



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES – LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luciana Féres Castelo

Rio de Janeiro
2022

LUCIANA FÉRES CASTELO

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES – LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada como exigência
para conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora:

Prof^ª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro

2022

LUCIANA FÉRES CASTELO

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES – LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador - Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Professor – Rafael Mario Iorio Filho – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Professor - Guilherme Braga Peña de Moraes - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).
DEDICATÓRIA

Aos meus pais e à minha irmã, pelo apoio, amor e carinho de sempre.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à minha família. Eu literalmente não seria nada sem vocês. Sinto que eu falho em demonstrar o suficiente o quanto eu valorizo o esforço de vocês, mas é porque me parece óbvio e nada do que eu fizer ou disser vai alcançar o sentimento. De todo modo, fique aqui registrado que eu amo vocês. Em especial à minha mãe, mamoca, moca, amor da minha vida, que sempre me incentiva e ajuda a ver o lado bom das coisas e dá força para seguir em frente, te amo do fundo do meu coração, nada no mundo vai nos separar. À Jujuba, baixinha abusada que acha que psicologicamente é a irmã mais velha, que acredita mais em mim do que eu mesma, a mais linda, inteligente, e a pessoa com maior sensibilidade que eu conheço. Papai, fofo, aquele que me lembra que eu não faço mais do que a obrigação, que me apoia do seu jeito. Quero que saibam que eu sou muito grata por tê-los em minha vida. Aos meus amigos, que eu admiro muito, mesmo com a distância, estão no meu coração, torço sempre por vocês.

Gostaria de agradecer ao professor Guilherme Peña, que me orientou neste trabalho, buscando ajudar, sem com isso restringir a liberdade intelectual. E a quem eu sempre escuto as lições em qualquer oportunidade, pois todas as suas aulas são magistrais, com a mais perfeita sequência de raciocínio, admiro demais o seu trabalho.

Também gostaria de agradecer à professora Mônica C. F. Areal, que prestou muita atenção e cuidado nas correções da formatação deste trabalho, para cumprir com as exigências de excelência exigidas pela Emerj. A gratidão se estende aos demais funcionários da instituição, que se portam com bastante cordialidade e buscam solucionar as eventuais questões que se avultam, da forma mais célere possível.

“The success of a society is to be evaluated primarily by the freedoms that members of the society enjoy.” - O sucesso de uma sociedade deve ser avaliado primariamente pelas liberdades que os membros da sociedade usufruem.
- Amartya Sen. Desenvolvimento como liberdade.

“The opposite of a correct statement is a false statement. But the opposite of a profound truth may well be another profound truth.” - O oposto de uma afirmativa correta é uma afirmativa falsa. Mas o oposto de uma verdade profunda pode perfeitamente ser outra verdade profunda.

- Niels Bohr. Discussion with Einstein on Epistemological Problems in Atomic Physics.

SÍNTESE

As relações jurídicas foram profundamente impactadas pela pandemia do Coronavírus, acarretando uma série de legislações extraordinárias para lidar com o inesperado, que não era de todo imprevisível, tendo em vista ter começado a se espalhar pelo mundo em 2019. Essa situação de insegurança jurídica evoca a necessidade de reavaliar as formas pelas quais o ordenamento jurídico brasileiro preserva os direitos fundamentais e até que ponto os seus limites podem ser dilargados, conservando o seu mínimo existencial, destacadamente, quais as flexibilizações que a decretação de calamidade pública autoriza em um Estado Democrático. Assim como, as formas pelas quais os administradores públicos podem ser responsabilizados pelas suas decisões, mesmo que a princípio sejam discricionárias, analisar o controle exercido sobre elas, em vistas, em última instância, à preservação dos direitos fundamentais. Buscando por fim compreender por quais institutos, previstos na Constituição brasileira, pode-se ou deve-se passar, se o estado se sítio seria o estágio limite, ou se seriam institutos específicos para cada situação, se há um encadeamento lógico entre eles, e, como o núcleo dos direitos fundamentais são mantidos nesse percurso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Sistema de crises; Calamidade Pública; Direitos Fundamentais.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACO – Ação Cível Originária
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg – Agravo Regimental
AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo
AI – Ato Institucional
Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art. – Artigo
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CTN – Código Tributário Nacional
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
DOI-CODI – Destacamento de Operações de Informação-Centro de Operações de Defesa Interna
Dr. – Doutor
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
HC – Habeas Corpus
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Inq. – Inquérito
LC – Lei Complementar
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados
MCI – Marco Civil da Internet
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Nº – Número
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
P. – Página
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
PGR – Procurador-Geral da República
PNI – Programa Nacional de Imunizações

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado
RE – Recurso Extraordinário
Red. – Redator
Rel. – Relator
Res. – Resolução
Resp – Recurso Especial
RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus
RJ – Rio de Janeiro
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SV – Súmula Vinculante
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS – DELIMITAÇÃO DOS SEUS NÚCLEOS ESSENCIAIS.....	11
1.1. Direito de reunião	14
1.2. Sigilo de correspondência e das comunicações	27
1.3. Direito de ir e vir	34
1.4. Direito de propriedade	40
2. CONTROLE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS.....	48
2.1. Possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário	49
2.2. Controle Preventivo	55
2.3. Controle Concomitante	60
2.4. Controle Sucessivo	65
3. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES.....	72
3.1. Estado de defesa e Estado de Sítio	73
3.2. Intervenção Federal	79
3.3. Estado de Calamidade pública	82
3.4. Lockdown	87
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca na insegurança jurídica que perpassa a pandemia, o intuito é aclarar os institutos dispostos na Constituição Federal, que se relacionam com o conceito de calamidade pública. Para que desse modo, em face de eventuais novas situações drásticas que se apresentem, haja marcos mais bem delineados para lidar com elas, da melhor forma possível. A despeito de ser impossível estar de todo preparado para o imprevisível.

Objetiva-se debater os limites dos direitos fundamentais em situações de crise, assim como os limites dos agentes incumbidos de exercer as opções em nome da coletividade, a possibilidade de responsabilização e controle. Percebe-se um distanciamento entre o proposto no texto constitucional e a realidade fática, e também um despreparo, mesmo a nível teórico, para uma situação como a pandemia do coronavírus.

Para esse fim, utiliza-se de fontes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a investigar se o argumento de que a necessidade excepcional permitiria, ou até obrigaria, atuações mais incisivas por parte do Poder Público nos direitos fundamentais, buscando delimitar quais seriam as balizas para tanto.

A sequência de raciocínio é passar pelo delineamento dos avanços que foram feitos em termos de alcance dos direitos fundamentais no direito constitucional, apenas os que foram previstos na Constituição como passíveis de restrição em situações excepcionais. Em seguida, como as escolhas são feitas, como é o encaixe na moldura, para que seja decretada a restrição excepcional, o controle exercido sobre os responsáveis. Por fim, quais as “opções” que o administrador dispõe de “escolha”, o sistema constitucional de crise em si, e, se o ordenamento jurídico comporta outras maneiras de lidar com uma crise na saúde, que se estende por longo período de tempo.

O primeiro capítulo é centrado na identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, nomeadamente os direitos negativos, que implicam em uma não ação estatal para que sejam respeitados. A escolha da análise da extensão desses direitos, em específico, ocorre em virtude de terem restrições previstas constitucionalmente nas hipóteses de estado de exceção ou de legalidade extraordinária, não se podendo supor qualquer hierarquização entre as dimensões dos direitos fundamentais. Desta forma, estabelece-se paralelos entre a crise e a “normalidade”.

No segundo capítulo, passa-se a perscrutar por quais formas os administradores públicos podem ser responsabilizados pelas suas decisões. Tendo em vista que as escolhas

feitas em uma situação de crise ganham contornos ainda mais dramáticos. Questiona-se, se mesmo que a princípio as decisões sejam discricionárias, se haveria a possibilidade de controle concomitante, para assim evitar danos irreparáveis. Vinculando-se as escolhas dos agentes públicos ao dever de preservação dos direitos fundamentais. Para tanto, esmiuçar o conceito de erro grosseiro, assim como o de calamidade pública.

O terceiro capítulo avalia o arcabouço constitucional para situações de crise. Se haveria um patamar em que cada um se situe, ou, se seria o caso de se amoldarem a cada circunstância fática. Buscando compreender por quais institutos previstos na Constituição Federal pode-se ou deve-se passar, se o estado de sítio seria o estágio limite, ou se seriam específicos para cada situação, se há um encadeamento lógico entre eles, e, como o núcleo dos direitos fundamentais são mantidos nesse percurso. Qual seria a extensão da afirmativa do PGR no sentido de que o estado de calamidade pública seria a “antessala do estado de defesa”. A intervenção federal ou estadual, em tese não interfere no exercício de direitos fundamentais, apenas na autonomia dos entes, todavia a violação de determinados direitos são hipóteses de sua decretação; e, como se trata de situação que ocorreu na prática, duas vezes (Rio de Janeiro e Roraima) desde a promulgação da Constituição democrática, será conveniente o seu estudo nesse contexto. Apreciando, também, a constitucionalidade do *lockdown*.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e o indutivo, tendo em vista que são levantadas proposições hipotéticas, viáveis e adequadas, para analisar o objeto da pesquisa, com o propósito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. E também, a partir de afirmativas específicas, premissas menores, chegar a conclusões mais amplas, alcançando um panorama mais abrangente da situação de crise.

Sob essa perspectiva, a abordagem desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, por aprofundar a análise dos institutos em apreço; valendo-se da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a tese. Tanto com base nos conhecimentos sedimentados em livros, quanto em artigos que vem sendo produzidos continuamente, que buscam dar sentido às mudanças nas relações jurídicas que vêm se adaptando às mutações do vírus.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS – DELIMITAÇÃO DOS SEUS NÚCLEOS ESSENCIAIS

Quando ocorrem situações de crise, traduzidas por agitações sociais, políticas econômicas, ideológicas ou afins, acarretam restrições a direitos fundamentais ou suspensão de garantias constitucionais, criando um sistema de legalidade extraordinário.¹ A questão que se impõe é o grau de restrição que se pode impor a maior do que no regime de legalidade ordinária, ou seja, a intensidade dessas limitações.

Agamben² desenvolve sua perspectiva sobre o estado de exceção, formando um conceito amplo, para ele, o estado de exceção se arrasta desde a Primeira Guerra Mundial chegando até o presente, e o Ocidente estaria se encaminhando para uma nova Guerra Mundial. O presente trabalho reconhece que há diversos problemas nas Democracias Ocidentais, todavia ao se referir ao estado de exceção ou de legalidade extraordinária, estar-se-á fazendo referência a uma situação excepcional, e não aos desrespeitos aos direitos humanos recorrentes, trabalhando com um conceito mais restrito, em uma perspectiva menos radical.

Será usado um conceito mais próximo ao conceito de Humberto Peña, para quem “O estado de defesa não encerra situação de arbítrio, senão mecanismo que objetiva, finalisticamente, a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional, atendidas as situações que autorizam a sua decretação.”³ Tendo em vista que os institutos por si só não configuram arbítrio, será analisado o alcance dos direitos fundamentais, buscando compreender o quanto podem ser flexibilizados; de modo que se reconhece que esses institutos podem, eventualmente, servir de mote à arbitrariedade, por administradores inábeis ou de má-fé.

¹MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 390.

²AGAMBEN, Giorgio. Tradução Iraci D. Poletti. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 131/132.

Não se trata, naturalmente, de remeter o estado de exceção a seus limites temporal e espacialmente definidos para reafirmar o primado de uma norma e de direitos que, em última instância, tem nele o próprio fundamento. O retorno do estado de exceção efetivo em que vivemos ao estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora são os próprios conceitos de "estado" e de "direito". Mas, se é possível tentar deter a máquina, mostrar sua ficção central, é porque, entre violência e direito, entre a vida e a norma, não existe nenhuma articulação substancial. Ao lado do movimento que busca, a todo custo, mantê-los em relação, há um contramovimento que, operando em sentido inverso no direito e na vida, tenta, a cada vez, separar o que foi artificial e violentamente ligado. No campo de tensões de nossa cultura, agem, portanto, duas forças opostas: uma que institui e que põe e outra que desativa e depõe. O estado de exceção constitui o ponto da maior tensão dessas forças e, ao mesmo tempo, aquele que, coincidindo com a regra, ameaça hoje torná-las indiscerníveis. Viver sob o estado de exceção significa fazer a experiência dessas duas possibilidades e entretanto, separando a cada vez as duas forças, tentar, incessantemente, interromper o funcionamento da máquina que está levando o Ocidente para a guerra civil mundial.

³MORAES, Humberto Peña de. Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 8.

O intuito, ao tratar o estado de exceção a casos mais restritos, é rememorar que a despeito das diversas dificuldades em colocar em prática os direitos propalados nas leis, e na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), não se pode olvidar dos progressos alcançados. Em outras palavras, se tudo for tido como antidemocrático, torna-se inviável distinguir os momentos em que se mantém um mínimo respeito à dignidade da pessoa humana do completo caos, as situações acabam restando sob o mesmo pálio, indiscerníveis.

Conforme já indicado na introdução, a análise se cingirá aos direitos fundamentais que possuem previsão constitucional de restrição ou mesmo suspensão em situações de crise, ou seja, estado de defesa e estado de sítio. Serão abordados a liberdade de reunião, o sigilo das comunicações, ainda que não seja um direito propriamente, mas uma garantia, ambos intimamente relacionados com a liberdade de expressão, em seu viés público e privado, respectivamente; a liberdade de locomoção e o direito à propriedade, em sentido amplo.

Na compreensão de José dos Santos Carvalho Filho⁴, é pacífico que a incidência das normas constitucionais não pode ocorrer de modo inflexível para todas as hipóteses da dinâmica social, em razão de a *voluntas* do Constituinte ser a de que a Constituição deve adequar-se às relações sociais com as quais se defronta. Para ele, não teria sentido que a aplicabilidade das normas constitucionais não sofresse qualquer alteração diante de eventual mutação social, como a que advém dos períodos de crise. Com isso, parâmetros constitucionais voltados a situações de normalidade nem sempre se ajustam a situações anormais, como é o caso da ocorrência de crises. Consequentemente, toda Constituição, por mais que proclame o regime democrático e se consolide como Estado Democrático de Direito, precisa munir-se de certas válvulas de escape para enfrentar momentos de crise, nos quais sobressaia o caráter de emergência. Esses mecanismos, à primeira vista, podem parecer agressivos aos parâmetros ordinários da Constituição, mas, em sua essência, têm objetivo oposto, qual seja o de manter o equilíbrio dos Poderes e das instituições e a preservação, tanto quanto possível, dos direitos fundamentais.

⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. Crises, Pandemia e direitos fundamentais: o perigo nas interseções. In: *Journal of institutional studies* 3 (2020). Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/565/609>>. Acesso em: 7 abr. 2021, p. 851.

De acordo com Barroso⁵, em uma democracia as cortes constitucionais exercem papéis contramajoritário, representativo e iluminista. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base na proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e na proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. No caso de calamidade iminente, o gestor público, de certa forma, torna-se um intérprete ainda mais eminente. Dada a urgência, pode ser que produza efeitos com tamanho impacto em uma situação já delicada, que não possam sofrer o controle adequado. Confere-se ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias, devendo ser redobrada a atenção em situações de crise.

Com o levantamento da interpretação destes direitos, busca-se rememorar que em uma democracia, encontrar o ponto de equilíbrio depende de um processo dialógico, por vezes extenuante, em que argumentos são constantemente expostos e contrapostos. Com a tomada de decisões e reformas. A sociedade aberta de intérpretes da constituição⁶ apresenta toda sorte de interesses e fundamentos que os embasam, cabendo ao guardião da constituição a competência para dirimir tais conflitos. Geralmente, ao assentar um entendimento de caráter vinculante, o Supremo Tribunal Federal (STF) provê aos jurisdicionados maior segurança jurídica. Ainda que o entendimento possa ser superado, pois o próprio STF não fica vinculado, pode haver *overruling*, evitando a fossilização de sua jurisprudência; reação legislativa à decisão jurisdicional, princípio de liberdade de conformação legislativa, ativismo congressual⁷; e, diálogos institucionais⁸ com o Governo, em suma há rodadas de discussão⁹. Não há o

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/re_vistae_merj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2021, p. 15.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. Acesso em: 7 abr. 2021, p. 27 e 40.

⁷e.g. caso da vaquejada. A EC n° 96/2017, reforma constitucional que alterou o artigo 225 da CRFB/88, em sentido oposto ao decidido pelo STF na ADI 5728/DF.

⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil*. Disponível em: <<https://rbrandao.adv.br/wp-content/uploads/2017/06/Mecanismos-de-dialogos-constitucionais-nos-eua-e-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2021, p. 37.

⁹MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2021. “Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de “rodada procedimental” e de “última palavra provisória”. Seu significado é simples e auto-explicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm em ponto de partida e, após estágios intermediários,

monopólio da última palavra, cada rodada tem sua relevância, a discussão é um caminho importante. Muitos foram os avanços no delineamento dos direitos fundamentais, sem fazer juízo de valor sobre as decisões, não se está avaliando o conteúdo, mas o investimento no debate constitucional. A construção dos direitos fundamentais é um processo longo, que não pode ser desperdiçado sob o argumento de uma urgência passageira.

1.1. Direito de reunião

A CRFB/88 preceitua:

art. 5º. [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

art. 136. [...] § 1º o decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

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: IV - suspensão da liberdade de reunião;

O Pacto de San José da Costa Rica¹⁰ (Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH) possui dispositivo muito semelhante:

Artigo 15 - Direito de reunião - É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

O direito de reunião é instrumento da livre manifestação de pensamento, nele incluído o direito de protestar, trata-se de direito à liberdade de expressão exercido de forma coletiva.¹¹ Há o elemento teleológico, no qual comunga-se de um fim comum; temporal, se mais estável se transformaria em associação; e, objetivo, pacífica e sem armas, que implica em não poder ter armas de qualquer tipo. A licitude da reunião é um quarto elemento erigido pela doutrina, mas que não se encontra expresso no texto constitucional.¹²

alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode sempre ser recomeçada, indefinidamente.”, p. 171.

¹⁰OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Referendado pelo Congresso Nacional, depositada a Carta de Adesão em 25 de setembro de 1992. Publicado no Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 295.

¹²Ibid., p. 297.

O direito de reunião é o viés público, coletivo, da liberdade de expressão. Sabe-se que com os avanços tecnológicos, há campo fértil para que as pessoas se manifestem, sem que precisem ir às ruas para tanto. De modo que, ainda que respeitem o distanciamento social, continuam sendo capazes de manter contato com os entes queridos, bem como expor suas opiniões.

Contudo, há um impacto mais forte quando as pessoas se reúnem presencialmente em torno de uma causa comum, cite-se o movimento do *black lives matter* em plena pandemia, as pessoas saíram de máscara, demonstrando sua indignação com a banalização das vidas de pessoas negras, que teve como estopim a morte de George Floyd.

Não seria proporcional tolher manifestações que defendem direitos civis, mais especificamente faz-se necessário, tendo em vista haver outros meios de reduzir a disseminação, como por exemplo investir em pesquisa científica, para informar de forma mais eficaz à população sobre os riscos, a conscientizando sobre o uso correto das máscaras¹³. E como no Brasil, é dominante o entendimento pela impossibilidade de avaliar o conteúdo da liberdade de expressão abstratamente, por ser um elemento subjetivo, bem como não só cabe, como também incentiva-se que haja vários posicionamentos dentro de uma democracia, assim, estende-se a liberdade de manifestação para outros fins, para além da defesa de direitos civis.

Além do caráter instrumental para a democracia, a liberdade de expressão é um direito humano universal¹⁴, previsto no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos

¹³Os autores deste artigo fazem um comparativo entre os riscos assumidos quando há outros meios de prevenção, chegando ao resultado de haver forte evidência de que o comportamento de ficar em casa aumentou após o contexto de protestos, consistente com a hipótese que os não-protestantes mudaram suas atividades em resposta à percepção do aumento de risco de contágio e de violência que poderia advir do protesto. Ademais, chegaram à conclusão de que os tipos de atividades que foram evitadas pelos protestantes BLM eram potencialmente mais arriscadas para a disseminação da doença do que os protestos ao ar livre: restaurantes, bares e compras em lojas. Essas respostas de evitar riscos, combinada com o uso de máscaras pelos manifestantes, explicam o motivo de as manifestações não terem reacendido o aumento do nível de aumento do COVID-19 na região. Juntos, as suas descobertas destacam o equívoco em ignorar os efeitos de equilíbrio gerais em analisar a macroeconomia dos impactos dos protestos de direitos civis. “*Event-study analyses provide strong evidence that net stay-at-home behavior increased following protest onset, consistent with the hypothesis that non-protesters shifted their activity in response to the perceived heightened risk of contagion and protest-related violence. Moreover, we find that the types of activities that were averted by BLM protests were potentially riskier for disease spread than outdoor civil rights protests: restaurant and bar-going and retail shopping. These riskavoiding responses to protests, coupled with mask-wearing by protesters, explain why BLM protests did not reignite community-level COVID-19 growth. Together, our findings highlight the pitfalls of ignoring general equilibrium effects in assessing the net economic impacts of civil rights protests.*” DAVE, Dhaval M., et al. *Black lives matter protests and risk avoidance: the case of civil unrest during a pandemic*. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjg0Nmd3rvzAhWxpZUCHauwBpwQFnoECAMQAAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.nber.org%2Fpapers%2Fw27408&usg=AOvVaw1cp6hvj7xJVKIFtzkJdAfy>>. Acesso em: 3 abr. 2021, p. 2.

¹⁴ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Humanos, de 1948 “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”. Trata-se de condição para o exercício pleno da cidadania e da autonomia individual. De acordo com Ingo Sarlet¹⁵, o contexto brasileiro tem peculiaridades próprias, de um passado recente de regime ditatorial a crises política e econômicas:

[...] no tocante ao problema da restrição a direitos na pendência de um estado de anormalidade, como o atualmente vivenciado em todo o planeta, e, entre nós, em ritmo de galopante aceleração, é que no caso brasileiro (embora não só no Brasil) o contexto é ainda mais complexo e, na mesma medida, mais desafiante para as instituições de um modo geral e para o sistema judiciário, em particular. É que, paralelamente à calamidade pública da pandemia e as imensas dificuldades no tocante à sua contenção e superação, o Brasil passa por uma crise política e econômica altamente explosiva, que, embora tenha iniciado há alguns anos, alcançou níveis praticamente sem precedentes equiparáveis desde os primeiros anos da década de 1990. A gravidade, contudo, do quadro atual, é maior e mais preocupante, visto que nos anos mais difíceis de instabilidade econômica e em parte também política (agudizada na breve Era Collor e sua implosão) referidos, não se verificaram, em termos quantitativos e em intensidade, tantas manifestações contra as instituições democráticas, e, em especial, em prol de uma intervenção militar.

A tendência, na América Latina como um todo, é manter uma constante luta pela liberdade de expressão, que até pouco tempo era tão restrita. De fato, nota-se pela jurisprudência do STF ser o entendimento, majoritariamente, pela liberdade. Pode-se reunir para protestar em prol da legalização de drogas¹⁶, evidente que sem o consumo ao longo da manifestação e sem o incentivo ao uso, tendo em vista que o art. 28, da Lei nº 11.343/06 ter sido apenas despenalizado.

A liberdade de expressão abarca opinião, convicção, comentário, avaliação sobre qualquer assunto ou qualquer pessoa¹⁷. Também no caso do diretor de peças teatrais Gerald Thomas, que foi vaiado e ofendido ao final de um dos espetáculos que dirigiu. Em reação àquela manifestação, o diretor exibiu suas nádegas ao público. Em virtude disso, ele foi denunciado pelo crime de ato obsceno, art. 233, do Código Penal (CP). O caso chegou ao STF

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. Disponível em: <ConJur - Direitos fundamentais em tempos de pandemia IV>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 187*. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2a_hUKEwiziaGr17_wAhXOpZUCHYtTCwYQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fdir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D5956195&usg=AOvVaw3txkGFGxitMWIEsIYFi33Y>. Acesso em: 20 mar. 2021. O STF declarou a constitucionalidade da “marcha da maconha”, tendo em vista o direito de reunião e o direito à livre expressão de pensamento, dando interpretação conforme ao art. 287, do CP.

¹⁷MENDES, op. cit., 2014, p. 264.

por meio de *habeas corpus*¹⁸ e a ordem foi concedida, tendo o STF assentado que, em razão das circunstâncias em que os fatos ocorreram – em uma apresentação teatral que tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual, bem como após uma manifestação negativa do público às duas horas da manhã –, o ato realizado pelo diretor estaria abarcado pelo direito à liberdade de expressão.

Consoante ao fato de o exercício da liberdade de expressão poder ser exercido por qualquer pessoa, não há a necessidade de diploma para tanto¹⁹. No mesmo sentido, a lei de imprensa não foi recepcionada²⁰, tendo em vista que não cabe um controle *a priori*, afinal trata-se de liberdade ampla, mas como foi dito, não irrestrita; essa posição foi no mesmo sentido do Parecer n° 5, da Corte IDH²¹, que deve ser seguido em vistas a prevenir condenações²². Para o STF²³ não cabe censura prévia. Em sentido convergente, não foi

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 83.996*. Relator: Min. CARLOS VELLOSO, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjmhpcDIrWAhWwr5UCHWMICm4QFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D63255&usg=AOvVaw3_t2mfzQ6hSYCV_-nVW1Cn>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁹O STF assim decidiu, no RE n° 511961/2009, declarando não ter sido recepcionado o Dec. 972/69. No mesmo sentido, a Opinião Consultiva OC-5/85, de 13.11.1985: O registro profissional obrigatório de jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 511.961*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiX3-npw7zwAhUTq5UCHQdyBRwQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D63255&usg=AOvVaw0Ayb-Ub2E8NXzpDFnuepUL>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

²¹Previamente à decisão do STF, em 1985, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitira a Opinião Consultiva n° 05, a pedido da Costa Rica, sobre a interpretação do art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica. Destaca-se o seguinte trecho do art. 13, in verbis: “[...] 5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais [...]”. Em seu posicionamento, a Corte IDH determinou que ofende à liberdade de expressão a obrigatoriedade de inscrição do jornalista em colegiado profissional, bem como a exigência de diploma específico para o exercício dessa profissão.

²²RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/195035359.pdf>>. Acesso em: 9 mai 2021. De acordo com André de Carvalho, o fenômeno da “coisa julgada interpretada” deve orientar os Estados e ser acatada justamente para que se evite uma responsabilização futura.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 1.010.606*. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1005.htm>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

reconhecido o direito ao esquecimento²⁴. Para Binjenbojm, o direito ao esquecimento seria censura de retrovisor²⁵.

Todavia, essa liberdade não é irrestrita, são passíveis de limitação. Qualquer outro valor abrigado pela CRFB/88 pode entrar em conflito com essa liberdade.²⁶ Por mais que o art. 220, da CRFB/88, que trata da comunicação social, à primeira vista por sua redação “não sofrerão qualquer restrição” pareça ser absoluto, nenhum direito o é. Logo em seguida são impostas restrições expressas à liberdade de informação jornalística, no art. 227, §1º, da CRFB/88²⁷, como a intimidade e a vida privada.

Pode ser restrito até mesmo por normas legais, desde que extraído o mandamento implícito da CRFB/88. A Constituição brasileira não adotou a fórmula alemã de prever, explicitamente, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude. As autoridades administrativas têm competência para indicar a faixa etária adequada e sugerir locais e horários e locais para sua apresentação²⁸, o que não significa impedir a manifestação, o art. 75, parágrafo único, do ECA²⁹ apenas impede³⁰ a entrada em determinados espetáculos a menores de dez anos, desacompanhados dos responsáveis. Mesmo que não pretenda se contrapor ao outro direito, como a lei que proíbe o uso de buzina em frente a hospitais, mas que terá repercussão nos buzinaços de protesto.³¹

O direito à intimidade é um importante limitador à liberdade de expressão, no ambiente da *internet*, a Lei do Marco Civil (MCI)³² foi importante para delimitar os contornos

²⁴É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor-16102014>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

²⁶Ibid., p. 271

²⁷Art. 220, §1º: Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.404*. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/doc_umento/informativo1005.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

²⁹BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

³⁰A classificação indicativa das diversões públicas e dos programas de rádio e TV, de competência da União, tenha natureza meramente indicativa não se confunde com licença prévia. Inclusive, o art. 13, do Pacto de San José, prevê a ponderação entre a liberdade de expressão cultural e a proteção à moralidade da infância e juventude.

