamente.

Desta forma, a terceira etapa do presente trabalho dedica-se, inicialmente, à análise das medidas provisórias editadas pelo governo federal durante o estado de calamidade pública e, em um segundo momento, de julgamentos ocorridos durante a pandemia de Covid-19, especificamente dos acórdãos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6.341, 6.387, 6.347, 6.342, 6.363 e 6.427; e das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) nºs 609 e 709. Tal análise objetiva identificar eventuais garantias e restrições aos direitos fundamentais que decorreram das mencionadas medidas provisórias editadas pelo governo federal e, em um segundo momento compreender o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, além dos fundamentos apresentados nas decisões.

⁴⁵ O estudo, entretanto, será focado em Medidas Provisórias que envolvem direitos fundamentais ou que possuíram maior destaque durante o estado de calamidade pública.

4.1 Garantias e restrições aos direitos fundamentais frente às medidas provisórias editadas pelo governo federal durante o estado de calamidade pública

Em fevereiro de 2020, foi publicada a Portaria nº 188 que declarou Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência do novo Coronavírus (BRASIL, 2020a) e, conforme já mencionado anteriormente, em 20 de março de 2020, houve a publicação do Decreto Legislativo nº 06, de 2020 (BRASIL, 2020c), reconhecendo o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de COVID-19, declarada pela Organização Mundial da Saúde.

Neste contexto e, com o agravamento da situação sanitária no país, ficou impossibilitada a realização de reuniões presenciais e, em razão disso, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal editaram atos normativos para possibilitar a ocorrência de sessões deliberativas remotas, a fim de impedir a paralização do Poder Legislativo. Desta forma, a Câmara dos Deputados aprovou a Resolução nº 14, de 2020, a qual possuía a seguinte ementa:

Institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19). (BRASIL, 2020q, <https://www2.camara.leg.br/legin/int/rescad/2020/resolucaodacamaradosdeputados-14-17-marco-2020-789854-publicacaooriginal-160143-pl.html>)

Referida resolução foi, posteriormente, regulamentada pelo Ato da Mesa nº 123, de 2020 (BRASIL, 2020r). Já o Senado Federal editou o Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2020, que “institui o Sistema de Deliberação Remota do Senado Federal” (BRASIL, 2020s).

Nesse contexto, em de março de 2020, o Partido Progressista (PP) ajuizou a ADPF nº 661 perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da qual questionou os atos das mesas diretoras e requereu, liminarmente, a suspensão dos prazos de vigência, sem perda da eficácia, de diversas medidas provisórias prestes a perder validade, sob o fundamento de que “funcionamento virtual exclui a possibilidade de tramitação regular de propostas de Medidas Provisórias apresentadas pelo Poder Executivo vigentes e importantes” (BRASIL, 2020t, p. 2)

No mesmo norte, também em março de 2020, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 663, com pedido de que fossem prorrogados todos os prazos de validade das Medidas Provisórias em tramitação no Congresso Nacional, em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2020u). Ambas as arguições foram distribuídas ao ministro relator Alexandre de Moraes, o qual solicitou informações aos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, especialmente acerca do funcionamento remoto das Casas Legislativas e de suas comissões.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal manifestaram-se conjuntamente, explicando o funcionamento de seus sistemas de deliberação remoto e propuseram um rito de apreciação de medidas provisórias que se adequasse a esses sistemas, por meio do qual não haveria observância da obrigatoriedade da análise das MP's por comissão mista, conforme preceitua o § 9º do artigo 62, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Diversamente, um relator seria designado no plenário de cada Casa e ofereceria parecer oral às medidas provisórias no momento da deliberação, sob o argumento de que a adoção desse rito mais célere seria medida de caráter emergencial e extraordinário, mantendo assim a normalidade dos trabalhos legislativos, dentro do possível.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal afirmaram que a suspensão do prazo de tramitação das medidas provisórias seria flagrantemente inconstitucional e “significaria na prática a revogação do princípio da separação de poderes” (BRASIL, 2020u, p. 3), subtraindo do Poder Legislativo a possibilidade de controle das mesmas. Ainda, houve apresentaram o argumento de o regime democrático estaria em risco, caso fossem acatadas as pretensões do Partido Progressista e do Presidente da República, visto que:

A suspensão do prazo de tramitação de medidas provisórias seria um fantástico incentivo ao abuso na edição desses atos excepcionais, à moda do que ocorria no período anterior à promulgação da Emenda Constitucional 32 e colocava em xeque a democracia brasileira. (BRASIL, 2020u, p. 4)

Já no final de março de 2020, Alexandre de Moraes concedeu medida cautelar que autorizava, nos termos propostos pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o rito para apreciação de medidas provisórias que dispensa a análise prévia por comissão mista durante o estado de calamidade pública decorrente de

Covid-19, recorrendo ao princípio da eficiência em sua fundamentação (BRASIL, 2020u), vejamos:

[..] como aquele que impõe à todos os poderes de Estado e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios constitucionais, legais e morais necessários para a maior rentabilidade social de suas atividades. (BRASIL, 2020u, 14)

Antes de prosseguir, importa mencionar que durante o ano de 2020, houve a edição de 3.049 normas relacionadas à Covid-19, no âmbito da União, sendo que, desse número, 59 medidas provisórias foram relativas ao enfrentamento da crise pandêmica, em relação ao total de 108 medidas editadas em 2020 (BRASIL, 2020v). Sobre esses dados, faz-se importante expor a seguinte reflexão:

A intensa atividade normativa do Poder Executivo relacionada à Covid-19 manteve-se durante todo o ano de 2020. Além de pulverizar a regulação da emergência, ela limita o papel do Poder Legislativo e favorece a judicialização da saúde, pois a conformidade dos atos normativos do Poder Executivo com a lei e com a Constituição Federal é frequentemente questionada junto ao Poder Judiciário. Uma das mais importantes características da legislação federal sobre a pandemia é a ausência de participação cidadã em sua elaboração. Mecanismos de consulta, conselhos e entidades representativas que poderiam atuar em prol da eficiência da resposta foram ignorados ou até desmontados. A relação do governo federal com a sociedade civil é de antagonismo explícito, afrontando os princípios consagrados pela legislação do SUS, além de comprometer a legitimidade do acervo normativo, já que estas normas infralegais amiúde ultrapassam o âmbito administrativo, criando obrigações para a população em geral, de forma fragmentada e por vezes até contraditória. O caráter de urgência poderia justificar a ausência de participação, não fosse a evidente lentidão da tomada de providências que o estudo das normas reflete. Quem participa da elaboração das normas tende a colaborar com sua aplicação, o que pode ser decisivo durante uma emergência. (CEPEDISA/FSP/USP; CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2021, p. 4)

Desta forma, confirma-se o que já se imaginava nos primeiros meses de pandemia, o fato de que 2020 seria o mais repleto de medidas provisórias desde 2001. Isso porque 108 MP's configuraram-se como o dobro do registrado em cada um dos 12 anos anteriores (AGÊNCIA SENADO, 2020), conforme verifica-se na figura abaixo disponibilizada pela Agência Senado:

Figura 1 – Número de Medidas Provisórias editadas de 2001 a 2020



Fonte: Agência Senado (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/29/em-ano-de-pandemia-governo-envia-e-perde-numero-recorde-de-mps>)

Não se pode negar que a aceleração nesse ritmo se deu em razão da pandemia, uma vez que as Medidas Provisórias se caracterizam como instrumentos que servem justamente para situações de emergência, as quais valem como leis a partir do momento em que são publicadas, mesmo que percam a validade se não votadas em tempo hábil.

Contudo, não se pretende aqui averiguar um possível vício nos fatos relatados, mas somente expor as circunstâncias que levaram até a edição de várias medidas provisórias durante o estado de calamidade pública provocado pela pandemia do novo coronavírus. Feita esta breve contextualização, far-se-á a partir de agora, a análise das garantias e restrições aos direitos fundamentais frente às MP's editadas pelo governo federal. Cumpre salientar, que o recorte metodológico da pesquisa se delimita ao estudo das medidas provisórias editadas durante o estado de calamidade pública, o qual, por sua vez, ocorreu entre os dias 20 de março e 31 de dezembro de 2020.

O estudo inicia-se, portanto, por uma das primeiras medidas provisórias editadas pelo Governo Federal na vigência do estado de calamidade pública, que foi a nº 926, do dia 20 de março de 2020, a qual possuía o intuito de alterar a Lei nº 13.979/2020⁴⁶, dispondo, especialmente, sobre a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus em seu artigo 4^o⁴⁷. Posteriormente, no dia 11 de agosto, a MP foi convertida na Lei nº 14.035/2020 (BRASIL, 2020w). Cabe salientar que, a partir do Decreto Legislativo nº 6/2020⁴⁸ (BRASIL, 2020c), o qual reconheceu a ocorrência de calamidade pública no país em razão da disseminação da Covid-19, já fez-se valer a dispensa de licitação prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93⁴⁹ (BRASIL, 1993).

É sabido que o momento em que a sociedade se encontra hoje é absolutamente excepcional e demanda a adoção de medidas emergenciais para enfrentamento e contenção da crise sanitária provocada pela pandemia do novo coronavírus. Desta forma, a flexibilização das regras para a realização de contratações públicas emergenciais, tanto com dispensa de licitação quanto por pregões abreviados, especialmente na área da saúde, são ações entendidas como necessárias para possibilitar que os gestores respondam de maneira mais célere aos desafios que o atual cenário impõe. Neste aspecto, já alertava Gesta Leal (2019, p. 92) que:

Em tempos de crises frequentemente também se argui que determinadas conquistas normativas civilizatórias, eventualmente, podem ser repensadas ou flexibilizadas enquanto prerrogativas que são usufruídas somente em tempos de paz e tranquilidade. Assim, é precisamente nestes tempos que as garantias constitucionais à proteção de direitos e liberdades são postas a prova.

⁴⁶ Primeira medida significativa que tratou legislativamente sobre as medidas para enfrentamento da crise sanitária causada pelo Covid-19.

⁴⁷ Art. 4^o É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

⁴⁸ Como resultado da declaração de calamidade pública, o Governo Federal foi formalmente dispensado de seu objetivo fiscal anual e pode injetar recursos na implementação de medidas sanitárias de emergência para lutar contra a Covid-19.

⁴⁹ Art. 24. É dispensável a licitação: [...] IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Neste sentido, se por um lado a Medida Provisória visava uma forma mais eficiente e rápida na contratação de serviços necessários para o enfrentamento da pandemia, bem como a ampliação e a garantia da oferta de serviços de saúde a toda a população, por outro, faz-se ligar o alerta para possíveis atos corruptos, pois esse poder excepcional é exercido justamente em um momento em que há pouca prestação de contas, somada à já baixa efetividade dos mecanismos de controle prévio, podendo dar maior espaço a episódios ímprobos.

Além disso, a Medida Provisória precisou ter um de seus dispositivos revistos em razão de uma suposta ausência de objetividade em definir a qual ente que as providências poderiam ser adotadas e, em razão disso, tornou-se alvo de questionamento no Supremo Tribunal Federal, o qual explicitou que não foi afastada a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, conforme será melhor analisado no próximo tópico deste trabalho (BRASIL, 2020y).

Poucos dias após, em 22 de março, houve a edição da medida provisória nº 927, a qual dispôs sobre medidas importantes envolvendo direitos sociais trabalhistas, que poderiam ser adotadas pelos empregadores no intuito de preservar o emprego e a renda durante o estado de calamidade pública. A exemplo disso, menciona-se a adoção de teletrabalho, banco de horas, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, entre outros tópicos. Além disso, estabeleceu-se que os casos de contaminação pelo coronavírus não seriam considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal (BRASIL, 2020z).