³¹Ibid., p. 272.

³²BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

embrionários, que assegurou a liberdade de expressão na rede mundial de computadores, salvo ordem judicial específica, com exceção aos conteúdos de nudez ou de atos sexuais de caráter privado³³, concretizando o direito à intimidade. O art. 19, do MCI, não impede o provedor de retirar o conteúdo que ele mesmo considere ilícito, apenas o deixa isento em tese da responsabilidade enquanto não notificado judicialmente. Quando o faz, age amparado pelo poder de polícia assegurado pelas condições gerais dos contratos celebrados com os usuários, reforçadas pelo interesse público no sentido da observância das diretrizes dos órgãos oficiais de saúde³⁴. Inclusive, cabe reclamação contra decisão judicial que determina retirada de matéria jornalística de site³⁵. Ganhando melhor delineamento na regulamentação pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)³⁶, que determina o tratamento legal dos dados e conceitua muitos pontos sensíveis.³⁷ Torna-se ainda mais relevante a regulação pelas propostas do uso dos meios informáticos, como modo de minimizar o contágio pelo coronavírus³⁸.

Há vedação ao anonimato³⁹, até para fins de eventual responsabilização posterior, quando violadora à intimidade. Entendeu-se pela legitimidade constitucional do uso de máscaras nos casos de reuniões e manifestações, em especial na sequência da onda de

³³ Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

³⁴ LONGHI, João Victor Rozatti; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Liberdade de expressão e redes sociais virtuais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/martins-longhi-liberdade-expressao-redes-sociais>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 22328/RJ*. 1ª Turma. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14784997>>. Acesso em: 6 abr. 2021. O STF tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial.

³⁶ BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021. A lei brasileira segue o modelo europeu, pois conta com uma autoridade de controle central, abrange o setor público e o privado e constitui direito fundamental. A lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

³⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 782.

³⁸ XAVIER, Fernando et al. *Análise de redes sociais como estratégia de apoio à vigilância em saúde durante a Covid-19*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142020000200261&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2021.

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2021. Art. 5º, IV, da CRFB: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

protestos que ocorreram no Brasil em 2013⁴⁰. O que ganha ainda maior relevo, em razão da compulsoriedade atual do uso de máscaras⁴¹. Assegura-se o direito de resposta, com natureza de desagravo, nos termos do art. 5º, V, da CRFB/88. A Lei nº 13.188/2015⁴², que regulamentou o direito de resposta, que também pode ser chamado de direito de retificação, que não poderia ser exercido, se o emissor das palavras não fosse identificado.⁴³ De acordo com Sarlet⁴⁴, a pandemia suscita a necessidade de discutir quanto à legitimidade constitucional do uso de máscaras nos casos de reuniões e manifestações.

A doutrina e a jurisprudência repudiam o discurso de ódio (*hate speech*) e o uso de palavras belicosas (*fighting words*). O Comentário Geral nº 35/2013 trata da luta contra o discurso de ódio racista⁴⁵. O Caso Ellwanger trata de publicações antissemitas, em que o STF⁴⁶ entendeu que a publicação da obra com expressões discriminatórias ao povo judeu caracterizava um verdadeiro discurso de ódio, pois o seu conteúdo violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, além de materializar o delito de racismo.

Um suposto compromisso com a verdade ainda é fruto de bastante debate. Sobre tudo, na seara eleitoral.⁴⁷ O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou Resolução⁴⁸, que em seu art.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 905.149 RG*. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<https://artigo19.org/centro/wp-content/uploads/2019/08/Repercussao-geral-STF-mascaras-.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

⁴¹BRASIL. *Lei nº 14.019*, de 2 de julho de 2020. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislaca.o.nsf/View_Identificacao/lei%2014.019-2020?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴²BRASIL. *Lei nº 13.188*, de 11 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113188.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴³MENDES, op. cit., 2014, p. 353/354. “A Lei Maior assegura a todos o direito de resposta, que corresponde à faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um meio de comunicação. O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagravo - tanto assim que a Constituição assegura o direito de resposta “proporcional ao agravo” sofrido (art. 5º, V, da CRFB). O direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão.”

⁴⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. Disponível em: <<https://www.google.com/urlsa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBwuPA1anvAhVnGbkGHSzIANsQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2F2020-mar-23%2Fdireitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia&usg=AOvVaw0PffbXI-0fWyuPWmgsJQPt>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁴⁵[...] A liberdade de expressão não deve ter por objeto a destruição dos direitos e das liberdades de outras pessoas, incluídos o direito à igualdade e à não discriminação”. MENDES, op. cit., 2014, p. 612.

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.424*. Relator: Min. MOREIRA ALVES, rel. p/ acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA. Disponível em: <[⁴⁷MENDES, op. cit., 2014, p. 275.](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH0POO67_wAhXVq5UCHaEvBmUQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fwww2.stf.jus.br%2FportalStfInternacional%2Fcms%2FverConteudo.php%3Fsigla%3DportalStfJurisprudencia_pt_br%26idConteudo%3D185077%26modo%3Dcms&usg=AOvVaw3oOqsGyq0zB WmIzewK4X4_>. Acesso em: 18 mar. 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

9º, exige que na utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiros, candidato/partido/federação/coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58, da Lei nº 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

Quem recebe notícias inverídicas estará sendo obstado do direito a ser informado, disposta no art. 5º, XIV, da CRFB/88.⁴⁹ Para Grandinetti⁵⁰, em perspectiva mais liberal, a liberdade de manifestação de pensamento mereceria uma proteção até mais intensa do que a liberdade de informação, porque estas têm de prestar alguma obediência à veracidade, enquanto aquela não, sendo livre, desde que não agrida direitos de outrem; não precisa ser verdadeira e não teria a obrigação de ser a opinião mais correta.

O STF colocou a questão em pauta com o “Inquérito das *fake news*”⁵¹. A discussão torna-se ainda mais atual, em razão da propagação de falsas informações na pandemia, em que pode-se constatar empiricamente um aumento do uso das redes sociais, e consigo, da disseminação de falsas informações sobre saúde. Não obstante a proscricção do curandeirismo⁵², os males para a saúde pública podem ser impactantes, se for permitida a circulação da desinformação, o que pode levar as pessoas, crédulas em sua imunidade, a agirem de forma negligente para com as medidas comprovadamente preventivas.

⁴⁸ BRASIL. *Resolução nº 236*, de 22 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/resolucao-sobre-propaganda-nas-eleicoes-2022-ja-preve-punicao-para-desinformacao-ao-e-disparo-em-massa-de-mensagens-on-line>>. Acesso em: 8 mar. 2022.

⁴⁹ “Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.473.393*. 4ª Turma. Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_245_2_capQuartaTurma.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁵⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Parecer*. Gravação e publicização de vídeo em redes sociais retratando ato judicial de prisão em flagrante por suposto crime de desobediência, em via pública, seguido de debate entre Defensora e Juíza. Interesse público (fiscalização de um ato judicial) que sobreleva qualquer pretensão de tutela da personalidade. Lídimo exercício da cidadania nos meios digitais e da ampla defesa de cidadão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-grandinetti.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2021, p. 4.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq nº 4871*. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=inq%204871&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁵² BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021. Art. 284, do CP: “Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.”

Torna-se uma questão tormentosa se for levado em consideração ser uma doença relativamente nova e, conseqüentemente, as pesquisas ainda não estarem de todo consolidadas. De modo que se cria uma linha tênue entre tratamentos experimentais e casos em que alguém sentiu algum efeito benéfico, por vezes apenas o efeito placebo, acreditando estar repassando fatos verídicos e por fim, pessoas mal-intencionadas. Sendo inviável punir aquelas que apenas estão apenas repassando a informação que lhes foi passada, sem ser possível presumir má-fé, o STJ decidiu que o *Facebook* não é obrigado a fornecer dados de todos os usuários que compartilharam conteúdo falso, para fins de responsabilização⁵³.

Apesar de a jurisprudência seguir uma certa coerência, quando são inseridas questões políticas, as decisões parecem seguir referenciais diferentes. Interessante notar que no ordenamento brasileiro, a política influencia o Direito, enquanto que na visão de Agamben⁵⁴, ao contrário, o direito que contamina a política.

Ilustra-se a influência da política com a seguinte decisão do STF⁵⁵, que ora atua de forma mais branda, ora mais rígida, em comparação com o que se costuma ser decidido. Em palestra proferida por então Deputado Federal com críticas aos quilombolas e estrangeiros não configurou racismo, tendo feito críticas e comentários negativos a respeito dos quilombolas e de povos estrangeiros. No trecho mais questionado de sua palestra, ele afirmou:

Eu fui em um quilombola em El Dourado Paulista. Olha, o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Eu acho que nem para procriador eles servem mais. Mais de um bilhão de reais por ano gastado com eles. Recebem cesta básica e mais material em implementos agrícolas. Você vai em El Dourado Paulista, você compra arame farpado, você compra enxada, pá, picareta por metade do preço vendido em outra cidade vizinha. Por que? Porque eles revendem tudo baratinho lá. Não querem nada com nada.

O STF entendeu que a conduta não configurou o crime de racismo, nos termos do art. 20, da Lei nº 7.716/89. As palavras por ele proferidas estariam dentro da liberdade de expressão do art. 5º, IV, da CRFB/88, além de também estarem cobertas pela imunidade parlamentar, constante do art. 53, da CRFB/88. O objetivo de seu discurso não foi o de

⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1859665/SC*. Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202000208006>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁵⁴AGAMBEN, op. cit., p. 98. “O que se encontra depois do direito não é um valor de uso mais próprio e original e que precederia o direito, mas um novo uso, que só nasce depois dele. Também o uso, que se contaminou com o direito, deve ser libertado de seu próprio valor. Essa libertação é a tarefa do estudo, ou do jogo.”

⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq nº 4694*. 1ª Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj00an5m73wAhWdIbkGHdlsBH8QFjABegQIBBAD&url=https%3A%2F%2Fportal.stf.jus.br%2Fprocessos%2Fdetalhe.asp%3Fincidente%3D5437294&usq=AOvVaw2GnI0kBzNt1YMwY7ePDmej>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

repressão, dominação, supressão ou eliminação dos quilombolas ou dos estrangeiros, ao chamá-los, linhas gerais de preguiçosos e levianos. Para os Ministros, o pronunciamento do parlamentar estava vinculado ao contexto de demarcação e proveito econômico das terras e configuram manifestação política que não extrapola os limites da liberdade de expressão.

Por outro lado, se um parlamentar expõe um vídeo criticando os Ministros do STF, ainda que com palavras violentas, deve-se reconhecer; os mesmos tomam para si o encargo de investigá-los⁵⁶. E, a imunidade nessa questão foi desconsiderada. A instauração do inquérito “para apurar a existência de notícias fraudulentas (“fake news”), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi*, *difamandi* e *injuriandi*, que estariam atingindo a honorabilidade e a segurança daquela Corte, de seus membros e familiares”⁵⁷.

Retomando o direito de reunião especificamente, pela literalidade do texto constitucional, exige-se que seja de forma pacífica, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização. O sentido de “prévio aviso” mencionado pelo dispositivo constitucional é de viabilizar que a Administração Pública organize, até para que não colidam manifestações em um mesmo local. O STF fixou a seguinte tese:

A exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustre outra reunião no mesmo local.⁵⁸

Em outras palavras, se não causar dano, não atrapalhar outra manifestação, é dispensável o aviso prévio, tendo fins apenas de organização por parte da Administração Pública. As praças e as ruas pertencem aos processos sociais e é nelas que os movimentos sociais devem se expressar.⁵⁹ Nas palavras do Min. Fachin, “em uma sociedade democrática, o espaço público não é apenas um lugar de circulação, mas também de participação.”⁶⁰

⁵⁶ Decisão bastante criticada pelos processualistas penais, por violação ao Sistema Acusatório (art. 129, I, da CRFB/88), sob o pretenso fundamento do art. 13, I e 43, do RISTF. Cite-se, por exemplo, Renato Brasileiro, ainda mais que a então PGR ofereceu promoção de arquivamento do referido inquérito, que tem tramitado, “inexplicavelmente, em segredo de justiça, seria de rigor seu acatamento pelo STF, porquanto inviável a aplicação do art. 28 do CPP. Contrariando, todavia, a própria jurisprudência do STF, o Min. Relator não apenas indeferiu a referida promoção, como vem, ademais, sem qualquer manifestação do titular da ação penal, decretando inúmeras medidas cautelares.” DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 199.

⁵⁷ BRASIL. *Portaria GP nº 69*, de 14 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conj.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 806339*. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, redator do acórdão Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=806339&classe=RE&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁵⁹ CARVALHO, op. cit., p. 9.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 58, p. 2.

O proselitismo é reconhecido pelo STF como manifestação válida da liberdade de expressão, sob uma perspectiva de laicidade do Estado:

A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa. (...) A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária. Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária.⁶¹

No mesmo sentido, tem-se o Caso Jonas Abib⁶², conhecido sacerdote da Igreja Católica, autor do livro "Sim, Sim! Não, Não! Reflexões de cura e libertação", voltado aos católicos, no qual o autor realiza inúmeras críticas ao espiritismo e a religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé. Ao analisar o tema, o STF decidiu que o conteúdo normativo e o suporte fático do direito à liberdade religiosa abrangem não apenas a possibilidade de escolher qual religião irá seguir, mas também a prática do proselitismo. Nesse caso, ainda que o proselitismo seja realizado de modo comparativo entre as religiões, tal prática não configura, por si só, crime de racismo.

O que não implica em autorização para defender qualquer ideia em nome da religião.⁶³ Tampouco, uma imunidade da Igreja a críticas, sérias ou humorísticas, conforme ficou assentado no caso do especial de natal do Porta dos Fundos.⁶⁴ A Corte IDH também apreciou situação semelhante, em que do mesmo modo, posicionou-se em prol da liberdade de

⁶¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 2.566*. Redator p/ o ac. Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 134.682*. Relator: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwik64jG3b_wAhUylJUCHRbyAa8QFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D13465125&usq=AOvVaw3Ss4B0ImCvtuROi7FPantA>. Acesso em: 8 abr. 2021.