Referida MP teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020, pois não foi votada em tempo hábil pelo Congresso Nacional (CONGRESSO NACIONAL, 2020), conforme preconiza o artigo 62, §3º⁵⁰, do texto constitucional (BRASIL, 1988). Ainda assim, o assunto rendeu discussões perante o poder judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 6377, decidindo por

⁵⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

afastar trechos que flexibilizavam regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19 e que será analisada de forma mais aprofundada no tópico seguinte do presente trabalho (BRASIL, 2020A). Segundo Ricardo Calcini (2020, <https://www.conjur.com.br/2020-jul-19/mp-927-perde-validade-nesse-fim-semana-veja-muda>), isso poderia gerar prejuízos para empregados e empregadores:

O Senado, ao deixar de votar a referida medida provisória, põe em xeque o próprio crescimento da economia do país e a retomada gradual de postos de trabalho, na medida em que as empresas precisam de uma legislação mais contemporânea para lidar com um momento de total anomalia. A legislação trabalhista, tal como posta hoje sem a MP 927, não consegue, em tempo e modo, lidar com esta atual situação excepcional. Infelizmente, aplicar a CLT, para enfrentar as consequências ocasionadas pela Covid-19, é estimular a não abertura de postos de trabalho, inclusive incentivando as rescisões contratuais daqueles poucos ainda existentes no país.

Com o intuito de alterar a Lei nº 13.979/2020 e revogar o artigo 18 da MP 927/2020⁵¹, foi editada a Medida Provisória nº 928, em 23 de março de 2020, a qual previa a suspensão dos pedidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527) em todos os órgãos e entidades da administração pública federal, permitindo que os pedidos de informação não fossem respondidos por conta do regime de teletrabalho dos servidores, além de suspender a possibilidade recursal (BRASIL, 2020B), mesmo diante de diversas declarações de cientistas, médicos e

⁵¹ Art. 18. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o contrato de trabalho poderá ser suspenso, pelo prazo de até quatro meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional não presencial oferecido pelo empregador, diretamente ou por meio de entidades responsáveis pela qualificação, com duração equivalente à suspensão contratual.

§ 1º A suspensão de que trata o caput:

I - não dependerá de acordo ou convenção coletiva;

II - poderá ser acordada individualmente com o empregado ou o grupo de empregados; e

III - será registrada em carteira de trabalho física ou eletrônica.

§ 2º O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual nos termos do disposto no caput, com valor definido livremente entre empregado e empregador, via negociação individual.

§ 3º Durante o período de suspensão contratual para participação em curso ou programa de qualificação profissional, o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador, que não integrarão o contrato de trabalho.

§ 4º Nas hipóteses de, durante a suspensão do contrato, o curso ou programa de qualificação profissional não ser ministrado ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, a suspensão ficará descaracterizada e sujeitará o empregador:

I - ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período;

II - às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor; e

III - às sanções previstas em acordo ou convenção coletiva.

§ 5º Não haverá concessão de bolsa-qualificação no âmbito da suspensão de contrato de trabalho para qualificação do trabalhador de que trata este artigo e o art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

pesquisadores demonstrarem a necessidade da ampliação das informações e dados sobre o avanço da Covid-19, especialmente em grupos em situação de vulnerabilidade social. Ou seja, trata-se de clara restrição a direito fundamental há muito consolidado, o direito à transparência e à informação.

Após a tentativa de impor restrições à LAI, já no mês de junho, o Ministério da Saúde passou a retardar e alterar a forma de divulgação dos dados sobre o coronavírus. As alterações foram feitas no formato do “Balanço Diário da Covid-19”, no qual foram omitidos dados relevantes sobre a pandemia e, posteriormente, tirando por completo o site de divulgação dos dados diários do ar, constando a mensagem “portal em manutenção” ao acessá-lo. (BRASIL, 2020N)

Após o restabelecimento do site, as informações constavam sem o número acumulado, inviabilizando o acompanhamento do avanço da Covid-19 no país. Os dados sobre a evolução do vírus também foram omitidos aplicativo Coronavírus – SUS, contrariando as disposições da LAI, no que diz respeito a obrigatoriedade da publicação de informação de interesse público, por parte das instituições, contando como regra a publicidade e a transparência das informações. (BRASIL, 2020N)

Em momentos de crise, a transparência e a informação proporcionada por meio da LAI pode contribuir de forma efetiva tanto para a sociedade como para o Estado. Pois, enquanto para o cidadão é permitido acompanhar ações na área de saúde, fazer controle social sobre os atos administrativos ou até buscar informações que ajudam a desmitificar histórias que circulam em redes sociais e nem sempre são verdadeiras, o acesso à informação para o Estado pode contribuir aos gestores públicos e profissionais da saúde no desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e reação à pandemia.

No mesmo sentido afirma Sarlet, ao frisar que é imprescindível ao Estado Democrático de Direito cumprir com o dever constitucional de transparência, publicidade e informação, pois “além de permitir o controle social, assegura (ou facilita) a fruição (e proteção) de outros direitos fundamentais (não apenas, mas em especial os direitos de participação política e de crítica, e também os direitos sociais)”⁸, especialmente durante a pandemia, diante da autorização concedida aos gestores públicos no sentido de dispensar licitações, devendo ser assegurado a plenitude de acesso às informações públicas pela sociedade para proporcionar o devido controle democrático. (SARLET, 2019, p. 775)

Já no dia 1º de abril de 2020, alegando estar sob o objetivo de “preservar o emprego e a renda”, “garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais” e “reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública”⁵² (BRASIL, 2020C, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm), a Medida Provisória nº 936, também cuidou de assuntos relativos ao direito trabalhista, pois instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública.

Essa medida provisória foi convertida na Lei nº 14.020, no dia 06 de julho de 2020. Dentre as disposições que merecem destaque, a medida trouxe a possibilidade de pagamento de um benefício emergencial a ser pago àqueles que tiveram a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e ao que tiveram seu contrato de trabalho suspenso temporariamente (BRASIL, 2020D).

Contudo, referida MP também foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de inconstitucionalidade de dispositivos que possibilitariam a redução proporcional de jornadas e salários, mediante ajustes individuais escritos e complementação da renda dos trabalhadores mediante pagamento de benefício assistencial com recursos do orçamento federal. Isso porque, de acordo com a petição inicial da ADI 6363, os referidos dispositivos legais teriam infringido dispositivos da Constituição Federal, os quais estabelecem a necessidade de negociações coletivas, isto é, com a presença dos sindicatos, para possibilitar a cogitada redução de jornadas e salários (BRASIL, 2020E).

Logo nos primeiros meses de pandemia, observou-se no noticiário mundial diversas formas de contenção da pandemia, sendo que uma das grandes propostas que se apresentou para conter o contágio e proteger a vida e a saúde da população era a implementação de aplicativos que permitiriam a melhor gestão da crise sanitária por meio da geolocalização, acompanhamento da disseminação e o fluxo do vírus na população. No Brasil, o Governo Federal demonstrou interesse em adotar as medidas

⁵² Art. 2º Fica instituído o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com aplicação durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º e com os seguintes objetivos:

I - preservar o emprego e a renda;

II - garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e

III - reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

de monitoramento e vigilância por meio da Medida Provisória n. 954/2020, publicada no dia 17 de abril, a qual é composta por cinco artigos e regula:

[...] o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020F, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm).

Contudo, a MP foi alvo de diversos questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal, somando um total de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's nº 6.387, 6.388, 6.390 e 6.393). A MP - que teve seu prazo de vigência encerrado no dia 14 de agosto de 2020 – levantou o debate sobre a proteção de dados pessoais durante o estado de calamidade pública, pois a obrigação de fornecimento de nomes, números de telefone e endereços de clientes das empresas de telefonia fixa e móvel ao IBGE viola os dispositivos da Constituição Federal que protegem a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados (BRASIL, 2020I).

Outra Medida Provisória que provocou alvoroço em juristas, políticos e na imprensa dado a regulamentação nela sistematizado, foi a de nº 966, publicada pelo Governo Federal no dia 13 de maio de 2020, a qual dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2020G). A MP não chegou a ser votada no Congresso Nacional e, em razão disso, perdeu a validade no dia 10 de setembro de 2020. A mencionada polêmica, no entanto, reside no fato de que a MP determinava que haveria responsabilização administrativa ou civil dos servidores somente quando agissem ou omitissem com dolo (intenção de causar dano) ou erro grosseiro⁵³ (BRASIL, 2020G).

⁵³ Art. 1º 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.

§ 1º 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.

§ 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

A MP foi alvo de várias ações no Supremo Tribunal Federal, que reduziu seu alcance, redefinindo o conceito de erro grosseiro previsto no texto. Antes do julgamento, o texto da Medida Provisória estabelecia erro grosseiro como sendo “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (BRASIL, 2020G, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm) e, após a decisão do mais alto Tribunal do País, ficou definido que a prática de atos sem respaldo científico poderia ser enquadrados como “erro grosseiro” e não poderia ser anistiados (BRASIL, 2020H).

Por meio da Medida Provisória nº 1.003, publicada no dia 24 de setembro de 2020, sobreveio a autorização ao Poder Executivo federal aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 - Covax Facility, proporcionando, assim, o acesso do País a vacinas seguras e eficazes contra a Covid-19 (BRASIL, 2020I). Nesta MP, também há menção à dispensa da realização de procedimento licitatório, a qual não afastaria, contudo, a necessidade de processo administrativo com os elementos técnicos referentes à escolha e quanto à opção de compra, que deveria ser instruído com justificativa do preço, além de atendimento às exigências sanitárias⁵⁴ (BRASIL, 2020I). Posteriormente, a Medida Provisória foi convertida na Lei nº 14.121, de 1º de março de 2021 (BRASIL, 2020J).

Além disso, em outra oportunidade, como forma de uma tentativa falha de cumprimento de disposições fixadas pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 (BRASIL, 2020K), que versa sobre o pedido de adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida e da segurança das populações indígenas, pelo Governo Federal, frente à vulnerabilidade dos povos indígenas no contexto da Pandemia, foi editada a Medida Provisória nº 1.005, de 30 de setembro de 2020 (BRASIL, 2020L).

A referida MP tratou tão somente de um pequeno avanço no que concerne ao Plano de Barreiras Sanitárias. Com apenas sete artigos, a Medida Provisória dispôs

⁵⁴ Art. 2, § 3º A dispensa da realização de procedimentos licitatórios para celebração de contratos de aquisição de vacinas de que trata o § 1º não afasta a necessidade de processo administrativo que contenha os elementos técnicos referentes:

- I - à escolha quanto à opção de compra por meio do Instrumento Covax Facility;
- II - à justificativa do preço; e
- III - ao atendimento às exigências sanitárias.

sobre a especificação do que seria considerado por barreira sanitária no artigo 1^{o55}, sua composição no artigo 2^{o56} e a autorização excepcional e temporária para que a Fundação Nacional do Índio - FUNAI efetuasse o pagamento de diárias aos que atuassem na proteção de as barreiras sanitárias, bem como para que ficasse responsável pelo planejamento e pela operacionalização das ações de controle das barreiras sanitárias, no artigos 3^{o57} e 4^{o58} respectivamente (BRASIL, 2020L).

Buscando-se uma melhor visualização das medidas provisórias analisadas até o momento e os direitos fundamentais nelas envolvidos, referentes àquelas editadas no ano de 2020, apresenta-se a tabela abaixo:

Tabela 1 – Resumo das Medidas Provisórias editadas em 2020 referentes à pandemia da Covid-19

Medida provisória	Ementa	Direitos fundamentais envolvidos
Medida Provisória nº 926, de 20.3.2020	Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.	Direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável
Medida Provisória nº 927, de 22.3.2020	Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências.	Direito fundamental social trabalhista

⁵⁵ Art. 1º As barreiras sanitárias protetivas de áreas indígenas têm a finalidade de controlar o trânsito de pessoas e mercadorias que se dirijam a essas áreas com o objetivo de evitar o contágio e a disseminação da covid-19.

⁵⁶ Art. 2º As barreiras sanitárias de que trata o art. 1º serão compostas por servidores públicos federais, prioritariamente, ou por militares e, com a anuência do respectivo Chefe do Poder Executivo, por servidores públicos e militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁵⁷ Art. 3º A Fundação Nacional do Índio - FUNAI fica autorizada, de forma excepcional e temporária, observado o disposto no art. 6º, a efetuar diretamente o pagamento de diárias a servidores públicos e militares integrantes dos órgãos de segurança pública estaduais e distritais que atuarão na proteção de as barreiras sanitárias, de acordo com o disposto no art. 2º.

⁵⁸ Art. 4º A FUNAI será responsável pelo planejamento e pela operacionalização das ações de controle das barreiras sanitárias de que trata o art. 1º.

Medida Provisória nº 928, de 23.3.2020	Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.	Direito à informação e à transparência
Medida Provisória nº 936, de 1.4.2020	Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.	Direito fundamental social trabalhista
Medida Provisória nº 954, de 17.4.2020	Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.	Direito à liberdade individual; privacidade e proteção aos dados pessoais.
Medida Provisória nº 966, de 13.5.2020	Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19.	Direito fundamental à boa administração
Medida Provisória nº 1.003, de 24.9.2020	Autoriza o Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 - Covax Facility.	Direito à vida e à saúde
Medida Provisória nº 1.005, de 30.9.2020	Dispõe sobre o estabelecimento de barreiras sanitárias protetivas de áreas indígenas.	Direito à vida e à saúde dos povos indígenas

Além das Medidas Provisórias aqui analisadas, também houve aquelas que trataram exclusivamente sobre a abertura de crédito extraordinário⁵⁹ para enfrentamento da pandemia, as quais, de certa forma, também revelam considerável impacto em direitos fundamentais protegidos pelo texto constitucional, notadamente o direito à saúde. No total, foram 40 MP's que “encaminharam mais de R\$ 600 bilhões a ações contra a pandemia. O valor se aproxima de 10% de todo o produto interno bruto (PIB) do país no ano de 2019, que foi de R\$ 7,4 trilhões” (AGÊNCIA SENADO, 2020, <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/29/em-ano-de-pandemia-governo-envia-e-perde-numero-recorde-de-mps>).

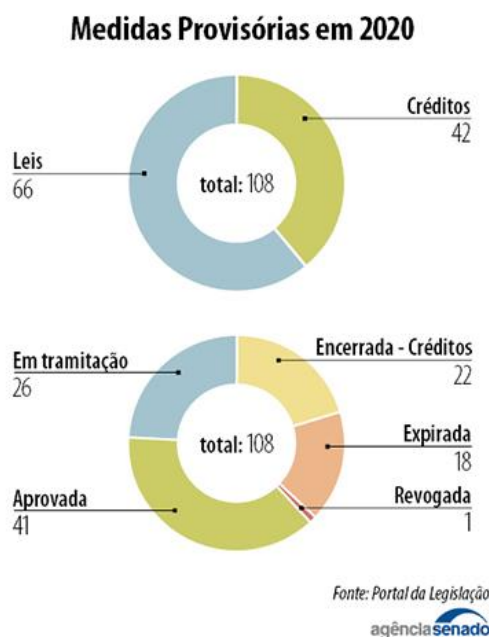
Ainda sobre os créditos extraordinários, importante destacar os seguintes dados fornecidos pela Agência Senado (2020, <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/29/em-ano-de-pandemia-governo-envia-e-perde-numero-recorde-de-mps>), por meio dos quais é possível ter dimensão do orçamento utilizado no combate à pandemia, obtido por meio de Medidas Provisórias:

Desse total, R\$ 512 bilhões, ou cerca de 82%, já foram gastos. O Ministério da Cidadania foi o maior beneficiado por essas emissões, graças ao fato de ser o órgão do Executivo que administra o auxílio emergencial — de longe a política mais dispendiosa contra a pandemia de covid-19 (Lei 13.982, de 2020). Mais de R\$ 328 bilhões foram autorizados para a pasta, que usou cerca de R\$ 297 bilhões. Para pagar o auxílio emergencial, foram cerca de R\$ 231 bilhões. Na sequência, o auxílio federativo da União (Lei Complementar 173, de 2020) faz com que as transferências para estados e municípios sejam a segunda maior destinação dos créditos extraordinários da pandemia. O Ministério da Saúde, que é encarregado, principalmente, de compras de suprimentos médicos e de investimentos em pesquisa, vem em seguida, acompanhado pelo Ministério da Economia, gestor dos programas de subvenção econômica. No total, 11 ministérios receberam verbas que foram encaminhadas por medidas provisórias, além da Controladoria-Geral da União (CGU) e da Presidência da República. A eficácia instantânea das MPs permitiu que, em abril, o Senado parasse de votar propostas de créditos extraordinários.

⁵⁹ Tais recursos que não fazem parte do Orçamento regular previsto para o ano e que não estão sujeitos ao limite do teto de gastos. AGÊNCIA SENADO. Em ano de pandemia, governo envia e 'perde' número recorde de MPs. In: Senado Notícias, 29 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/29/em-ano-de-pandemia-governo-envia-e-perde-numero-recorde-de-mps>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

Como forma de resumir, apresenta-se a figura elaborada pela Agência Senado, na qual é possível observar informações acerca do estado em que se encontram as Medidas Provisórias editadas em 2020:

Figura 2 – Resumo da situação das Medidas Provisórias editadas no ano de 2020



Fonte: Agência Senado (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/29/em-ano-de-pandemia-governo-envia-e-perde-numero-recorde-de-mps>)

Muito embora conste no Decreto 06/2020, que o estado de calamidade pública estaria vigente somente até o dia 31 de dezembro de 2020⁶⁰, fazendo com que a Lei 13.979/2020 também perdesse seus efeitos, a situação excepcional perdurou por mais tempo no país, fazendo-se necessária a edição de ainda mais medidas provisórias envolvendo importantes direitos já consagrados em tempos de normalidade.

Sem nos atermos minuciosamente à análise destas, por estarem fora do lapso temporal proposto para este trabalho, destaca-se as seguintes MP's e suas

⁶⁰ 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.

respectivas ementas, editadas no ano de 2021, quando já não estávamos mais em estado de calamidade pública:

Tabela 2 – Resumo das Medidas Provisórias relevantes editadas em 2021 referentes à pandemia da Covid-19

Medida provisória	Ementa
Medida Provisória nº 1.026, de 6.1.2021	Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 .
Medida Provisória nº 1.039 de 18.3.2021	Institui o Auxílio Emergencial 2021 para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19).
Medida Provisória nº 1.045 de 27.4.2021	Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho.
Medida Provisória nº 1.046 de 27.4.2021	Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19).
Medida Provisória nº 1.047 de 03.5.2021	Dispõe sobre as medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19 .
Medida Provisória nº 1.047 de 03.5.2021	Dispõe sobre as medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19 .
Medida Provisória nº 1.059 de 30.7.2021	Altera a Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021, que dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.

A vista disso, é possível concluir, preliminarmente, que o ordenamento jurídico brasileiro não foi suficiente para evitar graves violações aos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados ao direito à proteção de dados e à informação, sem falar-se que, conseqüentemente, houve desrespeito ao direito à saúde, visto que os esforços para sua garantia não mostraram-se eficientes.

Como reação direta a isso, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a intervir diversas vezes, para garantir a efetiva proteção aos direitos fundamentais e à Constituição Federal de 1988, como forma de demonstrar isso, analisar-se-á, a partir de agora, o posicionamento adotado pelo Tribunal e os fundamentos apresentados em suas decisões, especificamente dos acórdãos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6.341, 6.387, 6.347, 6.342, 6.363 e 6.427; e das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) nºs 609 e 709.

4.2 O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e os fundamentos apresentados nas sentenças em relação aos limites de sua atuação e as possíveis restrições a direitos fundamentais

Como se pôde perceber pela exposição dos capítulos anteriores, a análise do impacto da pandemia no campo judicial é tarefa desafiadora, pois engloba um universo bastante amplo de temas. Neste tópico, entretanto, pretende-se trazer uma sumária retrospectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais e no contexto da pandemia, especialmente aquelas que ocorreram durante a vigência do estado de calamidade, a fim de observar como a Corte tem se posicionado e quais os argumentos utiliza na fundamentação de suas decisões quanto às Medidas Provisórias editadas pelo governo federal, propostas com fundamento na crise, quando em jogo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais.

Cumprе salientar, que o recorte da atuação do Supremo Tribunal Federal feito somente em relação às medidas provisória se deu com o intuito de demonstrar a atuação do Governo Federal em um possível Estado de Exceção, que se formou em razão da pandemia, no qual houve uma tentativa de ampliação dos poderes do Chefe do Poder Executivo, mas que, por não ter sido declarado oficialmente um período de exceção, foi freado pelo controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário.

Iniciar-se-á a análise por um julgamento que garantiu a atuação dos Estados e Municípios, tanto no plano legislativo quanto no administrativo, no combate à crise pandêmica nos casos de omissão do Governo Federal e do Congresso Nacional, bem como em caráter concorrente e complementar. Ocorre que, a edição da Medida Provisória nº 926/2020, que alterou a redação de alguns enunciados da Lei Federal nº 13.979/2020, não especificava a esfera governamental competente para dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais, contidos no artigo 3^o⁶¹ (BRASIL, 2020x).

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar por meio da ADI 6.341, tendo como requecente o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o qual invocou a inconstitucionalidade formal e material da nova redação (BRASIL, 2020y) com base nas duas seguintes teses:

1) que por se tratar de norma geral editada pela União Federal em matéria de competência comum (saúde), o instrumento hábil deveria ser o da lei complementar, nos termos do artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal; e 2) além disso, tendo em vista tratar-se de matéria de competência comum, as medidas previstas na lei federal não poderiam excluir outras eventualmente decretadas nas esferas estadual e municipal. (SARLET, 2020, <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>)

Em decisão monocrática proferida pelo ministro Marco Aurélio, em 24 de março, deferiu-se - como medida pedagógica e em parte - a medida cautelar para tornar explícita a competência concorrente. O julgamento pelo Colegiado ocorreu na primeira sessão plenária por meio de videoconferência da história da Corte, no dia 15 de abril, na qual referendou-se a decisão liminar, salientando que o artigo 3^o da Lei 13.979/2020 deve ser interpretado de acordo com a Constituição, deixando evidente que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência sempre deve resguardar a autonomia dos demais entes (BRASIL, 2020y).

A pertinência desta decisão está na importância que o esquema constitucional federativo possui, o qual traz impactos diretos aos direitos fundamentais. Todavia, a decisão teve uma relevância mais simbólica, uma vez que o texto constitucional já é claro em definir que o direito da saúde, administrativamente, é da competência comum

⁶¹ Art. 3^o Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas [...]

entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ao passo que na área legislativa, é de competência concorrente, sendo que o entendimento que prevalece é de a União é responsável pela edição das normas gerais e os entes descentralizados responsáveis pela edição de normas específicas voltadas ao atendimento das peculiaridades locais (BRASIL, 2020y).

O controle por parte do Supremo Tribunal Federal ocorreu também nas medidas trabalhistas. Por meio da ADI 6.342, o Plenário da Corte decidiu, por maioria, suspender dois artigos da Medida Provisória 927, as quais permitiam mudanças no contrato de trabalho durante a pandemia. A primeira dizia respeito ao afastamento de possível natureza ocupacional dos casos de Covid-19⁶² e o foco orientador da atuação da fiscalização trabalhista durante a pandemia⁶³ (BRASIL, 2020O).