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 146303*. Relator: Min. EDSON FACHIN, red. p/ o ac. Min. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 6 abr. 2021. A incitação de ódio público feita por líder religioso contra outras religiões pode configurar o crime de racismo. A incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. Assim, é possível, a depender do caso concreto, que um líder religioso seja condenado pelo crime de racismo (art. 20, §2º, da Lei n° 7.716/89) por ter proferido discursos de ódio público contra outras denominações religiosas e seus seguidores.

⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RCL n° 38782*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841915>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

expressão, no caso "A última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile⁶⁵. Este caso foi citado pela Min. Cármen Lúcia⁶⁶ no caso das Biografias não autorizadas, que declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, sendo possível abstrair a distinção entre interesse social e direito de ser informado, o professor Guilherme Peña⁶⁷ faz a distinção, citando o Congresso de Juristas dos Países Nórdicos sobre o direito à vida privada/1967, também usa o critério estabelecido por Carlos David Santos Aarão Reis pela preeminência entre o direito à informação e à intimidade.

No auge da crise de saúde, o STF tomou uma decisão, que afeta também o direito de crença, determinando o fechamento das Igrejas. Os magistrados entenderam que é constitucional decreto do governador de São Paulo, que determinou o fechamento dos centros religiosos para evitar aglomerações⁶⁸. O acórdão se pauta no fato de que a própria religiosidade deveria prevenir as pessoas de buscarem o exercício de reunião, uma vez que a aglomeração pode desencadear um aumento de mortes⁶⁹.

⁶⁵O Chile proibiu, com fundamento no art. 19, § 12e, da sua Constituição, a exibição do filme A Última Tentação de Cristo, dirigido por Martin Scorsese. Há uma dupla dimensão do direito à liberdade de expressão. Segundo a Corte IDH (Mérito, reparações e custas, § 52), o direito à liberdade de expressão não abrangeria apenas o direito e a liberdade de se expressar (dimensão individual), mas também a liberdade de buscar e disseminar informações (dimensão social). Nesta compreensão, o indivíduo é ao mesmo tempo um professor e um aprendiz, dado que a troca de informações é uma via de mão dupla. O chamado *right to communicate* ("r2c", como se abreviou a expressão em inglês) possui duas facetas correlacionadas: a) o direito do comunicante; e b) o do recipiente. Desse modo, estão compreendidos no conceito de direitos comunicativos tanto a liberdade de expressar opiniões, pontos de vista religiosos e conceitos em ciência e arte quanto os direitos de quem sofre o impacto dessa expressão. Convém relembrar que esses direitos possuem um caráter bivetorial, fato que lhes confere um papel humanista, pois além de sedimentarem a democracia em determinado governo, eles contribuem para uma maior propagação e discussão de idéias no espaço público. Esse aspecto, por sua vez, confere maior densidade ao princípio da igualdade, protegendo grupos de minorias de eventual asfixia pelo grupo majoritário e concretizando o direito à diferença. Atualmente, o expoente sobre o assunto é Jürgen Habermas, defensor de uma democracia deliberativa, na qual se privilegia a discussão de debates de ideias em um espaço público. Ainda sobre o direito à dupla liberdade de expressão no âmbito da OEA, é importante ressaltar que a Organização dos Estados Americanos confeccionou uma Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, além de possuir uma relatoria específica sobre o tema. Segundo essa relatoria, as normas com restrições vagas e genéricas ao direito de liberdade de expressão e às liberdades comunicativas não são compatíveis com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois acabam por causar restrições indevidas a essa liberdade fundamental, entendimento também adotado pela Corte IDH no Caso Kimel." PAIVA, op. cit., p. 100.

⁶⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815*. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwig-bqW4b_wAhXypZUChevZBqcQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D293336&usg=AOvVaw1kSDMims80l7NKszAxOkm->>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁶⁷MORAES, op. cit., 2015, p. 574/575.

⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 811*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<ADPF811votoMGM.pdf>> (stf.jus.br). Acesso em: 15 abr. 2021, p. 3.

⁶⁹O Ministro Relator Gilmar Mendes começa seu voto assinalando a devastadora marca histórica de 337.364 mortes ocasionadas pela pandemia global do novo Coronavírus. E prossegue, "uma agenda política negacionista que se revela, em toda dimensão, contrária à fraternidade tão ínsita ao exercício da religiosidade."

A ADPF nº 811⁷⁰ adstringe-se à impugnação do Decreto nº 65.563 do Estado de São Paulo. Mas a lógica, na arguição com pedido de medida cautelar, que feriu o direito fundamental à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal ao determinar a suspensão irrestrita das atividades na cidade, bem como em face dos demais decretos estaduais e municipais que têm imposto violações equivalentes em todo o país”. Na medida cautelar⁷¹, menciona-se um estudo dos EUA, que cunha um ensaio de coral na igreja como evento de “supertransmissão”; e na Inglaterra, foram proibidas durante a pandemia atividades comunitárias ou empresariais de culto realizadas por ministros ou pessoas leigas, grupos de estudos e atividades festivas não litúrgicas⁷².

A argumentação desenvolvida pelo STF⁷³ foi contra a censura, pela qual se suspendeu decisão da Presidência do TJRJ que permitia a apreensão de livros que tratavam do tema da homotranssexualidade na Bienal do Livro. No mesmo sentido⁷⁴, se assegurou a apresentação de cantores e grupos religiosos no Réveillon organizado pela Prefeitura do Município do Rio de Janeiro.

A jurisprudência do STF tem sido, basicamente, a de permitir que a expressão ocorra, com as devidas responsabilizações posteriores. A despeito de a responsabilização ser indicativa de um ilícito haver ocorrido, tem-se a permissão para que ocorra por uma inviabilidade prática de previsão. Assim, a liberdade de expressão guarda em si o paradoxo de que para ser livre pode entrar em confronto com a honra, a dignidade, de outras pessoas; no entanto, em regra⁷⁵, isso só pode ser aferido depois de ter sido proferido, quando os danos já terão sido produzidos, sem possibilidade de recompor o estado anterior, apenas uma

⁷⁰ Proposta pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, questiona o “Artigo 6º, do DECRETO N. 031, de 20 de março de 2020, do Município de João Monlevade/MG. Foi distribuída ao Ministro Nunes Marques, que julgou em consonância com a ADPF 811, por ter optado se submeter ao entendimento do Colegiado, e não seguir suas próprias convicções, a colegiabilidade preponderou sobre a independência.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC na ADPF nº 811*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <ADPF811votoMGM.pdf (stf.jus.br)>. Acesso em: 15 abr. 2021, p. 18

⁷² “Embora permitisse a realização das atividades de culto coletivas com limites, a orientação fez recomendações práticas, incluindo tempos de entrada escalonados, múltiplas entradas, e um fluxo unidireccional de pessoas que entram e saem do edifício, bem como o fornecimento de sanificadores de mãos. Aconselhou-se ainda que os indivíduos deveriam ser impedidos de tocar ou beijar objetos de devoção e outros objetos que são tratados comunitariamente; que o canto e/ou instrumentos de tocar fossem evitados e que os líderes religiosos desencorajassem doações em dinheiro”, p. 19.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SL nº 1.248*. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190908-05.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 36.742*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190908-06.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁷⁵ Salvo se um programa estiver anunciando uma programação flagrantemente violadora a direitos fundamentais, e. g., ação civil pública para prevenir que emissora veiculasse vídeos de adolescentes sendo torturados (REsp 509.968/SP DJe 17/12/2012). Disponível em: <<https://www.buscador.dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/109d2dd3608f669ca17920c511c2a41e?categoria=7&subcategoria=60>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

indenização, uma compensação a ser discutida a posteriori. Os efeitos psicológicos estarão completos, além da dificuldade, por vezes, de precisar o que seja um conteúdo aceitável, dada a subjetividade na valoração, mesmo depois do ocorrido.

A vertente da liberdade de expressão que desemboca no direito de reunião é uma forma que as pessoas encontram para exortar seus pensamentos, se aproximar de pessoas que pensam de forma semelhante, que também abarca o direito de informar-se, mas de forma residual. Por uma questão de lógica, é difícil imaginar que alguém busque formar sua opinião com base em cartazes ou em palavras de ordem sendo pronunciadas; no máximo, com várias reuniões ocorrendo em determinado sentido, pela repetição, seja normalizado, seja mais bem aceito no meio social. Passa-se para a análise da liberdade de expressão no seio privado.

1.2. Sigilo de correspondência e das comunicações

Assim dispõe a CRFB/88:

art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Art. 136, § 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

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:

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; V - busca e apreensão em domicílio;

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.

A CADH também resguarda essa garantia:

Art. 11.2 CADH - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

O sigilo fiscal é um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Nas palavras de Tércio Sampaio⁷⁶, privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, cujos atributos principais são a solidão – o estar-só –, o segredo e a autonomia.

O sigilo das comunicações é não só um corolário da livre expressão de pensamento; exprime também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade.⁷⁷ No mesmo sentido, o doutrinador Alexandre de Moraes⁷⁸, para quem além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros, como decorrência lógica. O segredo das correspondências e das comunicações, para ele, é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na CRFB/88. Já Gilmar Mendes, em seu livro, a apreensão de um computador para dele se extraírem informações gravadas no *hard disk* não constitui hipótese abrangida pelo âmbito normativo do sigilo⁷⁹, fazendo uma interpretação mais restritiva.

A liberdade de expressão é preservada na esfera privada, de modo que as pessoas possam agir naturalmente, sem receio de maiores consequências por suas palavras. Há casos em que a própria Constituição faz a reserva legal, e.g. a reserva legal qualificada à investigação criminal ou instrução processual, prevista no art. 5º, XII, da CRFB/88. Um outro exemplo, a publicidade dos atos processuais, a visibilidade da coisa pública, é limitada pela intimidade, a lei pode exigir sigilo, art. 5º, LX, da CRFB/88, da mesma forma que a publicidade das informações de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral é limitada pelo sigilo necessário à segurança da sociedade e do Estado, expresso no art. 5º, XXXIII, da CRFB/88.

A quebra do sigilo mantém-se sob reserva de jurisdição, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Sem prejuízo da legitimidade da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), que é autorizada a

⁷⁶FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjQ2LvrpbwAhULca0KHxI3AQQQFjAQegQIBxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Ffrfdusp%2Farticle%2Fdownload%2F67231%2F69841%2F88644&usg=AOvVaw2_qfjYwkYSo_gH4vp0xNDir>. Acesso em: 2 mai. 2021, p.5. Ele explica que tem a ver com o direito à inviolabilidade do domicílio (estar-só), da correspondência (segredo), etc. Cita Pontes de Miranda, para quem a “inviolabilidade da correspondência e do segredo profissional um direito fundamental de 'negação", um a liberdade de "negação": liberdade de não emitir pensamento exceto para um número reduzido (segredo da correspondência circular, dos avisos reservados aos empregados, etc.) ou exceto para um (cartas particulares)”.

⁷⁷MENDES, op. cit., 2014, p. 293.

⁷⁸MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 66.

⁷⁹MENDES, op. cit., 2014, p. 294.

quebrar sigilo bancário, fiscal e telefônico, esclareça-se que se refere à quebra de sigilo de dados somente, pois interceptação telefônica é sujeita à reserva de jurisdição. Mas não podem divulgar dados fora dos trabalhos internos. Com a LC nº 105/01⁸⁰, sobretudo em seu art. 4º, §1º, ampliaram-se as hipóteses de divulgação entre instituições financeiras, entidades de proteção ao crédito, autoridades competentes para apuração de ilícitos, dentre outros.

Não obstante, pode ocorrer a restrição sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática, independente de autorização expressa do constituinte⁸¹. Cita-se como exemplo a jurisprudência do STF, que admite, excepcionalmente a interceptação das cartas de sentenciados, sob o argumento de não poder ser instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas⁸². A ingerência do diretor do estabelecimento penitenciário foi positivada para os detentos em regime disciplinar diferenciado (RDD)⁸³.

No julgamento do Caso *Escher vs. Brasil*, a Corte IDH asseverou que, embora as conversas telefônicas não se encontrem expressamente previstas no art. 11.2 da CADH, trata-se de uma forma de comunicação que também é protegida pelo direito à vida privada⁸⁴. O direito à vida privada, para a Corte, pode ser restringido pelos Estados quando as ingerências não forem abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e ser necessárias em uma sociedade democrática⁸⁵. O Brasil foi condenado por ter falhado na investigação, pois apesar de ter havido a devida autorização judicial, foram veiculados no *Jornal Nacional*, e reproduzidos em coletiva de imprensa convocada pelo Secretário de Segurança do Estado do Paraná trechos das conversas telefônicas de integrantes do MST, investigados pela Polícia Militar.

⁸⁰ BRASIL. *Lei Complementar nº 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁸¹Ibid., p. 293.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 70814-5*. 1ª Turma. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

⁸³Art. 52, da Lei 7210/84 - A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.

⁸⁴ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Escher vs. Brasil*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em 2 mai. 2021. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 114, p. 36.

⁸⁵Ibid., §116, p. 36.

O STF já teve a oportunidade de analisar a matéria por diversas vezes, em especial quando esse direito conflita com o interesse público na persecução penal. Entendeu-se⁸⁶ pela inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro; de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, por se estar diante de aparelho que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida degravada a despeito da inviolabilidade da intimidade das pessoas.

Ainda de acordo com a jurisprudência do STF⁸⁷, até o momento, o uso de gravação de conversa telefônica feito por terceiro com a autorização de um dos interlocutores, mas sem o conhecimento do outro gera excludente da antijuridicidade. Afastaram a ilicitude de tal conduta, quando, por legítima defesa, fizer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime, entendendo-se lícita e, também essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da CRFB/88, com fundamento em violação da intimidade.

O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico, o telefônico incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas, ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, não se revelam oponíveis às CPIs, eis que o ato que decreta a quebra traduz derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria CRFB/88, aos órgãos de investigação parlamentar. Contudo, para as CPIs decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal ou do telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional, sendo suficientes simplesmente indícios. Justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos, tendo em vista ser medida restritiva de direitos⁸⁸.