À exceção dos dois mencionados artigos, o Tribunal manteve a vigência da MP 927, que versa sobre regras trabalhistas simplificadas, sendo que partes importantes do texto foram mantidos, a da regulamentação do teletrabalho, o adiamento do recolhimento do FGTS por três meses, a suspensão de férias para a área da saúde e a autorização da antecipação de feriados.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio procurou atender a situação emergencial, preservando empregos e a fonte do sustento dos trabalhadores, mencionando a importância de manter um equilíbrio na relação entre empregado e empregador, sem esquecer-se, contudo, de resguardar os direitos fundamentais relacionados à relação trabalhista, ao destacar que “a Constituição não se suspende em momentos de calamidade. Ao contrário ela é a garantia da ordem e da preservação dos direitos fundamentais especialmente nos momentos de calamidade social.” (BRASIL, 2020O, p. 32)

Dando seguimento à análise das decisões envolvendo direitos fundamentais, indispensável referir o julgamento das ADI's 6.347, 6.351 e 6.353, analisadas em conjunto, cujo os pedidos dizem respeito a declaração de inconstitucionalidade do art.

⁶² Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.

⁶³ Art. 31. Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades:

- I - falta de registro de empregado, a partir de denúncias;
- II - situações de grave e iminente risco, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação;
- III - ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente; e
- IV - trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil.

6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo artigo 1º, da Medida Provisória 928/2020. Referida decisão assumiu particular relevância uma vez que versa sobre a tentativa do Governo Federal de impor restrições à LAI e a omissão de dados sobre a evolução do coronavírus no país pelo Ministério da Saúde. As ações foram propostas pela Rede Sustentabilidade, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), respectivamente. Os requerentes alegam, em suma, que o dispositivo em comento é inconstitucional, pois limita o direito à informação, à transparência e à publicidade (BRASIL, 2020M).

Inicialmente, reputou-se estarem presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pretendida, uma vez que “o artigo impugnado pretende TRANSFORMAR A EXCEÇÃO – sigilo de informações – EM REGRA, afastando a plena incidência dos princípios da publicidade e da transparência (BRASIL, 2020M, p. 9)”, firmando-se o entendimento de que, a partir do conteúdo do dispositivo, o sigilo de informações passaria de exceção para regra geral, restringindo o livre acesso do cidadão à informações que o texto constitucional consagra de forma expressa. Ou seja, “a regra é o livre acesso a essas informações, a exceção é o sigilo” (BRASIL, 2020M, p. 69) e a Medida Provisória inverteu essa lógica.

Além disso, o princípio da publicidade é imprescindível à condução da Administração Pública no âmbito dos três Poderes, devendo ter tido como prioridade absoluta na gestão administrativa a fim de garantir total acesso às informações para toda a população, estando o Estado obrigado a fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. Neste sentido, o magistrado igualmente reconheceu a relevância da transparência e da publicidade para os princípios democrático e republicano, sendo, ainda, absolutamente necessários para a fiscalização dos órgãos governamentais e garantindo o pleno exercício do princípio democrático (BRASIL, 2020M).

Restou estabelecido, ainda, que a publicidade de determinada informação só poderá estar sob sigilo quando o interesse público determinar, ou seja, o conteúdo que será posto à disposição dos cidadãos e também o alcance dessas informações será determinado pelo texto constitucional (BRASIL, 2020M). Não obstante isso, quando da confirmação da decisão pelo Plenário, o ministro Roberto Barroso acrescentou que na LAI já existem válvulas de escape para situações emergenciais, as quais estão descritas no artigo 11, inciso II, e permitem, na hipótese de

impossibilidade fática, justificativa pela qual a informação não foi prestada (BRASIL, 2020M).

Desta forma, suspendeu-se a eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020 e, tanto na decisão monocrática quanto em Plenário, restou estabelecido que o dispositivo “não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação” (BRASIL, 2020M, p. 10) e, ainda, reforçou-se a ideia de que a medida “transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a Sociedade” (BRASIL, 2020M, p. 10).

No que se refere à medida cautelar proferida na ADPF 690, proposta pela Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face da “sequência de atos do Poder Executivo Federal que restringiram a publicidade dos dados relacionados à Covid-19, em clara violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal”, verificada devido a interrupção abrupta da divulgação dos dados epidemiológicos, os quais são imprescindíveis para a manutenção da análise da série histórica de evolução da pandemia no Brasil (BRASIL, 2020N, p. 1).

Considerou-se preenchidos os elementos que dizem respeito à “fumaça do bom direito” e do “*periculum in mora*”, eis que prejudicado o efetivo combate a pandemia causada pelo coronavírus, em defesa da vida e da saúde da população brasileira, direitos estes garantidos constitucionalmente e considerados essenciais para a consagração da dignidade da pessoa humana e o bem-estar da sociedade. Entretanto, para o efetivo cumprimento desses postulados o Estado deve investir em políticas públicas destinadas à saúde, estando também o sistema único de saúde (SUS) obrigado constitucionalmente a “executar as ações de vigilância epidemiológica, dentre elas o fornecimento de todas as informações necessárias para o planejamento e combate a pandêmica causada pelo COVID-19” (BRASIL, 2020N, p. 5).

Além disso, reforçou-se a ideia já defendida na decisão anteriormente analisada, acerca da grande relevância e, até mesmo, prioridade absoluta, que possuem os deveres constitucionais de publicidade e transparência, os quais devem ser garantidos pela Administração Pública, a fim proporcionar o exercício do princípio democrático, de maneira a garantir a necessária fiscalização dos órgãos

governamentais, salvo em situações excepcionais, o que não ficou evidenciado na hipótese em análise (BRASIL, 2020N). Dessa maneira, houve a concessão parcial da medida cautelar pleiteada, para garantir a manutenção da divulgação integral de todos os dados epidemiológicos pelo Ministério da Saúde, sob pena de dano irreparável decorrente do descumprimento dos princípios constitucionais da publicidade e transparência (BRASIL, 2020N).

A Medida Provisória 936/2020 também foi alvo de uma ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, especificamente contra os dispositivos que faziam menção à negociação individual, sem a assistência dos sindicatos que representam os trabalhadores (BRASIL, 2020P). Em face disso, a decisão liminar proferida na medida cautelar na ADI 6363, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, datada de 06 de abril de 2020, entendeu que:

[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração (BRASIL, 2020P, p. 16-17).

A intenção do ministro Ricardo Lewandowski com essa solução foi encontrar um meio termo para eliminar a inconstitucionalidade apontada e, ao mesmo tempo, “resguardar os direitos dos trabalhadores, evitando retrocessos”. Concluindo sua ideia ao mencionar que “com a saída proposta, promover a segurança jurídica de todos os envolvidos na negociação, especialmente necessária nesta quadra histórica tão repleta de perplexidades” (BRASIL, 2020P, p. 16).

Ainda assim, a decisão foi considerada polêmica e inconstitucional, tendo em vista que desconsiderou o teor do artigo 7⁶⁴ e 8⁶⁵ da Constituição Federal que mencionam a participação sindical (BRASIL, 1988), tornando-se uma decisão

⁶⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; [...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; [...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...]

⁶⁵ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...]

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; [...]

questionável que, à primeira vista, não protegeu de maneira efetiva os direitos fundamentais sociais trabalhistas.

Outra decisão paradigmática foi a proferida em conjunto nas ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, envolvendo diretamente o direito fundamental à proteção de dados pessoais, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido Comunista do Brasil, respectivamente. As ações impugnavam o teor da Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, editada pelo Presidente da República, que versa sobre o repasse de dados das empresas de telefonia para a Fundação IBGE, no intuito de produzir estatísticas que auxiliariam no controle da crise sanitária, conforme já mencionado (BRASIL, 2020).

Os requerentes alegaram que a obrigação de fornecimento de nomes, números de telefone e endereços de clientes das empresas de telefonia fixa e móvel ao IBGE violaria os dispositivos da Constituição Federal que protegem a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados (BRASIL, 2020).

Neste viés, cumpre salientar que o teor da Medida Provisória em comento foi além do que pode ser considerado razoável para os limites constitucionais, no momento em que determinou a coleta de nomes, números e endereços de todos os consumidores dos serviços STFC e SMP, sem dispor de claras balizas quanto ao tratamento e manipulação dos dados obtidos, limitando-se à alegação – genérica – de que os dados coletados serviriam para produção de estatísticas oficiais pela Fundação IBGE, sem, contudo, especificar a finalidade e amplitude desta medida. Além disso, a Ministra salientou que não é possível identificar o tempo exato em que o ato normativo será aplicado, uma vez que se restringe a dispor que se dará durante “a vigência durante o estado emergência provocado pela pandemia do coronavírus”. Desta forma, Rosa Weber considerou inviável a análise acerca dos elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, tendo em vista a ausência de demonstração de interesse público, tarefa esta, que cabia ao Poder Executivo (BRASIL, 2020).

No que tange à confidencialidade dos dados coletados, argumentou que, embora a Medida Provisória traga em seu texto o caráter sigiloso dessas informações, vedando ao IBGE o compartilhamento com outros entes, nada é dito quanto aos

mecanismos de controle que serão utilizados para a devida proteção dos dados pessoais, deixando-os vulneráveis a vazamentos e utilização indevida, acarretando em grave desrespeito aos direitos fundamentais envolvidos. Para corroborar com suas argumentações, Rosa Weber faz menção à manifestação acostada aos autos pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, na qual reafirma a importância dos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal e da Lei Geral de Proteção de Dados, no que diz respeito à garantia de proteção da privacidade, dos dados pessoais e da intimidade dos usuários de telefonia fixa e móvel (BRASIL, 2020I).

Outrossim, a situação se torna ainda mais delicada considerando-se que, além de a Medida Provisória não apresentar garantias para o tratamento adequado dos dados compartilhados, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que determinaria os critérios de responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais, encontrava-se em período de *vacatio legis* no momento de sua decisão, fato este lembrado também pela ministra Rosa Weber (BRASIL, 2020I).

Não obstante, no dia 22 de abril de 2020, houve o envio de ofícios encaminhados pela Fundação IBGE às empresas de telefonia, tendo por base a Instrução Normativa n. 2, editada no mesmo dia da publicação da MP n. 954/2020, solicitando o compartilhamento imediato de dados, ignorando o prazo de sete fixados pela Medida Provisória sob comento, bem como a determinação do Supremo Tribunal Federal para a prestação de informações acerca do conteúdo deste ato normativo. A Ministra salientou, ainda, o fato de que, até a data da decisão, já tinham sido apresentadas 344 propostas de emenda ao projeto de lei de conversão da Medida Provisória 954/2020 (BRASIL, 2020I).

Por fim, deferida a medida cautelar, declarou suspensa a Medida Provisória n. 954/2020, a fim de garantir proteção ao direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais e prevenir consequências irreparáveis à intimidade dos usuários de serviços de telefonia. Por todo o exposto, verifica-se que a decisão foi baseada apenas em aspectos formais da Medida Provisória, sem descartar, contudo, exame mais aprofundado acerca do mérito e das possibilidades de restrição de direitos fundamentais em situações de crise e de urgência (BRASIL, 2020I).

Uma decisão de suma importância que envolveu assunto relativo aos impactos da pandemia sobre grupos populacionais vulneráveis e seus respectivos direitos humanos e fundamentais, notadamente, os povos indígenas, foi a proferida

na ADPF 709, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, confirmada pelo plenário em 5 de agosto de 2020. A ação foi impetrada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), juntamente com outros seis partidos políticos, apontando vários atos omissivos e comissivos violadores de seus direitos (BRASIL, 2020K).

Segundo os reclamantes, o Governo Federal não havia adotado medidas suficientes para prevenir o contágio pelo novo coronavírus nas comunidades indígenas e, desta forma, tal comportamento viola os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), o direito à vida (artigo 5º, *caput*), à saúde (artigos 6 e 196), bem como o direito dos povos indígenas de viver em seus territórios próprios, de acordo com as suas culturas e tradições (artigo 231), todos do texto constitucional (BRASIL, 2020K).

Ainda, sustentou-se que a propagação da pandemia Covid-19 estava ocorrendo muito rápido entre esses povos em razão de sua vulnerabilidade, no que diz respeito a sua baixa imunidade histórica, marcada pela exposição a patologias e estilo de vida compartilhado. Além disso, argumentou-se acerca da vulnerabilidade política para enfrentando desse tipo de questão e dificuldades para que seus interesses sejam contemplados. Nesse contexto, apresentou-se dois pedidos, sendo o primeiro relacionado ao chamado Povos Indígenas Isolados e de Contato Recente, o qual é caracterizado por uma interação limitada ou nenhuma interação com a sociedade e, o segundo pedido referiu-se a todos os povos indígenas brasileiros (BRASIL, 2020K).

Para o primeiro grupo, o ministro Luís Roberto Barroso determinou, em um primeiro momento, a “*criação de barreiras sanitárias*, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (*infra*), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão”. (BRASIL, 2020K, p. 33, grifo original) Referida medida se justifica em razão de haver, mesmo durante a pandemia, fluxo de pessoas como garimpeiros, madeireiros e até mesmo turistas, que insistem em cruzar o território indígena para acessar os lugares da região, aumentando ainda mais o risco de entrada do novo coronavírus nessas áreas.

A mencionada Sala de Situação foi outra medida imposta na decisão. Importante mencionar que este termo em muito está ligado com o conceito de sala de crise, o qual foi cunhado durante a Segunda Guerra Mundial, tendo como objetivo o gerenciamento de ações e combate, de acordo com os dados disponibilizados. Neste

caso, a medida tem o intuito de manter uma gestão das ações de combate ao vírus aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, devendo reunir integrantes do governo, representantes dos povos indígenas, a PGR, a DPU e o CNJ (BRASIL, 2020K) e observar os demais termos a seguir:

- (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;
- (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;
- (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;
- (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo. (BRASIL, 2020K, p. 33-34)

A criação de barreiras sanitárias também foi medida imposta para a proteção dos povos indígenas em geral, como “*medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas* ou providência alternativa, apta a evitar o contato”. (BRASIL, 2020K, p. 34, grifo original) Referida medida deveria ser incluída no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 a ser elaborado pelo Governo Federal, o qual deveria seguir as seguintes orientações, vejamos:

Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições:

- (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;
- (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;
- (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos. (BRASIL, 2020K, p. 34-35, grifo original)

Além dessas medidas, restou determinado, ainda, a “*imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras*

não homologadas” (BRASIL, 2020K, p. 34, grifo original), bem como a “*extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral*” (BRASIL, 2020, p. 34, grifo original).

A ação cautelar, portanto, foi assim deferida parcialmente. Muito embora o ministro relator considerasse relevante todos os pedidos formulados, explicou que nem todos poderiam ser acolhidos de forma integral no âmbito de uma decisão cautelar e, além disso, destacou que “nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes”. (BRASIL, 2020K, p. 3)

Não é à toa que, em seu livro, Barroso (2020K, p. 210) cita a aqui analisada decisão como estando dentre as “quinze decisões históricas do Supremo Tribunal Federal”, tendo em vista que, conforme sua concepção pessoal e também uma certa arbitrariedade, marcaram época e alavancaram a história, trazendo, ainda, como principal fato marcante a possibilidade da entidade Articulação dos Povos Indígenas (APIB) ser admitida de forma pioneira para ingresso de ação perante o mais alto Tribunal do país:

À falta de medidas concretas e efetivas por parte do Governo Federal para sua proteção, o tribunal determinou a elaboração emergencial de planos de prevenção e contenção da doença. Nele foram incluídos a obrigação de instalar barreiras sanitárias e assegurado o direito de representantes dos indígenas participarem da sala de situação e dos grupos de trabalho constituídos para apresentar soluções, em meio a outras providências. Também se admitiu, pioneiramente, o ingresso perante o STF da entidade Articulação dos Povos Indígenas (APIB), a despeito de não ser registrada no Registro Civil e de não ser uma típica entidade de classe, no sentido convencionalmente admitido pelo tribunal. (BARROSO, 2020K, p. 218)

Sobre o assunto, importante mencionar que esta cautelar foi na mesma linha do que já havia acontecido na ADPF 527, a qual reconheceu a legitimidade para a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros — ABGLT “e na ADI 5.291 (legitimidade do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor — Idecon), a decisão ora anotada reconheceu a legitimidade para uma entidade associativa de caráter social, cultural e político”. (SARLET, 2021, <https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>)

Embora haja controvérsias sobre o caráter da decisão, muitos doutrinadores afirmam essa representar “mais um passo para a consolidação pelo STF da técnica

decisória estruturante, especialmente ao determinar a criação de sala de situação e a adoção de uma política de combate e contenção da pandemia”, as quais, conforme já mencionado, devem ser elaboradas pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos juntamente com representantes das comunidades indígenas, com definição de prazo e parâmetros para a formulação de políticas públicas (SARLET, 2021)

Desta forma, muito embora ainda se tenha um longo caminho a percorrer em busca de uma tutela jurisdicional adequada aos povos indígenas, deve-se reconhecer que houve um grande esforço, ao menos por parte do Supremo Tribunal Federal. E é nesse sentido que está a seguinte afirmação, a qual inclui como relevante também a atuação do Tribunal na ação que suspendeu a demarcação de terras indígenas em tempos de pandemia:

Em que pese as falhas e omissões institucionais, a partir da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709 – que tratou da adoção, por parte do Governo Federal, de medidas de proteção aos povos indígenas durante a pandemia - e do Recurso Extraordinário n.º 1017365 – quanto à suspensão da demarcação de terras indígenas – há uma busca jurisdicional por soluções que minimizem os efeitos da pandemia sobre esse grupo em situação de vulnerabilidade. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a ADPF n.º 709, estabelecem padrões de proteção aos indígenas, com caráter estruturante, a partir de critérios já fixados também em âmbito interamericano. (MORAES; ALVES, 2021, p. 176-177).

Desta forma, feita a análise das medidas deferidas, destaca-se, em suma, que as determinações foram: a) instalação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros em territórios indígenas; b) criação de sala de situação para gestão de ações de combate à crise pandêmica; c) inclusão no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas; d) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas; e) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados quando verificada barreira de acesso ao Sistema Único de Saúde geral; e, por fim, f) elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União.

Ocorre que a liminar não foi integralmente cumprida pelo Governo Federal, o qual precisou elaborar quatro versões de Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19

para Povos Indígenas e, não bastasse isso, nem mesmo a quarta e última versão do plano foi homologada por inteiro, conforme demonstra-se abaixo:

(i) homologo parcialmente o Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas, quanto às Seções 1 e 2; (ii) nego homologação à Seção 3 e determino a apresentação de novo Plano de Isolamento de Invasores no prazo de 5 dias; (iii) assino prazo de 15 dias para a apresentação de Plano de Execução e Monitoramento do Plano Geral; (iv) determino que se assegure prioridade na vacinação aos povos indígenas localizados em terras não homologadas e urbanos sem acesso ao SUS; (v) suspendo a Resolução n. 4/2020 da FUNAI, por inconstitucionalidade, inconveniência e violação à cautelar deferida por este Juízo; (vi) defiro o acesso de FIOCRUZ e ABRASCO às informações postuladas; (vii) indefiro a suspensão de extrusão de Terras Yanomamis e de tratamento de extensão do serviço especial de saúde indígena aos indígenas urbanos de Campo Grande. (BRASIL, 2021c, p. 15)

Desta forma, insta mencionar que a Medida Provisória 1.005 abordou tão somente sobre a permissão de ampliação e aprimoramento do trabalho de combate à Covid-19 pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio), ação esta que foi proposta após a homologação parcial plano, como forma de uma tentativa de complementação.

Por fim, muito embora a decisão proferida nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 668 e 669, ajuizadas pela Rede Sustentabilidade e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos⁶⁶ respectivamente, as quais possuíam como objeto, principalmente, a publicação nas redes sociais do Governo Federal, uma campanha publicitária com a frase “O Brasil Não Pode Parar⁶⁷”, aconselhando à população voltar as suas atividades para o bem da nação⁶⁸ (BRASIL, 2020i) não envolva especificamente uma Medida Provisória, trata-se também de uma

⁶⁶ Importante destacar, que o Ministro Barroso somente se manifestou sobre o pedido suscitado pela Rede Sustentabilidade, por se tratar de legitimado, conforme determina o art. 103, VIII, da CF (BRASIL, 2020).

⁶⁷ Texto reproduzido na campanha: Para os quase 40 milhões de trabalhadores autônomos, #oBrasilNãoPodeParar. Para os ambulantes, engenheiros, feirantes, arquitetos, pedreiros, advogados, professores particulares e prestadores de serviço em geral, #oBrasilNãoPodeParar. Para os comerciantes do bairro, para os lojistas do centro, para os empregados domésticos, para milhões de brasileiros, #oBrasilNãoPodeParar. Para todas as empresas que estão paradas e que acabarão tendo de fechar as portas ou demitir funcionários, #oBrasilNãoPodeParar. Para dezenas de milhões de brasileiros assalariados e suas famílias, seus filhos e seus netos, seus pais e seus avós, #oBrasilNãoPodeParar. Para os milhões de pacientes das mais diversas doenças e os heróicos profissionais de saúde que deles cuidam, para os brasileiros contaminados pelo Coronavírus, para todos que dependem de atendimento e da chegada de remédios e equipamentos, #oBrasilNãoPodeParar. Para quem defende a vida dos brasileiros e as condições para que todos vivam com qualidade, saúde e dignidade, o Brasil definitivamente não pode parar.

⁶⁸ Remete-se, neste sentido, à ideia de biopolítica, em que o executivo definia quem mereceria viver e quem ficariam exposto à morte para a manutenção da saúde da comunidade e dos interesses nacionais (FOUCAULT, 2008).

resposta do Poder Judiciário visando salvaguardar o direito à saúde em detrimento às ações do Governo Federal.

Ocorre que, esses vídeos foram divulgados no contexto da pandemia mundial provocada pela Covid-19, vão na contramão de recomendações de órgãos sanitários internacionais, acerca das medidas de isolamento social, o qual contribui para que a curva de contágio seja achatada⁶⁹, indo contra, inclusive, do que o próprio ministério da saúde brasileiro vinha pregando e trabalhando inicialmente, o que se modificou com as constantes trocas de ministro da saúde. Enquanto isso, em nível estadual, quarentenas estavam sendo decretadas por vários governadores, para que o sistema de saúde não entrasse em colapso e pudesse ter capacidade de atender todos os indivíduos sem a realização de escolhas trágicas (BRASIL, 2020i).

Diante disso, os requerentes alegaram afronta a dispositivos constitucionais que dizem respeito ao direito a vida e a saúde, tendo em vista o aumento na velocidade de contágio que a supressão das medidas de distanciamento social provocaria; a informação, uma vez que a publicidade baseava-se na falsa afirmação de que a Covid-19 não oferece risco real e grave as pessoas e; a moralidade, a probidade, a transparência e a eficiência, considerando o extrato de dispensa de licitação publicado no Diário Oficial, que previa a contratação de campanha publicitária no valor de R\$ 4.897.855,00, valendo-se de recursos públicos que poderiam favorecer a área da saúde no combate ao coronavírus (BRASIL, 2020i).