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP nº 307*. Relator: Min. ILMAR GALVÃO. Disponível em: <AP 307 (stf.jus.br)>. Acesso em: 3 mai. 2021.

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.613*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUK_Ewjrt0Tdz7_wAhWSq5UCHRXNBZsQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fstf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D2765764&usg=AOvVaw1ih2WkMS9AVZHSIWPfbTMB>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁸⁸No julgamento da ADI nº 4.145, o Plenário do STF assentou a constitucionalidade da resolução 59 do CNJ, à exceção do quanto disposto no art. 13, §1º, o qual determinava que não seria admitido pedido de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática durante o plantão judiciário, ressalvada a hipótese de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros. Na visão

O STF⁸⁹ decidiu que a decisão de Moro, que levantou o sigilo dos grampos telefônicos envolvendo Lula, por entender que o magistrado não tinha competência para tomá-la. A Lei das Interceptações, "além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversa interceptada – art. 8º –, determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal – art. 9º". Entendeu-se inconcebível a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. O interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos não pode ser invocado, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade. Por mais que sejam flexibilizados os direitos à privacidade e intimidade de pessoas “públicas”, continuam titulares desses direitos, não podendo ser de todo suprimido.

Tendo o Congresso Nacional “derrubado” 16 dos 24 vetos que o Presidente da República havia apostado, mais de um ano após a vigência da lei, que deveria ter sido em 30 dias, em sessão conjunta, de acordo com o art. 66, § 4º, da CRFB/88⁹⁰. A Lei de Interceptações Telefônicas, arts. 8º-A e 10-A, inseridos na Lei nº 9.296/96 quando da vigência do “Pacote Anticrime”, passarão a ter vigência os §§ 2º e 4º do art. 8º-A. Uma das consequências é que o art. 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96 a gravação ambiental passa a ser admissível apenas em prol da defesa, quando dentro de sua casa, alargando o escopo de proteção à vida privada.

Renato Brasileiro⁹¹ discorda da mudança, defende que não se cuidando de interceptação ambiental ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada pelo agente, há de se admitir a gravação clandestina como prova válida, nos moldes do que preconiza o art. 422, do CPC/15. Para o mencionado autor, o Congresso está “sobrevalorizando a tutela de interesses individuais disponíveis, como a intimidade e vida privada, em detrimento da proteção do interesse público na tutela da segurança pública.”⁹²

da Corte, o CNJ teria extrapolado, nesse ponto, sua competência normativa. LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 849.

⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 23457 MC*. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <lava-jato-grampos-ilegais-lula-dilma.pdf (conjur.com.br)>. Acesso em: 3 mai. 2021, p. 5/6.

⁹⁰BRASIL, op. cit., nota 40. “O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.”

⁹¹ BRASILEIRO, op. cit., Atualização Rejeição de Vetos ao Pacote Anticrime. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/cbb5eb7983ed372190e9984c34fc4897.pdf>>. Acesso em: 4 mai. 2021, p. 45.

⁹²Ibid., p. 48.

O novo dispositivo vem na contramão da jurisprudência sedimentada do STF acerca do assunto, que sempre considerou a gravação clandestina realizada sem prévia autorização judicial como espécie de prova lícita, pelo menos em regra, *e.g.* a Tese de Repercussão Geral fixada no Tema nº 237⁹³. Por outro lado, se aproxima do disposto pela Corte Interamericana. De modo que, supondo que essa alteração remanesça, com base no princípio da presunção de constitucionalidade das leis, torna-se, comparativamente, mais drásticas em relação às possíveis ingerências estatais no estado de defesa ou de sítio, mas ao mesmo tempo não tão distante ao que até então era praticado.

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da LGPD⁹⁴, como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. Na medida em que relacionados à identificação de pessoa natural, efetiva ou potencial, o tratamento e a manipulação de dados pessoais precisam observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade, sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados.

Na medida cautelar, sobre o compartilhamento de dados sobre a pandemia com o IBGE, o STF⁹⁵ decidiu que ao não definir apropriadamente como e para quem serão utilizados os dados coletados, e que a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal⁹⁶, na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 583937*. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2610668&numeroProcesso=583937&classeProcesso=RE&numeroTema=237>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

⁹⁴ Tramitava na Câmara dos Deputados o PL nº 5762/2019 que pretendia a entrada em vigor da LGPD somente para 2022, assim como o recente PL nº 1179/2020, dispondo acerca do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia, cujo texto enviado à Câmara dos Deputados previa a entrada em vigor da LGPD para 1ª de janeiro de 2021, postergando ainda a entrada em vigor dos artigos referentes a aplicação das sanções administrativas para 1º de agosto de 2021. A Medida Provisória nº 959 um artigo altera a data da entrada em vigor da LGPD para 03/05/2021. Está remetida à sanção. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141753>>. Acesso em: 8 mai. 2021.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIs nº 6387, 6388, 6389 e 6390*. Relatora: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ0nvAhU0AtQKHQbnD0oQFjAAegQIARAD&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D442823&usq=AOvVaw3Q3VnDnr_edsmW_SkgUjzSk>. Acesso em: 9 mai. 2021.

⁹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 40. art. 5º, LIV, da CRFB: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades.

Além disso, não apresenta mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e o anonimato dos dados pessoais compartilhados; descumprindo as exigências constitucionais. Revelando-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada.

O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição⁹⁷.

Os dados tornam-se cada vez mais relevantes na busca de respostas para enfrentar a Covid-19 tanto para a ciência quanto para as autoridades sanitárias. Em razão da dificuldade de realizar diagnóstico da infecção na população em geral, iniciativas apoiadas em tecnologias digitais vêm sendo desenvolvidas por governos ou empresas privadas para possibilitar rastreamentos de sintomas, contatos e deslocamentos de modo a apoiar estratégias de acompanhamento e avaliação na vigilância de contágios.

Os dados pessoais sensíveis, como o direito à saúde – art. 5º, II, da LGPD⁹⁸ – regra geral, exigem o consentimento do titular, abrindo-se exceções para determinadas finalidades dentre as quais para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; e tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária, conforme art. 11, II, alíneas c), e) e f), da LGPD.

A despeito da importância e necessidade dessas iniciativas, questionamentos acerca da quantidade e tipos de dados pessoais coletados, processados, compartilhados e utilizados

⁹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6393 MC-REF*. Relatora: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358850>>. Acesso em: 9 mai. 2021.

⁹⁸BRASIL, op. cit., nota 36.

em nome da saúde pública⁹⁹. Há quem proponha a criação de aplicativo, cujo rastreamento de pessoas infectadas propõe-se a tornar desnecessário o *lockdown*.¹⁰⁰

Deste modo, há requisitos rígidos impostos pelo texto da constitucional para quebra do sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, por ordem judicial fundamentada, ou CPI, e para fins criminais. Apesar de serem por vezes flexibilizados pela jurisprudência quando em conflito com outros direitos, que também são constitucionalmente protegidos. Com ainda maior razão, deve haver cautela com o tratamento dos dados móveis, haja vista o momento de desenvolvimento tecnológico, em que os dados das pessoas circulam, em muito maior vulto pela *internet*.

1.3. Direito de ir e vir

A CRFB/88 resguarda o direito ambulatorial nos seguintes termos:

art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Art. 136. § 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.

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;

A CADH preleciona:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de

⁹⁹ALMEIDA, Bethania de Araujo et al. Personal data usage and privacy considerations in the COVID-19 global pandemic. In: *Ciênc. saúde coletiva*. v.25. Epub 05-Jun-2020. Disponível em: <Personal data usage and privacy considerations in the COVID-19 global pandemic (scielo.br)>. Acesso em 8 mai. 2021.

¹⁰⁰FERRETTI, Luca et al. Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. In: *Science*, v. 368, n. 641, p.8, 8 maio 2020. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/368/6491/eabb6936>>. Acesso em 8 mai. 2021.

que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Direitos não se confundem com garantias, pois estas servem para resguardar aquelas. Não obstante, possuem relação de proximidade, por seu objetivo comum de proteção à pessoa humana, que permite um estudo conjunto. A todo direito corresponde uma garantia que a assegura, e a toda garantia, um remédio que a torna eficaz. Distanciam-se pelo tempo, o momento de sua aplicação. O direito de locomoção tem tamanha relevância, que tem uma ação própria exclusivamente para operacionalizá-lo.

Além de crucial para o desenvolvimento do ser humano, já foi muito desrespeitado. Há inúmeros casos¹⁰¹ julgados pela Corte IDH a respeito de desaparecimentos forçados, sobretudo pelo passado recente de ditaduras na América Latina como um todo. No Caso Gomes Lund vs. Brasil¹⁰², a Corte Interamericana reafirmou o caráter de *jus cogens* do combate ao desaparecimento forçado. No dia 24 de outubro de 1975, o jornalista Vladimir Herzog compareceu ao DOI/CODI de São Paulo para prestar declarações e, após ter sido arbitrariamente detido, foi executado, o Brasil também neste caso foi condenado¹⁰³.

Evidente que as previsões de obrigação de permanência em localidade determinada e detenção em edifício não autorizariam a prática de tortura, inclusive continua valendo a proibição de incomunicabilidade; no entanto, ser aceitável a detenção das pessoas, propicia tais práticas odiosas. O que se torna ainda mais crítico, considerando ser um passado recente na história. A Corte IDH também havia enfrentado este tema quando a CIDH lhe formulou a seguinte consulta:

O recurso ao *habeas corpus*, cujo fundamento jurídico encontra-se nos artigos 7.6 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é uma das garantias judiciais que, de acordo com a parte final do parágrafo 22 3 do artigo 27 dessa Convenção, não pode ser suspensa por um Estado-parte da citada Convenção Americana?

¹⁰¹PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. São Paulo: CEL, 2020. v.g., Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (p. 57); Caso Loayza Tamayo vs. Peru (p. 61); Caso Blake vs. Guatemala (p. 70); Caso Barrios Altos vs. Peru (p. 107); . Caso Coiburú e outros vs. Paraguai (p. 178); Caso Celman vs. Uruguai (p. 218). Continuam a ser julgados pela Corte, por reconhecer a necessidade de implantar uma Justiça de Transição efetiva. Em outras palavras, por mais que já tenham ocorrido há algum tempo, a falta de investigações efetivas se protraí no tempo; afastando a preliminar de competência *ratione temporis*.

¹⁰²Ibid., p. 377 e 386. Popularmente conhecido como Caso “Guerrilha do Araguaia”, trata da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente setenta pessoas Segundo a Corte IDH, os corpos das vítimas do Caso Gomes Lund continuam desaparecidos e os responsáveis pelos desaparecimentos forçados não foram responsabilizados.

¹⁰³Ibid., p. 412.

A Corte IDH respondeu a esta consulta da CIDH, emitindo a sua Opinião Consultiva nº 08/1987 – O *habeas corpus* sob a suspensão de garantias –, afirmou que o *habeas corpus* não pode ser suspenso porque constitui uma garantia judicial indispensável para a proteção dos direitos e liberdades protegidos pela CADH, § 44. Reiterou o entendimento no caso *Loayza Tamayo vs. Peru*¹⁰⁴, no qual a vítima não dispôs de uma ação de garantia para proteger sua liberdade pessoal ou para questionar sua detenção ilegal.

No Brasil, o AI-5, de 13.12.1968, que perdurou até a sua revogação pela EC nº 11, de 17.10.1978, em seu art. 10, determinava “Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.”¹⁰⁵ Após a CRFB/88, remanesce tão somente a restrição quanto a punições disciplinares militares¹⁰⁶. E claro, quando não vulnerar a liberdade de locomoção, como no processo de *Impeachment*¹⁰⁷.

Os presídios são locais onde as pessoas são mantidas contra a sua vontade, sob a responsabilidade do poder público. Trata-se de local de aglomeração, ainda mais se for considerada a situação de estado de coisas inconstitucional¹⁰⁸, marcada pelo superlotação carcerária. Desde a decretação da pandemia, medidas têm sido propostas¹⁰⁹ na tentativa de

¹⁰⁴Ibid., p. 62/63. Estava em vigor no Peru um Decreto que suspendia tais ações. Ocorre que, conforme decidiu a Corte IDH, embora o direito à liberdade pessoal não esteja inserido no rol previsto no art. 27.2 da CADH, que estabelece os direitos que não podem ser suspensos em hipótese alguma, o mesmo dispositivo da CADH veda a suspensão das garantias indispensáveis para a proteção daqueles direitos, entre os quais certamente se insere o *habeas corpus* (Mérito, § 50). Importante ressaltar que a Corte IDH, no exercício da sua jurisdição consultiva, em 1987, antes de julgar o Caso *Loayza Tamayo*, o que ocorreria somente após dez anos.

¹⁰⁵LENZA, op. cit., p. 845.

¹⁰⁶art. 142, § 2º, da CRFB/88: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

¹⁰⁷No que tange a liberdade de locomoção, há outras restrições quanto ao uso do HC, mas em razão de não vulnerar nem mesmo hipoteticamente a liberdade de locomoção, e.g., BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 70.055/DF*. Relator: ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 15 abr. 2021.. Entendimento reafirmado no BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 134.315 AgR/DF*. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional na Medida Cautelar.

¹⁰⁹Na *ADPF nº 347 TPI-REF*, postula-se para que seja implementada liminar para determinar-se que os Juízos competentes adotem cautela no tocante à população carcerária, observada a orientação do Ministério da Saúde de segregação por catorze dias, bem assim analisem a possibilidade de deferimento de: a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

conter a disseminação nesses locais. Afinal, deve-se lembrar que aos presos são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei¹¹⁰. Por outro lado, se a incolumidade física dos presos deve ser preservada, há também mandados de criminalização na Constituição. A 2ª Turma do STF¹¹¹ referendou a liminar, concedida pelo ministro Edson Fachin, em que determinou aos magistrados do país que reavaliem a situação de detentos do regime semiaberto e verifiquem os que podem ser beneficiados pela Recomendação nº 62/2020¹¹², do CNJ. Tendo em vista o objetivo de reduzir os riscos epidemiológicos e a disseminação da Covid-19 nas prisões, enquanto durar a epidemia.