Neste contexto, a cautelar foi deferida pelo Ministro Barroso, para proibir a produção e veiculação de qualquer campanha publicitária que possa sugerir o retorno da população às suas normais atividades ou que venha a desconsiderar a gravidade da crise pandêmica. Como fundamento, utilizou-se, principalmente, de dados que retratam a quantidade de infectados e mortos pelo novo coronavírus no Brasil e em outros países como China e Itália à época, a fim de demonstrar a experiência dos demais países no combate ao vírus (BRASIL, 2020i).

Não bastasse isso, na decisão foram expostas as orientações fornecidas pela OMS e demais membros da comunidade científica, as quais são uniformes no sentido

69 Destaca-se o exemplo das consequências vividas na Itália, na qual, após o lançamento da campanha "*Milano non si ferma*" (Milão não fecha), o número de mortos dobrou poucos dias depois de apresentarem resistência às medidas de isolamento social, agindo no intuito de não desacelerar a economia. (EL PAÍS, 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-25/italia-pagou-preco-alto-ao-resistir-a-medidas-de-isolamento-social-para-conter-coronavirus.html>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

de que a medida mais indicada no momento para redução da velocidade de contágio é a diminuição do contato social e, caso não obedecido, haverá um colapso no sistema de saúde, o qual já se mostra insuficiente mesmo em situações normais. Além disso, chamou-se atenção para o fato de que estudos apontam para a questão de que o vírus pode proporcionar um maior impacto no Brasil, por ser um país em desenvolvimento, com grandes aglomerações urbanas e muitas pessoas vivendo em situação de precariedade sanitária e em cenários de baixa renda (BRASIL, 2020i).

Ademais, vale ressaltar que a questão foi analisada a luz dos princípios da precaução e da prevenção, utilizando-se como justificativa e embasamento jurisprudências do próprio Supremo Tribunal Federal, que versam sobre a matéria de tutela ao meio ambiente e à saúde pública (BRASIL, 2020i). Referidos princípios constitucionais são utilizados para as hipóteses que envolvem dúvidas científicas acerca da melhor medida a ser adotada – embora esse não seja o caso – devendo-se observar a necessidade de atenção às medidas preventivas e acautelatórias no trato com a vida humana e solucionar a questão sempre em favor da saúde da população.

Além desses pontos, o ministro chamou atenção para o fato de que a publicidade não tinha a intenção de informar, educar ou orientar a população, pois, ao contrário disso, passava desinformações ao sinalizar como correto a volta dos cidadãos ao trabalho com base em informações inverídicas acerca das reais condições de saúde pública, ao diminuir a gravidade da pandemia (BRASIL, 2020i).

Destaca-se, por fim, o importante trecho em que o ministro dispõe sobre o dever constitucional que possui o Supremo Tribunal Federal em “tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros” (BRASIL, 2020i, p. 16), ao passo que é “dever da União de informar adequadamente o público acerca das situações que colocam em risco a sua vida, saúde e segurança” (BRASIL, 2020i, p. 17).

Expostos os principais pontos levantados na decisão, é possível verificar uma atuação iluminista⁷⁰ do Judiciário, no momento em que dá prioridade à razão e à ciência, ao invés das crenças e vontades de parte minoritária da população. Isso

70 As decisões iluministas são aquelas que não são contramajoritárias, pois não envolvem a invalidação de uma lei específica, nem mesmo são decisões representativas, uma vez que não expressam necessariamente a vontade da maioria, porém, ainda assim, são necessárias para a proteção dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2018).

porque o direito e, conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal, deve observar, de maneira racional e prudente, as conseqüências que eventualmente podem ser danosas às pessoas, caso não se realizassem as providências necessárias para a prestação do serviço de saúde, pois configura um objetivo que não pode ser ignorado pelo Estado.

Na manifestação do ministro Luiz Fux, atual presidente do Supremo Tribunal Federal, quando do seu discurso de posse, nota-se uma inclinação à possibilidade de afastamento das normas legais em períodos de crise, como o atual, quando afirma que “a intervenção judicial em temas sensíveis deve ser minimalista, respeitando os limites de capacidade institucional dos juizes, e sempre à luz de uma perspectiva contextualista, consequencialista, pragmática [...]” (FUX, 2020, <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>).

Além disso, o ministro ressaltou que os tribunais deverão realizar uma interpretação de modo que seja possível analisar as conseqüências que as decisões vão gerar, vejamos:

Imagine um juiz que deu uma liminar permitindo hoje que se realize uma passeata com aglomeração de pessoas. É preciso que o STF estabeleça, é verdade, as liberdades de associação, de reunião, de livre manifestação do pensamento, mas o momento não é de aglomerações para este fim. [...] Os Estados Unidos realizou inúmeras aglomerações nobilíssimas, contra o racismo, muito bem realizadas, mas teve um efeito secundário: aumentou sobremodo o número de mortos e contaminados nos EUA. (FUX, 2020, <https://amaerj.org.br/noticias/fux-vivemos-num-momento-de-excecao-mas-nao-estamos-em-um-estado-de-excecao/>)

Em tempos de pandemia e, principalmente, neste caso relacionado à liminar que decidiu entre a saúde e a economia, existe um dever de não ignorar os princípios de precaução e prevenção diante da probabilidade – ou da certeza – de resultados trágicos. O que se pode concluir é que as reflexões acerca da escolha entre salvar vidas humanas ou salvar a economia nem deveriam estar em pauta, uma vez que as vidas valem por si só, considerando-se, ainda, que são essas vidas que movimentam a economia, nas palavras de Streck:

O dilema é um não-dilema. Uma sobrecarga no SUS é ruim também para economia, para aqueles que adoram fazer cálculos com a vida alheia. Se estiverem corretos, essa gente toda está errada. Pintaram um dilema que não existe para fortalecer a narrativa consequencialista defendida pelo Presidente da República e por parte de seus apoiadores. O dilema não é um dilema.

Para salvar a economia, vão matar o gordinho⁷¹, e a própria economia depois. (STRECK, 2020, <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>)

Neste mesmo norte manifestou-se recentemente o professor e filósofo americano Michael Sandel (2020), o qual critica a forma como os presidentes Jair Bolsonaro e Donald Trump conduzem o combate à crise pandêmica, especialmente no que diz respeito a posição de ambos em subestimar a gravidade da doença e as tentativas de desafiar a autoridade dos governadores em relação ao distanciamento social, chamando atenção, ainda, para o perigo do populismo em momentos de crise como a que vivenciamos e para a importância de um Poder Judiciário forte e independente, capaz de se contrapor a arroubos autoritários.

É importante não desistir do Estado de direito, mesmo durante uma emergência. Nos períodos de crise, há uma tendência de o poder Executivo crescer, às vezes em uma extensão perigosa. Por isso, é importante que o Judiciário permaneça forte e independente, mesmo durante uma crise de saúde pública. Nos Estados Unidos, por exemplo, o presidente Donald Trump afirmou que, como presidente, tem autoridade “absoluta” para enviar as pessoas de volta ao trabalho e à escola em todos os estados. Mas isso é contrário a nossa Constituição, que dá aos governadores dos estados, e não ao presidente, a autoridade para decidir se as escolas e os negócios permanecerão fechados. Espero que o presidente Trump recue dessa reivindicação excessiva de autoridade. Mas, se não o fizer, é importante que a Suprema Corte faça cumprir a Constituição e os limites que impõe ao poder presidencial. (SANDEL, 2020, <https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/sandel-nao-devemos-sacrificar-a-vida-de-alguns-pelo-bem-da-economia/>)

Na tabela abaixo sintetiza-se a análise destas decisões consideradas de grande relevância durante a pandemia e, mais precisamente, durante a vigência do estado de calamidade pública para melhor compreensão, vejamos:

Tabela 3 – Resumo das ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que possuem relação direta com a pandemia da Covid-19

71 No exemplo original do Sandel o desvio causaria a morte de um operário, entretanto, Streck utiliza-se a figura do “gordinho” por critérios isonômicos, não necessitando figurar somente na hipótese em que teria que ser empurrado para a morte, conforme explica em um artigo publicado na revista online Conjur, chamado “Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?”. (STRECK, 2014, <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>)

Ação	Relator	Assunto	Medida Provisória relacionada
ADI 6.341	Marco Aurélio	Competência da União, Distrito Federal, Estados e Municípios no combate à pandemia.	MP 926/2020
ADI 6.342	Marco Aurélio	Flexibilização das regras trabalhista durante a pandemia.	MP 927/2020
ADI's 6.347, 6.351 e 6.353	Alexandre de Moraes	Direito à informação durante a pandemia.	MP 928/2020
ADPF 690		Direito à publicidade e transparência.	
ADI 6363	Ricardo Lewandowski	Flexibilização das regras trabalhista durante a pandemia.	MP 936/2020
ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393	Rosa Weber	Direito à proteção de dados pessoais.	MP 954/2020
ADPF 709	Luís Roberto Barroso	Direito de proteção aos povos indígenas.	
ADPF's 668 e 669	Luís Roberto Barroso	Direito à informação	

Neste sentido e, após o teor das decisões analisadas, é afirmar ser de extrema importância a vigilância pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir que os limites para as possíveis restrições aos direitos fundamentais sejam proporcionais e que haja uma ponderação entre meios e fins. Ainda, verifica-se, ainda, que seus argumentos se centram, em verdade, nas violações dos direitos fundamentais e não nos limites de atuação do Tribunal. Além disso, cabe ressaltar que não se percebe, nas decisões, a

definição dos limites possíveis para restrições de direitos fundamentais e ponderações, ficando o debate mais centrado na proteção ampla dos direitos.

Ainda assim, pontua-se, restou evidenciado o dever que o Supremo Tribunal Federal possui, enquanto guardião e intérprete último da Constituição Federal, em manter - mesmo em tempos excepcionais e diante de situações que demandam urgência - os postulados constitucionais. O reforço desse entendimento merece destaque especialmente em períodos como os hoje vivenciados, em que se percebe a fragilidade da democracia e a instabilidade das instituições.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como constatou-se, o decreto de estados de calamidade pública para o enfrentamento da Covid-19 configurou-se como sendo o instrumento mais adequado para a adoção das medidas de isolamento/distanciamento social, mesmo que em alguns momentos fosse necessário a instauração *lockdown*. Isso porque, por meio do estudo realizado, os mecanismos de defesa constantes no texto constitucional brasileiro, quais seja: o estado de defesa e o estado de sítio, representaram medidas que podem ser consideradas inapropriadas a este momento excepcional, dadas suas particularidades e pressupostos, bem como em razão da crise sanitária provocada pela pandemia da Covid-19 não se encaixar nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

Além disso, verifica-se que a jurisdição constitucional assume papel de destaque no Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo como figura central o Supremo Tribunal Federal, o qual é incumbido das funções de guarda da Constituição, da garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. O protagonismo institucional do Judiciário ficou em evidência nos últimos anos e acentua-se ainda mais em períodos excepcionais – como a pandemia do coronavírus. Isso ocorre justamente em razão da necessidade de controle de escolhas políticas e das decisões tomadas – por exemplo, por meio de Medidas Provisórias – que porventura restrinjam indevidamente direitos garantidos constitucionalmente.

Diante de tal conjuntura, fenômenos como os da judicialização e do ativismo judicial são postos ao debate, tendo se constatado que, muito embora sejam, com frequência, utilizados como sinônimos, não o são. A judicialização trata-se da jurisprudencialização, do ganho de importância das decisões judiciais e da atividade interpretativa, relacionando-se diretamente com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e com os instrumentos previstos para a sua garantia. O fenômeno do ativismo, por sua vez, vincula-se muito mais com uma postura interna adotada pelos ministros do Tribunal, que assumem uma postura mais ativa e potente.