Em pesquisa empírica sobre as prisões em flagrantes ocorridas no Rio de Janeiro¹¹³, os argumentos usados para justificar a concessão da liberdade provisória, foram a ausência de gravidade do crime; desproporcionalidade da prisão; primariedade do acusado; ausência de *periculum libertatis* e Covid-19. O argumento mais utilizado foi a ausência de gravidade do crime, reconhecendo que o delito cometido sem violência ou grave ameaça e sem gravidade em concreto não justifica a prisão preventiva, presente em 83,1% das 537 liberdades provisórias.

A desproporcionalidade da prisão (proporcionalidade e homogeneidade) foi o segundo argumento mais utilizado. Já a Covid-19 foi o terceiro argumento mais utilizado. Em geral, foi dito que a liberdade provisória, diante da pandemia, era importante do ponto de vista humanitário e da redução do risco epidemiológico nos presídios. Foi a justificativa mais acompanhada pela ausência de gravidade no crime imputado, presente em 90% das decisões que a mencionaram. Os autores notam que o argumento da Covid-19 não foi utilizado examinando-se a situação particular do acusado – se realmente fazia parte do grupo de risco –, mas como medida mais coletiva de prevenção dentro das unidades prisionais. O argumento

¹¹⁰BRASIL, op. cit., nota 39. Art. 5º, XLIX, da CRFB/88: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”

¹¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC nº 188.820*. Relator: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5963414>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

¹¹²BRASIL. CNJ. *Recomendação nº 62*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

¹¹³HABER, Carolina Dzimidas; MOROSINI, Daniel Cardoso. Análise do impacto da pandemia sobre as prisões em flagrante no Estado do Rio de Janeiro. In: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 9-38, fev. 2021. ISSN 2674-9122. Disponível em: <ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/65>. Acesso em: 25 abr. 2021, p. 17 a 20. A amostra foi do período de aproximadamente um mês, entre 19 de março e 15 de abril de 2020, e correspondeu a 1.245 decisões, 537 de liberdade provisória (43%) e 708 de prisão preventiva (57%). Investigou-se a fundamentação das decisões, o que permitiu encontrar os argumentos mais utilizados na justificativa das liberdades provisórias e prisões preventivas. Também foram analisadas as situações de relaxamento da prisão e de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, especialmente pela aproximação com justificativas relacionadas a doença e ocorrência de maus tratos e tortura.

menos utilizado foi a primariedade ou ausência de passagens anteriores do custodiado. De modo bastante sucinto, a vida pregressa positiva do custodiado foi mencionada na fundamentação da liberdade provisória. Esse foi o argumento menos acompanhado pela ausência de gravidade no crime imputado, presente em apenas 57,9% das decisões que o mencionaram.

Segundo dados de relatório de gestão publicado pelo CNJ, apenas 37% dos estabelecimentos prisionais possuem módulo ou unidade de saúde aparelhados para atendimento básico. Em países mais desenvolvidos, com um sistema carcerário menos precário do que o brasileiro, já se argumenta¹¹⁴ que a não libertação de prisioneiro vulneráveis em tempos de pandemia constitui tratamento ou penalidade cruel, desumana ou degradante e grave violação da Convenção Internacional contra a tortura.

É importante pontuar que essas considerações sobre as pessoas presas, neste trabalho, faz-se relevante não porque sua liberdade tenha sido atingida pela pandemia, e sim por atingir outros tantos direitos, sobretudo o direito à saúde. Se as pessoas que estão resguardando o distanciamento social, mantendo-se em casa, sempre que possível, podem por vezes sentir-se “presas”, por questões psicológicas que podem exsurgir, que também não podem ser menosprezadas, mas que são incomparáveis com a constrição imposta pelo Estado aos que estão nas prisões. Não se pretende com isso reputar aceitável qualquer limitação às liberdades pessoais, em razão de desrespeitos muito maiores ocorrerem, apenas esclarecer que as medidas de distanciamento social não são medidas tão drásticas quanto alguns parecem supor¹¹⁵.

Por outro lado, não se pode depreender da situação dos presos uma lógica de “quem pode o mais, pode o menos”. Não é porque o direito de alguns está sendo reiteradamente violado que se poderia concluir que se poderia chegar à conclusão falaciosa de que o direito de outros tantos também poderiam ser; tampouco, imaginar que se pode manter as pessoas em casa seria um “menos” em relação a situações extremas de crise como a decretação do estado de defesa e do estado de sítio.

¹¹⁴TEMPROSA, Francis Tom; SIMPELO, Darwin. Rights under Lockdown: Not Releasing Vulnerable Prisoners in the Time of a Pandemic is a Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (October 12, 2020). In: *MJIL Online 2020, U of Michigan Law & Econ Research Paper Forthcoming*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3710054>>. Acesso em: 7 mai. 2021.

¹¹⁵v.g. “Lockdown é bizarro Estado de Sítio”, diz magistrado ao conceder HC preventivo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/lockdown-bizarro-estado-sitio-desembargador-tj-sp>>. Acesso em: 7 mai. 2021.

Quanto à população em geral, foram impostas medidas de afastamento social com base no Poder de Polícia, desafiando o federalismo brasileiro¹¹⁶, podendo ser categorizadas em eventos, educação e circulação de pessoas¹¹⁷, em diferentes graus ao longo do país. A nível nacional, a Lei nº 13.979/2020¹¹⁸ trata de medidas como isolamento e quarentena; contudo, não usa o termo “*lockdown*”. A expressão ora é usada para determinar um gênero, que abrange a quarentena, ora como sinônimo desta, ou ainda como uma medida ainda mais rigorosa. O *lockdown* pode ser classificado¹¹⁹ em confinamento total ou parcial. O confinamento total é definido como “suspensão total das atividades não essenciais com restrição de circulação de pessoas”¹²⁰ e o funcionamento exclusivamente dos serviços cruciais, por exemplo saúde, segurança e abastecimento. No *lockdown* parcial, alguns serviços não essenciais podem funcionar, sob rigorosas medidas de vigilância.

¹¹⁶BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e federação: a nova diretriz do supremo tribunal federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. In: *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p. 166-181, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-10.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2021.

¹¹⁷AQUINO, Estela M. L et al. *Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil*. Disponível em: <Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil (scielo.br)>. Acesso em: 7 mai. 2021.

¹¹⁸ BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.979-2020?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021. Art. 3º: 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: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) I – isolamento; II – quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020) IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020) (...)

¹¹⁹HOUVÊSSOU, Gbènkpon Mathias; DE SOUZA, Tatiana Porto; DA SILVEIRA, Mariângela Freitas. Medidas de contenção de tipo lockdown para prevenção e controle da COVID-19: estudo ecológico descritivo, com dados da África do Sul, Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos, Itália e Nova Zelândia, fevereiro a agosto de 2020. In: *Epidemiol. Serv. Saúde*. vol.30 no.1 Brasília 2021 Epub Jan 11, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2237-96222021000100303&script=sci_arttext>. Acesso em: 7 mai. 2021.

¹²⁰BRASIL. *Recomendação nº 36*, de 11 de maio de 2020 do Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde – CNS. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>>. Acesso em: 7 mai. 2021. Recomenda a implementação de medidas de distanciamento social mais restritivo (lockdown), nos municípios com ocorrência acelerada de novos casos de COVID-19 e com taxa de ocupação dos serviços atingindo níveis críticos.

O presidente da república impetrou ADI nº 6764¹²¹ em face de decretos, em comando geral, tendo como destinatários inclusive os cidadãos presumidamente saudáveis localizados em seus respectivos territórios, os decretos ora impugnados extrapolaram dos conceitos estabelecidos na legislação sanitária brasileira, incorrendo em disposição *ultra vires* da liberdade econômica e da liberdade de ir e vir das pessoas, com base na legalidade e na proporcionalidade. Foi indeferida monocraticamente pelo Ministro Relator nos seguintes termos “Ante os ares democráticos vivenciados, imprópria, a todos os títulos, é a visão totalitária. Ao Presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros”.

Ainda no primeiro semestre de 2020, o STF decidiu que estados e municípios, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar, respectivamente, medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local durante o estado de emergência decorrente da pandemia, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde para a decretação de isolamento, quarentena e outras providências. O que faz sentido, levando em consideração que a jurisprudência do STJ¹²² é pela concessão do HC quando apreendido o passaporte, mas não quando suspensa a CNH, sob o argumento de haver outros meios de transitar no território nacional, até que se mantém coerente com a sua jurisprudência, no fundo privilegia a locomoção entre países. As considerações sobre o lockdown em específico serão aprofundadas no terceiro capítulo deste trabalho.

1.4. Direito de propriedade

A CRFB/88 preleciona:

art. 5º. XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

¹²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6764*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345995598&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2021, p. 8.

¹²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 597069*. Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27102020-Negado-habeas-corpus-a-comerciante-que-teve-CNH-suspensa-e-passaporte-apreendido-em-processo-de-execucao.aspx>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

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

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:

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Consta do âmbito de proteção da CADH:

Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Para Rafael Oliveira¹²³, a intervenção estatal na propriedade é fruto do exercício do poder de polícia do Estado e justifica pela necessidade de cumprimento da função social da propriedade e satisfação do interesse público. Di Pietro¹²⁴ também situa na esfera do poder de polícia do Estado, a autora afirma que passa a submeter-se a regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum.

Qualquer ingerência no direito fundamental à propriedade demanda algum fundamento constitucional. De modo que o administrador público não pode criar uma razão para restringir ou suprimir a propriedade privada que não tenha fundamento constitucional. A desapropriação por utilidade pública, que é regulamentada pelo DL nº 3.365; a desapropriação por interesse social propriamente dito é disciplinada pela Lei nº 4.132; desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, que tem duas leis que regulamentam a desapropriação, a LC nº 76/93 cuida do rito da ação de reforma agrária e a Lei nº 8.629/93. A desapropriação por interesse social para fins urbanísticos, regulado pela Lei nº 10.257/01, que é o estatuto da cidade, que vai disciplinar essa espécie de desapropriação; e, por fim, a desapropriação sanção ou chamam de desapropriação confiscatória, outro chama de confisco,

¹²³OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 586.

¹²⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 167.

do art. 243, da CRFB/88, situação em que há supressão da propriedade sem o pagamento de qualquer indenização.

Há discussão se a limitação administrativa seria uma restrição ao direito de propriedade ou regular exercício do poder de polícia, fato é que são determinações impostas pelo Poder Público a proprietários indeterminados, consistentes em obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social. São exemplos de limitação administrativa a proibição de desmatamento de parte de área florestada da propriedade rural, bem como o impedimento de se construir um prédio acima de determinada altura. Caracterizam-se pela generalidade e abstração, não gerando direito à indenização, em regra. Apenas em casos excepcionais admite-se a obrigação de indenizar, quando, por exemplo, o ato instituidor causar danos desproporcionais ou na hipótese de intervenção supressiva travestida de restritiva, ou seja, quando é efetuada formalmente de maneira proporcional, mas, materialmente, retira toda a possibilidade de gozo de um determinado direito de propriedade da pessoa.

O domínio eminente é o poder que o estado possui sobre todos os bens situados no seu território. É o poder de disciplinar o regime jurídico aplicável aos bens situados em seu território. É com base nele que o estado pode parar dar uma função social a propriedade criar restrições e supressões à propriedade.

A ocupação temporária representa a utilização transitória, remunerada ou gratuita, de bens particulares para execução de obras, serviços ou atividades públicas de interesse público.

De acordo com o art. 15, XIII, da Lei nº 8.080/90¹²⁵, para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização.

A União não pode requisitar seringas e agulhas que já foram contratados pelo Estado-membro para o plano estadual de imunização e que ainda estão na indústria, apesar de já terem sido empenhados¹²⁶. Em situações de “normalidade” já são impostas restrições ao direito de propriedade, podendo ocorrer a imposição de restrições, com fundamento no

¹²⁵ BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹²⁶O Plenário do STF fixou a seguinte tese: “É incabível a requisição administrativa, pela União, de bens insumos contratados por unidade federativa e destinados à execução do plano local de imunização, cujos pagamentos já foram empenhados. A requisição administrativa não pode se voltar contra bem ou serviço de outro ente federativo. Isso para que não haja indevida interferência na autonomia de um sobre outro.”

princípio da supremacia do interesse público. Percebe-se que é possível que o Estado intervenha até mesmo na propriedade particular cumpridora da função social. Sendo assim, não se revela tão drástica a medida, comparativamente, em relação às anteriormente analisadas, se se considerar propriedade em sentido estrito.

No entanto, o Ministro Celso de Mello deferiu a cautelar requerida na ACO nº 3.385¹²⁷, para determinar a entrega ao Estado do Maranhão de ventiladores pulmonares previamente adquiridos por meio de contrato administrativos, pelos seguintes fundamentos:

[...] os bens integrantes do patrimônio público estadual e municipal acham-se excluídos, porque a ele imunes, do alcance desse extraordinário poder que a Lei Fundamental, tratando-se, unicamente, ‘de propriedade particular’, outorgou à União Federal (art. 5º, XXV), ressalvadas as situações que, fundadas no estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, II) e no estado de sítio (CF, art. 139, VII), outorgam, ao Presidente da República, os denominados ‘poderes de crise’, cujo exercício está sujeito à rígida observância, pelo Chefe do Executivo da União, dos limites formais e materiais definidos pelo modelo jurídico que regula, em nosso ordenamento positivo, o sistema constitucional de crises ou de legalidade extraordinária. [...] Vê-se, desse modo, que não se revelava lícito à União Federal, porque ainda não instaurado qualquer dos sistemas constitucionais de crise (estado de defesa e/ou estado de sítio), e analisada a questão sob uma perspectiva de ordem estritamente constitucional, promover a requisição de bens pertencentes ao Estado do Maranhão[...]

O que revela uma distância substancial dos poderes da administração pública com relação à situação de crise, explicitamente faz-se uma comparação com os estados de exceção, assegurando que se tivessem sido decretados seria viável a requisição. No mesmo sentido foi a decisão¹²⁸ pela autonomia dos entes, sobre a vacinação, em que os produtos requisitados já tinham sido objeto de contratação e empenho pelo Estado de São Paulo, visando, justamente, ao uso nas ações de imunização contra a Covid-19, sob a perspectiva de ser competência da União, por meio do Ministério da Saúde, de:

coordenar o PNI e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações, mas tal atribuição não exclui a competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para adaptá-los às peculiaridades locais, no típico exercício da competência comum de que dispõem para ‘cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II, da CF).