Além disso, a situação gerada pela emergência sanitária gerou um grande acervo de normas e medidas de ordem judicial, legislativa, administrativa e orçamentária que revelam a grande excepcionalidade do momento. Tais medidas de exceção, que foram adotadas tanto não só na esfera federal como também na estadual e municipal, contaram, para sua execução, com a ação conjunta de diversos

poderes, e evidenciou diversos impactos na economia, na saúde e, especialmente, na vida das pessoas.

Há de mencionar, ainda, que atitude recalcitrante do Governo Federal influenciou no incremento da doença e, em muitos momentos, teve suas condutas desautorizadas pelo Judiciário. Em outras ocasiões, foi pressionado a agir por governantes, que resistiram à atitude negacionista que o Presidente da República adotou persistentemente. Desta maneira, a forma de enfrentamento da crise adotado pelo Brasil demonstrou, também, que o poder central, notadamente o Poder Executivo Federal, não é necessariamente o protagonista no comando das medidas de combate à pandemia, como ocorreria em um estado de exceção.

Desta forma, retomando-se o questionamento que originou o estudo, qual seja: “como o Supremo Tribunal Federal, durante a vigência do estado de calamidade relativo à pandemia do Coronavírus, tem se posicionado e quais os argumentos utiliza na fundamentação de suas decisões quanto às Medidas Provisórias editadas pelo governo federal, propostas com fundamento na crise, durante a vigência do estado de calamidade, quando em jogo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais?”, é possível concluir que seus argumentos se centram, em verdade, nas violações dos direitos fundamentais e não nos limites de atuação do Tribunal. Além disso, cabe ressaltar que não se percebe, nas decisões, a definição dos limites possíveis para restrições de direitos fundamentais e ponderações, ficando o debate mais centrado na proteção ampla dos direitos.

De todo modo, faz-se constar que as restrições estabelecidas ao exercício de direitos fundamentais – a exemplo das medidas que caracterizavam o *lockdown* - encontram justificativa na necessidade de preservar o interesse do bem comum, o qual mostrou-se ameaçado em diversos períodos durante o estado de calamidade, em razão do risco de propagação do vírus que revelou possuir altos índices de contaminação. Neste sentido, há uma análise de ponderação de direitos, uma vez que as restrições visaram evitar o colapso no sistema de saúde e resguardar sua capacidade de resposta, além de buscar a facilitação na implementação de políticas públicas que tornem efetivo o direito constitucional à vida e à saúde – direitos esses que assumem especial relevância em uma crise sanitária.

Ainda assim, pontua-se, restou evidenciado o dever que o Supremo Tribunal Federal possui, enquanto guardião e intérprete último da Constituição Federal, em manter - mesmo em tempos excepcionais e diante de situações que demandam

urgência - os postulados constitucionais. O reforço desse entendimento merece destaque especialmente em períodos como os hoje vivenciados, em que se percebe a fragilidade da democracia e a instabilidade das instituições.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade**. In: Revista dos Tribunais, vol. 1022/2020, p. 103 – 124, dez., 2020.
- ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira; FERNANDES, Ricardo Yamin. **Atuação do STF na pandemia do Covid-19. Fine line entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial**. In: Revista dos Tribunais, vol. 1020/2020, outubro de 2020.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Bontempo, 2004.
- AGÊNCIA SENADO. **Em ano de pandemia, governo envia e 'perde' número recorde de MPs**. In: Senado Notícias, 29 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/29/em-ano-de-pandemia-governo-envia-e-perde-numero-recorde-de-mps>. Acesso em: 15 de maio de 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de fundamentación jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2007.
- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Tradução: Luís Afonso Heck. In: R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 1999.
- ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Tradução: Luís Afonso Heck. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999.
- ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. In: Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.
- AZEVEDO, Douglas Matheus de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Noções de “dever de proteção” do Estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 - n. 2 - mai-ago 2016.
- BALDI, Carlo. **Estado de sítio (verbete)**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Vol. 1. Tradução de Carmen C. Varriale [et al.]; coordenação da tradução João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOSICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais**. In: EJJL, v. 17, n. 3, p. 733-752, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. 1.Ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 08 de março de 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político, Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenado**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção?** In: Seqüência (Florianópolis), n. 84, p. 183-208, abr. 2020

BOGDANDY, Armin von; CASAL, Jesús María; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **La Resistencia del Estado Democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de Covid-19: Un enfoque desde el ius commune**. MPIL Research Paper Series No. 2020-35.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. **O dever de proteção aos direitos fundamentais no direito privado: análise concreta**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 2: 172-189, jun./dez. 2017.

BOGDANDY, Armin von; CASAL, Jesús María; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **La Resistencia del Estado Democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de Covid-19: Un enfoque desde el ius commune**. MPIL Research Paper Series No. 2020-35.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estudos avançados, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.

BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as Constituições Alemã, Norte-americana e Brasileira**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 123-142, jul. 2007. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/184/143>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011**. Dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7616.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029 Distrito Federal**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “a”

BRASIL. **Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art44. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “b”

BRASIL. **Decreto nº 06, de 20 de março de 2020**, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “c”

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “d”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 663 Distrito Federal**. Rel. Min.

Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/03/ADPF-663.pdf.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “e”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/executivo-nao-impedir-isolamento.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “f”

BRASIL. **Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em: 09 de setembro de 2021. “g”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.351 Distrito Federal**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2020/03/adi-6351-lei-de-acesso-as-informacoes.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “h”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669 Distrito Federal**. Rel. Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “i”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312985>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “j”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754438956>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “k”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “l”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/executivo-nao-impedir-isolamento.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “m”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Painel de Ações Covid 19**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “n”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo da Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro**. Min. Rel. Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312998&prcid=5816502>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “o”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo por temas - Sessões de 1º a 30 de abril de 2020**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2021 “p”

BRASIL. **Resolução da Câmara dos Deputados nº 14, de 2020**. Institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/int/rescad/2020/resolucaodacamardosdeputados-14-17-marco-2020-789854-publicacaooriginal-160143-pl.html>. Acesso em: 18 de outubro de 2021. “q”

BRASIL. **Ato da Mesa nº 123, de 20/03/2020**. Regulamenta a Resolução nº 14, de 2020, que institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2020/atodamesa-123-20-marco-2020-789867-publicacaooriginal-160171-cd-mesa.html>. Acesso em: 18 de outubro de 2021. “r”

BRASIL. **Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2020**. Institui o Sistema de Deliberação Remota do Senado Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/arquivos/2020/03/17/ato-da-comissao-diretora-no-7-de2020>. 18 de outubro de 2021. “s”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 661 Distrito Federal**. Min. Rel. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755531784>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “t”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 663 Distrito Federal**. Min. Rel.

Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/03/ADPF-663.pdf.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “u”

BRASIL. **Legislação COVID-19**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “v”

BRASIL. **Medida Provisória Nº 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “x”

BRASIL. **Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “w”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “y”

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927impressao.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “z”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.377 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decisoes-258042571>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “A”

BRASIL. **Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “B”

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936impresao.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “C”

BRASIL. **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “D”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363 Distrito Federal.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/F690FC055CFCE3_ADI6363.pdf. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “E”

BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020.** Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954impresao.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “F”

BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020.** Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da **covid-19**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966impresao.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “G”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.427 Distrito Federal.** Rel. Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371959>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “H”

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.003, de 24 de setembro de 2020.** Autoriza o Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-

19 - Covax Facility. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1003impressao.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “I”

BRASIL. **Lei nº 14.121, de 1º de março de 2021**. Autoriza o Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 (Covax Facility) e estabelece diretrizes para a imunização da população. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14121.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “J”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 Distrito Federal**. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “K”

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.005, de 30 de setembro de 2020**. Dispõe sobre o estabelecimento de barreiras sanitárias protetivas de áreas indígenas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1005.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “L”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo Na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.347 Distrito Federal**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753469020>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “M”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 690 Distrito Federal**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755370307>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “N”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.agfadvice.com.br/wp-content/uploads/2020/09/Decisao-Marco-Aurelio.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “O”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.764 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/9DF042F0DF1056_ADI6764-Decisao.pdf. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “2021a”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811 São Paulo**. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/4/6D53E6448B0092_voto-gilmar.pdf. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “2021b”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 Distrito Federal**. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2021/03/stf-ADPF709-resolucao04.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2021. “2021c”

CALCINI, Ricardo. **Medida Provisória 927 perde a validade neste fim de semana — veja o que muda**. In Consultor Jurídico, 19 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-19/mp-927-perde-validade-nesse-fim-semana-veja-muda>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **O Estado de Necessidade Econômico-Financeiro e os Direitos Fundamentais**. Revista da DPU, nº 45, Maio-Jun, pp. 9-40, 2012.

CASARA, Ruben R.R. **Estado Pós-Democrático - Neo-Obscurantismo E Gestão Dos Indesejáveis**. São Paulo, 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Anpocs, 1997.

CEPEDISA/FSP/USP; CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Direitos na pandemia. Mapeamento e Análise das Normas Jurídicas de Resposta à Covid-19 no Brasil**. São Paulo, Boletim 10, 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the law: philosophy and literature. The experience of that which one cannot experience**. Proquest-UMI: Ann Arbor, 2004.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Covid-19 e democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo**. In: O direito público em tempos pandêmicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020.

EL PAÍS. **Itália pagou preço alto ao resistir a medidas de isolamento social para conter coronavírus**. In: Jornal Online El País, 25 de março de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-25/italia-pagou-preco-alto-ao-resistir-a-medidas-de-isolamento-social-para-conter-coronavirus.html>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

ESTADÃO. **Aras cita "Estado de Defesa" e competência do Congresso sobre impeachment**. Publicado em: 20/01/2021. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aras-cita-estado-de-defesa-e-competencia-do-congresso-sobre-analise-de-impeachment/>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

FARACO, Marina. **Poder Judiciário e crise hídrica no Brasil: o protagonismo judicial no controle das políticas públicas.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC. Ano 9, n. 33, set/dez, pp. 647-667, 2015.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **The law of the exception: A typology of emergency powers.** Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 2, Number 2, 2004, pp. 210–239.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANKENBERG, Gunter. **Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de direito e o estado de exceção.** Tradução de Gercelia Mendes. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

G1. Ato pró-Bolsonaro em Brasília reúne manifestantes em defesa de medidas inconstitucionais. Publicado em 31/05/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/31/manifestantes-fazem-ato-em-brasilia-em-apoio-a-bolsonaro-e-em-defesa-de-medidas-inconstitucionais.ghtml>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

G1. Política - Golpe de 1964 fez do Supremo um 'enfeite institucional'. Publicado em 30/03/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.html>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

GARGARELLA, Roberto. ROA, Jorge Erneste Roa. **Diálogo democrático y emergencia em América Latina.** In: MPIL Reserarch Paper Series, n. 2020-21, p. 1-30, 2020.

GARGARELLA, Roberto. **Revisão judicial em democracias defeituosas.** In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 9, n. 2, p.153-169, 2019.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Multideia, 2013.

GINSBURG, Tom; VESRTEEG, Mila. **Binding the unbound executive: checks and balances in time of pandemic.** Jun. 2020. University of Virginia School of Law. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3608974>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

GONZATTO, Marcelo. **Linha do tempo: veja a evolução da covid-19 no mundo ao completar um ano.** In: GZH Saúde, 31/12/2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/12/linha-do-tempo-veja-a-evolucao-da-covid-19-no-mundo-ao-completar-um-ano-ckjbv0iwx009o019w4kx1h0cd.html>. Acesso em 08 de novembro de 2021.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARARI, Yuval Noah. **Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade** (Breve Companhia). Tradução: Odorico Leal. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004

HOLMES, Stephen. **In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror**. California Law Review, vol. 97, n. 2, p. 301-355, 2009, p. 302.