O relator observou que “a incúria do Governo Federal não pode penalizar a diligência da Administração do Estado de São Paulo.” O autor Gilmar Mendes¹²⁹ questiona se

¹²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 3385 TP*. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345933373&ext=.pdf>>. Acesso em: 3 mai. 2021, p. 12 e 17.

¹²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 3463 MC-Ref*. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345933373&ext=.pdf>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

¹²⁹MENDES, op. cit., 2014, p. 324/325.

uma ampliação do conceito de propriedade não o faria se confundir com o conceito de patrimônio, entendido como soma dos valores patrimoniais ou dinheiro reunido por uma pessoa. Ele informa que a Corte Constitucional alemã rejeitou expressamente essa assimilação, adotando um conceito mais restrito. Não obstante, sustenta que doutrina e jurisprudência reconhecem que as leis tributárias não podem ser dotadas de efeito confiscatório, atribuindo-se à proteção do direito de propriedade a qualidade de parâmetro de controle em relação às exações tributárias.

A vedação ao confisco pode ser entendida¹³⁰, grosso modo, como a proibição de absorver a propriedade tributada por inteiro, eliminando-a. A carga tributária não pode tornar-se insuportável a tal ponto que comprometa uma existência digna, ou ainda a prática de atividades profissionais lícitas, ou a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas, conforme decidiu-se na ADI nº 1075¹³¹.

A pandemia do Coronavírus foi entendida como elemento caracterizador de calamidade pública, conforme o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020¹³². A calamidade pública é definida no art. 2º, VIII, do Decreto nº 10.593/2020¹³³, como “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;”.

¹³⁰Ibid., p. 1394.

¹³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1075-MC*. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392114>>. Acesso em: 27 abr. 2021. Nessa decisão, o STF aplicou o art. 150, IV, da CF impede a aplicação de multa fiscal instituída no valor de 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado.

¹³²Reconhece, 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: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materia/s/-/materia/141114>>. Acesso em: 2 mai. 2021. Se estenderia apenas até 31/12/2020, mas há Projeto de Decreto Legislativo 566/20, com vistas a prorrogar por seis meses, a partir de 1º de janeiro de 2021, o estado de calamidade pública, que encontra-se aguardando Parecer do Relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2267693>>. Acesso em: 2 mai. 2021. Por meio do decreto 46.973, de 16 de março de 2020, publicado no Diário Oficial do Estado em 17 de março de 2020, o Governo do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a Situação de Emergência na Saúde Pública. O Estado de Calamidade Pública foi decretado em 17 de abril de 2020, por meio da lei estadual 8.794. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjV5Nv497nwAhWupJUCHQ46AAQQFjABegQIEhAD&url=https%3A%2F%2Fpge.rj.gov.br%2F covid19%2Festadual%2Fdecretos&usq=AovVaw1RKnT2_z2EucnPAxySppHE>. Acesso em: 2 mai. 2021.

¹³³BRASIL. *Decreto nº 10.593/2020*, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art44>. Acesso em: 5 mai. 2021. Derrogando o Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010.

Por sua vez, a calamidade pública pode ter repercussões financeiro tributárias. Ficam suspensos prazos para ajuste das despesas de pessoal e dos limites do endividamento; para cumprimento das metas fiscais; e para adoção dos limites de empenho – contingenciamento – das despesas; e se qualificada por se uma calamidade de grandes proporções da natureza, pode dar ensejo à decretação do estado de defesa. No próximo capítulo será feita a análise sobre a interpretação que se dá para verificar o cabimento da decretação, as vinculações impostas ao administrador. Por ora, parte-se para a análise dos efeitos tributários, por afetar o direito de propriedade, quais sejam a possibilidade de instituir empréstimo compulsório, imposto extraordinário e a autorização de crédito extraordinário.

Funcionam para flexibilizar a administração, viabilizando o combate aos efeitos da pandemia, já previstos na Lei nº 13.979/2020¹³⁴. Ademais, dispensa a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública¹³⁵, a nova Lei de Licitações, Lei nº 13.133/2021, incluiu o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal como hipóteses expressas de dispensa de licitação¹³⁶.

Sabbag¹³⁷ ensina que os empréstimos compulsórios são tributos autônomos, com cláusula de restituição, instituídos pela União, por lei complementar, constituem exceção à Anterioridade Anual e à Anterioridade Nonagesimal, dispostos em face de três pressupostos fáticos: calamidade pública, guerra externa e investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional – art. 148, I e II, CF c/c art. 15, I e II, do CTN. O doutrinador

¹³⁴BRASIL, op. cit., nota 112. Art. 8º: “Esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência internacional pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019.”

¹³⁵Ibid., Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. § 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. § 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º, do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 14.133/2021, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 5 jun. 2021. Art. 75. É dispensável a licitação: VII - nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem. VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos 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 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

¹³⁷SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 528.

assevera estar superada, de modo incontroverso, o enunciado de Súmula nº 418 do STF¹³⁸, haja vista ser tributo, finalístico e de destinação vinculada. Há dois Projetos de Lei Complementar para a instituição de empréstimo compulsório para atender às despesas urgentes causadas pela situação de calamidade pública relacionada ao coronavírus¹³⁹.

Os impostos extraordinários são cobrados em situações excepcionais e, portanto, têm caráter transitório, temporário, instituído para suprir excepcional necessidade de recursos, compondo assim a receita extraordinária. No entanto, a pandemia, ainda que se espere ser temporária, tem perdurado por um longo período de tempo. Pode-se dizer que o imposto extraordinário é caracterizado pela existência de um motivo específico, sem o qual o imposto extraordinário é inconstitucional. Ocorre que o motivo específico não legitima a instituição do imposto extraordinário como situação capaz de constituir fato gerador deste imposto. O fato gerador será aquele que a lei disciplinar, que poderá estar ou não inserido na competência da União, pela redação do próprio art. 154, II, da CRFB/88. Diante da redação do referido artigo, o professor Cláudio Carneiro¹⁴⁰ depreende da expressão “(...) compreendidos ou não em sua competência tributária (...)” o entendimento que a Constituição permitiria uma bitributação expressa. Para ele, o art. 154, da CRFB/88 autorizaria não só a bitributação, como também um *bis in idem*.

Há a possibilidade de instituição de despesa extraordinária decorrente de calamidade pública, apesar da indeterminação do conceito, essa despesa extraordinária decorrente de calamidade pública refere-se a situações limítrofes, indicadoras de catástrofes da natureza ou hecatombes avassaladoras (terremotos, maremotos, incêndios, enchentes catastróficas, secas transanuais, tufões, ciclones etc.)¹⁴¹.

A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62, da CRFB/88. Significa dizer que o crédito

¹³⁸BRASIL. STF. *Enunciado de Súmula nº 418*: “O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária”. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula418/false>>. Acesso em: 5 jun. 2021.

¹³⁹A PLP nº 34/2020 foi apresentada pelo deputado Wellington Roberto – PL/PB no dia 23/03/2020, encontra-se Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), tomando como sujeito passivo as pessoas jurídicas domiciliadas no país com patrimônio líquido igual ou superior a R\$1.000.000.000 (um bilhão de reais) na data de publicação. E a PLP 105/2020, apensada foi apresentada pelo deputado Valmir Assunção – PT/BA, apresentada em 20/04/2020, institui o empréstimo compulsório para instituições financeiras com o objetivo de atender às despesas urgentes causadas pela situação de calamidade pública relacionada ao coronavírus. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241701>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

¹⁴⁰CARNEIRO, op. cit., p. 267.

¹⁴¹SABBAG, op. cit., p. 659.

extraordinário será criado quando não existir dotação orçamentária prevista na Lei Orçamentária e que, em face da sua urgência e imprevisibilidade, não necessita de lei. Deve-se lembrar que medida provisória não pode tratar de matéria reservada à lei complementar, e, muito menos, alterá-la. Nesse sentido, os limites de gastos com despesas de pessoal e os limites constitucionais mínimos de aplicação de dotação orçamentária nos setores de educação e saúde. Tais limites encontram-se previstos nos arts. 198, 212 e 213 da CRFB/88.¹⁴² Com o julgamento da medida cautelar no âmbito da ADI nº 4.048 MC/DF, o precedente foi parcialmente revisto e o STF entendeu ser competente para analisar o conteúdo das medidas provisórias no tocante aos critérios de imprevisibilidade e urgência quando se tratar de abertura de crédito extraordinário.¹⁴³

Portanto, há basicamente três mecanismos principais de flexibilização no controle do erário, o que viabiliza os investimentos urgentes em uma situação de calamidade pública. A contrapartida de imiscuir-se no patrimônio de pessoas físicas e jurídicas deve ser feito de forma proporcional.

Quanto aos direitos fundamentais genericamente tratados, resta inegável a necessidade do uso do Poder de Polícia, o que é, na verdade, um poder-dever ou dever-poder, para autorizada doutrina¹⁴⁴. Não podendo o Administrador Público valer-se tão somente de uma lógica simplista de quem pode o mais, pode o menos. Cada instituto do sistema constitucional de crises tem causas que lhe são próprias e limites na atuação, tendo a temporariedade como uma característica crucial, o que será melhor abordado ao longo deste trabalho. Encontrar um ponto de proporcionalidade em sentido estrito é um desafio que se impõe, devendo ser encontrado um ponto de equilíbrio entre a proteção da saúde pública e dos demais direitos historicamente conquistados.

¹⁴²CARNEIRO, op. cit., p. 108.

¹⁴³Ibid., p. 166.

¹⁴⁴OLIVEIRA, op.cit., p. 259.

2. CONTROLE DA DECRETAÇÃO DOS ESTADOS DE DEFESA E DE SÍTIO

Uma vez estabelecido aquilo que deve ser mantido sob perspectiva, ou seja, os direitos fundamentais que vêm se consolidando e que não podem ser postos em xeque sem motivo justo, passa-se às formas de controle de sua decretação. E então, no próximo capítulo, serão analisadas as demais características do sistema constitucional de crises, comparando com outros institutos constitucionais emergenciais.

Há previsão de controle expreso na Constituição sobre a decretação de legalidade extraordinária, dividindo-se em controle político e controle judicial. Que por sua vez subdividem-se em imediato/preventivo, concomitante e sucessivo ou a *posteriori*. O controle é exercido sobre os pressupostos de fundo e de forma, na expressão de José Afonso da Silva¹⁴⁵, o qual estabelece que “o estado de defesa não é, e não pode ser, situação de arbítrio, mas situação constitucionalmente regrada. Por isso, fica sujeito a controles político e jurisdicional”¹⁴⁶.

De acordo com Rothenburg¹⁴⁷, os estados de defesa e de sítio estão submetidos a diversos tipos de controle, e o simples fato de as situações de crise grave serem expressamente previstas na Constituição ensejaria, por si só, a possibilidade de fiscalização. O controle decorre do caráter excepcional das medidas, da proteção aos direitos afetados e do inter-relacionamento dos Poderes de Estado, da separação de poderes.

Diversos órgãos têm competência para realizar diferentes modalidades de controle, todavia a decretação e execução das medidas de exceção cabem ao Poder Executivo, o que

¹⁴⁵SILVA, op. cit., p. 776.

¹⁴⁶Ibid., p. 777.

¹⁴⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentários aos arts. 136 a 141, In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 3355.

acarreta a fiscalização parlamentar, o que Rothenburg cunha de “parlamentarização” do controle sobre os estados de defesa e de sítio. Considerando a restrição de direitos, enfatiza-se o inafastável controle judicial das medidas, se acionado o Poder Judiciário. Ainda, em razão do protagonismo que assume na CRFB/88, o autor destaca a necessidade de atuação fiscalizatória do Ministério Público.

O controle político imediato, no estado de defesa, ocorre, nos termos do art. 136, §4º, com o envio da justificação dentro de 24 horas ao Congresso Nacional, para que seja apreciado por maioria absoluta dos parlamentares, no estado de defesa. Diferenciando-se neste ponto, na medida em que, no estado de sítio é preciso a autorização do Congresso Nacional, de acordo com o art. 137, parágrafo único, ou seja, há controle político prévio. Encontrando-se em recesso, o Congresso Nacional será convocado extraordinariamente pelo presidente do Senado, de acordo com o art. 57, §6º, I, da CRFB/88. Incumbindo-lhe apreciar o decreto, em qualquer caso, dentro de dez dias, contados do seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.¹⁴⁸

O controle concomitante será realizado por Comissão designada pela Mesa do Congresso Nacional, composta de cinco de seus membros, que acompanhará e fiscalizará a execução expediente cuidado e comum, também, ao estado de sítio. A Mesa do Congresso Nacional não esgota sua tarefa na designação dos cinco congressistas, ela também deve exigir a prestação de contas da Comissão sobre sua incumbência¹⁴⁹.

O controle sucessivo atuará após o término do estado de defesa e a consequente cessação dos seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes, ocasião em que o Presidente da República deverá encaminhar mensagem ao Congresso Nacional relatando as medidas aplicadas, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, e indicação das restrições impostas.

O decreto em si considerado tem abstratividade e generalidade suficientes a ponto de ser considerado ato de natureza legislativa, e conseqüentemente sujeitar-se ao controle de constitucionalidade. Não obstante ser o Presidente da República quem pratica o ato, cumprindo com o critério subjetivo, suficiente para caracterizar ato da administração, e não ato administrativo propriamente dito. Por outro lado, tomando o decreto que inaugura o estado de defesa ou estado de sítio como um ato administrativo *lato sensu*, eis que se vislumbra a

¹⁴⁸MORAES, op. cit., 2003, In: *Revista da Emerj*, p. 205.

¹⁴⁹SILVA, op. cit., p. 517.

função administrativa, não apenas que implica na declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público¹⁵⁰.

2.1. Possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário

Tradicionalmente, o poder Judiciário não pode se imiscuir em decisões de mérito¹⁵¹. Os representantes democraticamente eleitos têm margem de apreciação para determinar a alocação de despesas, respeitando os limites das leis orçamentárias. No entanto, resta ao Judiciário o controle sobre eventuais abusos. O presidente tem margem de apreciação na decretação do estado de defesa e do estado de sítio, respeitados os limites espaçotemporais, a serem mais bem detalhados no próximo capítulo, e as restrições a garantias e direitos dimensionados no capítulo anterior.