ICNL - The International Center for Not-for-Profit Law. **Coronavirus & Civic Space**. Disponível em: <https://www.icnl.org/coronavirus-response>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **O estado de exceção provocado por uma emergência imotivada**. Artigo de Giorgio Agamben. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596584-o-estado-de-excecao-provocado-por-uma-emergencia-imotivada>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

JOTA. **Leia a íntegra do parecer da OAB contra a possibilidade de estado de sítio**. Publicado em 21/03/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/leia-a-integra-do-parecer-da-oab-contr-a-possibilidade-de-estado-de-sitio-21032020>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAWSON, Gary. **Ordinary powers in extraordinary times: common sense in times of crisis**. Boston University Law Review 87, nº 2 – April, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **El Supremo Tribunal Federal brasileño y la pandemia: Estado de derecho y restricción de derechos fundamentales**. In: Constitución y emergencia sanitaria. Lima: Palestra Editores, 2020, p. 53-68.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente "un activismo" o "el" activismo**. Estudios constitucionales, Santiago, v.10, n. 2, p. 429-454, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. **“Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica**. In:

Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. **Déficits democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, democracia e corrupção: equações complexas**. In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019.

LOWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, São Paulo: Boitempo, 2005.

MAIA FILHO, Mamede Said. **Medidas de Emergência no Contexto da Covid-19**. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade - Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução do original em língua alemã de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. In: Revista Novos Estudos. Edição 58, nov., 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais**. Revista Consultor Jurídico, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 12 de abril de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

MORAES, Maria Valentina de; ALVES, Marcia Fernanda. Indígenas e Pandemia Covid-19 sob as Lentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal: Articulação Internacional? In: **Faces da pandemia de COVID-19 nas relações internacionais e no direito internacional** [livro eletrônico] / organização Vinicius Villani Abrantes. Campina Grande: Editora Amplla, 2021. p. 157-179.

METROPOLES. **Bolsonaro em ação no STF: decretos do DF, RS e BA são estado de sítio.** Publicado em: 19/03/2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/bolsonaro-em-acao-no-stf-decretos-do-df-ba-e-rs-sao-estado-de-sitio>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito à Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NOTÍCIAS UOL. **Mandetta, Teich, Pazuello e Queiroga: os 4 ministros da Saúde da pandemia.** Publicado em 15/03/2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/15/mandetta-teich-pazuello-e-queiroga-os-4-ministros-da-saude-da-pandemia.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

O GLOBO. **Linha do tempo mostra os principais fatos da pandemia no Brasil.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/linha-do-tempo-mostra-os-principais-fatos-da-pandemia-no-brasil-24897725>. Acesso em 08 de novembro de 2021.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 126, jan./abr. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

ROSSITER, Clinton. **Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies.** Nova York, Harcourt Brace, 1948.

SALTO, Felipe. **Pandemia põe em xeque teto constitucional de gastos públicos.** In: Senado Notícias, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/pandemia-poe-em-xeque-teto-constitucional-de-gastos-publicos>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

SANDEL, Michael J. **Não devemos sacrificar a vida de alguns pelo bem da economia.** In: Revista Veja, 05 de junho de 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/sandel-nao-devemos-sacrificar-a-vida-de-alguns-pelo-bem-da-economia/>. Acesso em: 29 de novembro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA – Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental.** Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva (1).** Revista Consultor Jurídico, 15 de janeiro de 2021.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva (2)**. Revista Consultor Jurídico, 5 de fevereiro de 2021.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019..

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCHIMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk, coordenador e supervisor Luiz Moreira, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016.

SILES, Abraham. **La implacable erosión institucional: em estado de emergencia en la Constitución peruana ante amenazas de naturaleza política a inicios del siglo XXI**. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **O Judiciário, a interferência e a separação de poderes**. Revista Consultor Jurídico, 04 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>. Acesso em: 12 julho 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e. **STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus**. Revista Consultor Jurídico, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisdicao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?** In: Consultor Jurídico, 02 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>. Acesso em: 21 de novembro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?** In: Consultor Jurídico, 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>. Acesso em: 21 de novembro de 2020.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Defesa (verbete)**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Vol. 1 Tradução de Carmen C. Varriale [et al.]; coordenação da tradução João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Revista Direito Gv, São Paulo. pp. 441-464, jul-dez, 2008.

WADA, Ricardo Morishita; TELES, Carlos André Coutinho; TOSTES, Eduardo Chow de Martino. **As Decisões Monocráticas do Supremo Tribunal Federal em Tempos de Pandemia – A Necessária Deliberação Suficiente**. In: RDP, Brasília, Volume 17, n. 94, 75-99, jul./ago. 2020.

ANEXO I

**LINHA DO TEMPO DA COVID-19 NO BRASIL, COM OS PRINCIPAIS
ACONTECIMENTOS OCORRIDOS NO ANO DE 2020****DIA 31 DE DEZEMBRO DE 2019**

Primeiro relato oficial à Organização Mundial da Saúde na China acerca de uma pneumonia misteriosa na cidade de Wuhan.

DIA 02 DE FEVEREIRO DE 2020

O governo brasileiro iniciou a retirada de brasileiros de Wuhan, epicentro do coronavírus.

DIA 26 DE FEVEREIRO DE 2020

O primeiro caso de Covid 19 no Brasil é confirmado pelo Ministério da Saúde.

DIA 11 DE MARÇO DE 2020

Declaração oficial de pandemia de coronavírus pela Organização Mundial da Saúde, em razão dos níveis alarmantes de propagação em diferentes países.

DIA 12 DE MARÇO DE 2020

O primeiro óbito no Brasil causado pelo novo coronavírus foi anunciado pelo Governo Federal.

DIA 20 DE MARÇO DE 2020

Estado de calamidade pública reconhecido por meio do Decreto nº 06 de 2020.

DIA 24 DE MARÇO DE 2020

Durante o crescente avanço da pandemia no Brasil e no mundo, Jair Bolsonaro afirmou que a Covid-19 tratava-se de um “gripezinha” e que, caso se infectasse pelo vírus, não precisaria se preocupar devido ao seu “histórico de atleta”. Em razão disso, o Presidente mencionou a necessidade de conter o "pânico e histeria" vivenciado no país.

DIA 02 DE ABRIL DE 2020

A marca de 1 milhão de infectados em 171 países de todos os continentes é atingida, somando cerca de 51 mil mortes.

DIA 16 DE ABRIL DE 2020

O ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, anuncia sua demissão em rede social, em razão de apresentar divergências com Jair Bolsonaro nas estratégias de enfrentamento à doença.

DIA 24 DE ABRIL DE 2020

Sergio Moro pede demissão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, após pouco mais de um ano no cargo, por entender que a decisão do presidente Jair Bolsonaro em retirar Maurício Valeixo do cargo de diretor da Polícia Federal se tratava de uma tentativa de interferir politicamente na Polícia Federal.

DIA 03 DE MAIO DE 2020

Participação do presidente Jair Bolsonaro em uma manifestação antidemocrática e inconstitucional contra o Supremo Tribunal Federal e o Congresso em frente ao Palácio do Planalto.

DIA 09 DE MAIO DE 2020

Em menos de 3 meses após o primeiro registro no país, registrou-se a marca de 10 mil pessoas mortas em decorrência da doença causada pelo novo coronavírus e, ainda, na mesma ocasião, quase 156 mil pessoas já haviam sido infectadas.

DIA 15 DE MAIO DE 2020

Nelson Teich, o então ministro da saúde, se demite menos de um mês após assumir o cargo. Em seu lugar, entrou Eduardo Pazuello.

DIA 17 DE JUNHO DE 2020

A OMS anuncia a interrupção definitiva de testes com hidroxiclороquina após avaliar que não reduz a mortalidade. Ainda assim, o medicamento segue como pilar da estratégia do governo brasileiro contra o vírus.

DIA 19 DE JUNHO DE 2020

Brasil atingiu a marca de 1 milhão de infectados. Neste dia, o país registrou 1.204 óbitos em apenas 24 horas.

DIA 20 DE JUNHO DE 2020

Neste dia a primeira brasileira recebeu a vacina de Oxford em teste contra a Covid-19. O imunizante foi aprovado neste dia para uso emergencial no Brasil e incluída no Programa Nacional de Imunização (PNI), em teste contra o coronavírus.

DIA 07 DE JULHO DE 2020

O presidente Jair Bolsonaro testou positivo para Covid-19, após apresentar febre de 38°C, dores musculares e cansaço. Na época, Bolsonaro afirmou ter sido medicado com hidroxiclороquina.

DIA 24 DE JULHO DE 2020

O presidente Jair Bolsonaro passou a fazer apologia ao uso de hidroxicloroquina, sem qualquer comprovação científica do seu benefício no tratamento da Covid-19. Bolsonaro chegou a ser flagrado mostrando o medicamento a emas no jardim do Palácio da Alvorada, em Brasília.

DIA 25 DE JULHO DE 2020

Segundo dados do Ministério da Saúde, neste dia, houve o pico da 1ª onda da Covid-19 no país, ou seja, registrou-se o maior número de óbitos de toda a pandemia, quando 7.677 pessoas foram mortas pelo novo coronavírus.

DIA 31 DE JULHO DE 2020

A Fiocruz e o laboratório AstraZeneca assinaram acordo para transferência de tecnologia e produção do imunizante contra a Covid-19, chamado de vacina de Oxford.

DIA 08 DE AGOSTO DE 2020

O país atinge a marca de 100 mil mortes em decorrência do novo coronavírus. Na ocasião, o Senado Federal decretou luto oficial de quatro dias no Congresso Nacional.

DIA 11 DE AGOSTO DE 2020

Neste dia, a Rússia informou o registro da primeira vacina contra a doença, mesmo sob desconfiança da comunidade científica, que possuíam receio de que haviam sido puladas etapas no desenvolvimento do imunizante.

DIA 28 DE SETEMBRO DE 2020

Desde o início da pandemia, o mundo registrou neste dia, mais de um milhão de mortos. Além disso, conforme constam nos registros oficiais, neste mesmo período, cerca de 22,7 milhões de infectados conseguiram se recuperar.

DIA 17 DE OUTUBRO DE 2020

Itália e Espanha retomam restrições após a segunda onda de coronavírus ampliar número de infectados e mortos na Europa.

DIA 21 DE OUTUBRO DE 2020

Em razão de uma disputa política travada João Doria, governador de São Paulo, o presidente Jair Bolsonaro desautorizou o ministro da Saúde a comprar vacinas CoronaVac, produzida pelo Instituto Butantan, que está ligado ao governo paulista.

DIA 24 DE NOVEMBRO DE 2020

O país superou o número de 170 mil mortes causadas pelo coronavírus, enquanto a taxa de transmissão do vírus é considerada a maior desde o mês de maio.

DIA 08 DE DEZEMBRO DE 2020

Esta data marcou pelo fato do Reino Unido ser o primeiro país a iniciar uma campanha de vacinação em massa. O imunizante escolhido, a Pfizer, foi clinicamente aprovada. Dias após, o país também tornou-se o primeiro a aprovar o uso da vacina de Oxford.

DIA 17 DE DEZEMBRO DE 2020

Questionando a eficácia e citando efeitos colaterais das vacinas contra o novo coronavírus, o presidente Jair Bolsonaro afirma sobre a possibilidade de “virar jacaré” após uso dos imunizantes, especialmente a Pfizer.

DIA 31 DE DEZEMBRO DE 2020

Fim da vigência do Decreto nº 6 de março 2020 e, conseqüentemente, fim do estado de calamidade pública no Brasil.