Em atos discricionários, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, há certa margem de liberdade de decisão, podendo a autoridade optar dentre várias soluções possíveis, o que mitiga a legalidade estrita que milita, regra geral, no direito público. A adoção de uma das soluções é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo discricionário, o poder de ação administrativa não é totalmente livre, em alguns elementos, sobretudo competência, finalidade e forma, a lei impõe limitações¹⁵².

Rafael Oliveira¹⁵³ menciona a distinção entre ato administrativo e ato de governo (político), este relaciona-se com a função política, editado pelos Poderes Executivo e Legislativo, exemplificando com a sanção e veto de projetos de lei e com a declaração de guerra; aquele, pelo Poder Executivo em função típica e pelo Legislativo e Judiciário nas funções atípicas, que se inserem no Direito Administrativo. O objetivo principal da classificação seria afastar os atos de governo do controle judicial, todavia a tendência atual é a de submissão de todo e qualquer ato ao controle jurisdicional.

De acordo com Moreira Neto¹⁵⁴, o imodificável pelo controle judiciário limita-se “tão somente ao conteúdo amplamente discricionário”, pois mais nada se exclui da “sindicabilidade integral de sua juridicidade”, tendo em vista que a sujeição à ordem jurídica

¹⁵⁰DI PIETRO, op. cit., p. 236.

¹⁵¹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 127.

¹⁵²DI PIETRO, op. cit., p. 255.

¹⁵³OLIVEIRA, op. cit., p. 296.

¹⁵⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 222.

não está excepcionada por qualquer tipo de imunidade, semelhante ao conteúdo de qualquer ato discricionário de espectro menos amplo. Diferencia sindicabilidade de alterabilidade do conteúdo político de um ato, o autor exemplifica com a nomeação de um Ministro de Estado (decreto), indicando como obviamente densa de conteúdo político, referida a uma complexa gama de motivos sob a exclusiva decisão do Presidente da República, nem por isso escapa da classificação genérica de ato administrativo para passar a formar uma categoria à parte (que seria o chamado ato de governo) imune à apreciação judiciária. Assim, como ato administrativo, sempre poderá ser contrastado com a ordem jurídica quanto a todos os seus elementos vinculados, quais sejam, a competência de quem o edita; a forma, de que se revestiria a nomeação; mais certos motivos vinculantes, a nacionalidade e a condição etária do nomeado – art. 87, caput, da CRFB/88 –, bem como sujeitos à apreciação de juridicidade, os seus padrões de realidade e de razoabilidade.

Em sentido semelhante, expandindo ainda mais o alcance, Ana Paula de Barcellos¹⁵⁵, “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.” Afirmação essa que a autora logo em seguida esclarece não retirar o espaço de deliberação político-majoritária, mas que não está livre de condicionantes jurídico-constitucionais.

A “judicialização de políticas públicas” encontra-se em inúmeros exemplos na jurisprudência. Com base na economia comportamental, imputa-se, abstratamente, ao Estado o papel de “arquiteto de escolhas”¹⁵⁶. Não obstante, o STF já decidiu de forma reiterada sobre o controle por parte do Judiciário, vale mencionar o voto do Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45¹⁵⁷, tomando os direitos sociais como fonte de direitos e obrigações, o Ministro destacou a necessidade de preservação do mínimo existencial, decorrente da dignidade da pessoa humana, mesmo diante de alegações de reserva do possível. O administrador precisa cumprir com metas de orçamento, mas precisa coadunar com a observância a direitos

¹⁵⁵BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Cadernos de Escola de Direito*. Unibrasil. Edição v. 1 nº 5 (2005). Seção Artigos de Professores e Juristas Convidados. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2521>>. Acesso em: 28 set. 2021, p. 134.

¹⁵⁶OLIVEIRA, op. cit., p. 559

¹⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> -Políticas Públicas-Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 17 jul. 2021.

fundamentais, o Judiciário precisa agir nesse sentido, ainda que cunhado de ativista, muitas vezes em tom de crítica.

Em condições de recrudescimento da pandemia do Covid-19, o Plenário do STF¹⁵⁸ entendeu não ser constitucionalmente aceitável qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, como a que resulta em decréscimo no número de leitos de Unidade de Terapia Intensiva habilitados, custeados pela União. Assim, foi determinado à União que analisasse, imediatamente, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelos estados-membros requerentes junto ao Ministério da Saúde; restabelecesse, imediatamente, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 nos estados requerentes que estavam habilitados (custeados) pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021; prestasse suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTIs nos entes estaduais requerentes, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia.

A questão perpassa pela teoria do limite dos limites, pelas ditas “escolhas trágicas”, com a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional, atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais, quais sejam a proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição de excesso¹⁵⁹. O STF deixou incólume de dúvidas o caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde¹⁶⁰.

Em lógica assemelhada, além das políticas públicas, tem-se como limitado o controle dos requisitos formais da medida provisória, no qual o Poder Judiciário deve verificar se as razões apresentadas na exposição de motivos pelo Chefe do Poder Executivo são congruentes com a urgência e a relevância alegadas, sem adentrar ao júízo de fundo que o texto

¹⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 3473 MC-Ref/DF, ACO nº 3474 TP-Ref/SP, ACO nº 3475 TP-Ref/DF, ACO nº 3478 MC-Ref/PI e ACO nº 3483 TP-Ref/DF*. Relator: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiruLXD1ob2AhX0GLkGHRw3ACIQFnoECAIQAQ&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D755935254&usg=AOvVaw3frQzHP62hfkXSybFAH7Az>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

¹⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 727864*. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4346937>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

¹⁶⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA nº 223*. Redator para o acórdão: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

constitucional atribui ao Poder Legislativo¹⁶¹. A edição de medidas provisórias, que têm força de lei, nos critérios de relevância e urgência costumam ser deixados ao critério do Executivo. Em outras palavras, o controle do Judiciário é ainda mais restrito.

No estado de exceção, no dizer de Agamben¹⁶², o decreto assume “força-de-lei”, expressão que coloca propositalmente a “lei” riscada, pois não propriamente dita, referindo-se apenas à forma de lei, travestido de lei. Ao aplicar uma norma, seria necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Para o filósofo, em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.

Para ele¹⁶³, em todos os casos em que se instaurou o fascismo, a declaração do estado de sítio decorreu de um decreto real que, mesmo não contendo nenhuma cláusula de ratificação parlamentar, sempre foi aprovado pelo Parlamento como os outros decretos de urgência não concernentes ao estado de sítio, e o julgamento sobre a necessidade e sobre a urgência estava sujeito somente ao controle político do Parlamento.

Em outras palavras, Agamben tem uma perspectiva absolutamente cética sobre a decretação do estado de sítio em um Estado democrático, para ele estaria sempre a serviço do arbítrio, mas não cria propostas de medidas a serem adotadas em situações adversas, excepcionais. O que permite supor que o direito ordinário deveria ser capaz de resolver também estes casos, com isso, aportando o raciocínio para o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se depreender a natureza de ato administrativo.

Ainda sobre a discricionariedade, Binjenbojm¹⁶⁴ assinala a aparente incongruência intrínseca entre o arcabouço teórico e o Estado de direito, tendo em vista a generalização de uma visão de que o poder discricionário detido pela Administração Pública seria necessário, justificável e inevitável. Sob essa perspectiva, seria um plexo de competências decisórias externas ao direito, em relação à escolha de praticar ou não o ato e aos efeitos e consequências de sua prática, infenso ao controle jurisdicional.

Contudo, houve evolução passando a haver parâmetro jurídico do núcleo ou mérito administrativo, passando pelas etapas da teoria dos elementos do ato, desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei. Pode-se citar como teorias que

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5599*. Relator: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5061012>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

¹⁶² AGAMBEN, op. cit., p. 51.

¹⁶³ Ibid., p. 32.

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 199.

viabilizaram essa perspectiva, do desvio de poder, do excesso de poder e dos motivos determinantes, dos conceitos jurídicos indeterminados e da vinculação direta dos atos administrativos constitucionais.

Sobre os conceitos jurídicos indeterminados, são justamente traço marcante das escolhas políticas, de forma proposital, em peculiar amplitude aberta pela ordem jurídica¹⁶⁵. O problema que se instaura é a dificuldade em determinar se houve extrapolação, se as balizas não estiverem bem determinadas. Barroso¹⁶⁶ alerta que “Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário.”

Binenbojm¹⁶⁷ sustenta que deve chegar a discricionariedade ao grau zero. De fato, há um espaço decisório peculiar à Administração, o que não se confunde com escolhas puramente subjetivas, e sim definida pela prioridade das autoridades administrativas na fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos.

Não é fenômeno exclusivo do direito brasileiro a maior atuação do Judiciário, há um incentivo à judicialização, questões como a natureza secular do sistema político turco, a guerra na Chechênia, a definição fundamental de Israel como um “Estado judaico e democrático” ou o futuro político de Quebec e da federação canadense são questões primordialmente políticas, e não judiciais, mas restam ao Judiciário, pois os políticos buscam evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos – que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado. Jogando pelas regras do “redirecionamento de culpa”¹⁶⁸.

No mesmo sentido, Rafael Oliveira explica que o Controle do mérito administrativo era tradicionalmente imune ao controle judicial. Restringia-se ao controle de legalidade, também chamado de juridicidade, sendo outrora vedado ao Judiciário “substituir-se ao administrador e ao legislador para definir, dentro da moldura normativa, qual a decisão mais conveniente ou oportuna para o atendimento do interesse público”¹⁶⁹.

¹⁶⁵MOREIRA NETO, op. cit., p. 81.

¹⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 340.

¹⁶⁷BINENBOJM, op. cit., p. 201.

¹⁶⁸HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo* 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 20 jan. 2022, p. 173.

¹⁶⁹OLIVEIRA, op. cit., p. 311.

Indo de encontro a todos esses autores administrativistas, Alexandre de Moraes¹⁷⁰ tem o posicionamento bastante rígido sobre a separação de poderes. Enquanto Ministro, teve a oportunidade de se manifestar a respeito, e.g. na discricionariedade mitigada concedida ao Chefe do Poder Executivo para a escolha de reitor¹⁷¹. Enquanto doutrinador, esposa entendimento, que julga ser o dominante, com escopo na doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, pela impossibilidade de se adentrar no mérito discricionário do Poder Executivo, sendo para ele, impossível por parte do Judiciário a análise da conveniência e oportunidade política para a decretação.

Por outro lado, Lenza¹⁷² defende tanto a possibilidade do controle judicial em relação às medidas de restrição implantadas, como aos aspectos do seu cabimento. Poderia haver controle judicial do mérito político da decretação, supondo o Poder Legislativo ter aprovado o estado de defesa instituído e autorizado o pedido para decretação do estado de sítio, em casos excepcionais, uma vez caracterizado o abuso de direito ou o desvio de finalidade, sustenta a possibilidade de controle judicial em relação aos requisitos constitucionais para a decretação.

2.2. Controle Preventivo

A maior parte dos instrumentos de controle restam a uma investigação posterior aos fatos. O ideal seria que fosse o contrário, que antes mesmo que os danos ocorressem, pudessem ser evitados, conforme defende Mascarenhas¹⁷³, que cunha de mecanismos de vocação prospectiva, ou seja, que se preocupam com o futuro, em vez de ficarem presos ao passado. No entanto, essa pretensão de intervenção preventiva só aumenta o atrito em relação à separação de poderes.

Na seara da responsabilização dos agentes públicos, categoria em que ele inclui agentes políticos, o referido autor elenca as inelegibilidades, sobretudo com a Lei de Ficha

¹⁷⁰MORAES, op. cit., 2003, p. 524.

¹⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 759 MC-Ref.* Redator para o acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiDwLLq8dnyAhVnqZUCHaUIABMQFnoECAkQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fconstituicao%2Fartigo.asp%3Fitem%3D1898%26tipo%3DCJ%26termo%3D37&usq=AOvVaw2bcL3mh6sPGjCYzpgZw4IB>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁷²LENZA, op. cit., p. 719.

¹⁷³MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Responsabilidade Constitucional dos Agentes Políticos.* Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/88768>>. Acesso em: 21 mai. 2021, p. 456.

Limpa¹⁷⁴ e códigos de conduta. Com inspiração na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção¹⁷⁵, e destaca a Convenção Interamericana contra a Corrupção¹⁷⁶, que possui longo artigo (III) dedicado às medidas preventivas.

Encontra freios na separação de poderes, pois poderia tolher a margem de atuação dos administradores públicos, em especial aos agentes políticos, que são democraticamente eleitos, que representam o povo. E no que toca à responsabilização, evidente que por ter um viés sancionatório só é possível *a posteriori*.

Mascarenhas¹⁷⁷ identifica no caso Lula como submissão à prévia aprovação do Judiciário dos nomes que pretende nomear para o ministério, que reconhece ser caso isolado, e afirma “sempre foi considerado como dos poucos imunes a um controle jurisdicional”, interpreta como possível passagem informal para um parlamentarismo. Respeitosamente, deve-se discordar neste ponto, pois foi situação excepcional, em um caso em que foi usado o cargo em comissão como forma de criação artificial de foro por prerrogativa de função, e não a criação de um precedente a servir de base, identificados pelo Ministro¹⁷⁸ “elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar”.

Compreende-se a preocupação em que exceção se torne regra, de forma assemelhada à indagação de Agamben¹⁷⁹ “o que acontece quando exceção e regra se tornam indiscerníveis?”. No entanto há distinção entre uma exceção aleatória, ou em função de determinada pessoa, e uma exceção devidamente fundamentada com elementos fáticos.

No sistema de crises constitucionalmente previsto há uma tentativa de controle, ao impor que o Chefe de Governo¹⁸⁰ escute previamente o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional antes de declarar e executar o estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal. Não se trata de medida vinculante, em tese seria obrigado a consultar previamente, até para ter um embasamento plural, contrapor ideias, antes de tomar uma medida extrema, mas o Presidente não fica obrigado a seguir a conclusão do parecer.

¹⁷⁴ BRASIL. *Lei complementar nº 135*, de 4 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 5 mai. 2021.

¹⁷⁵ BRASIL. *Decreto nº 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

¹⁷⁶ BRASIL. *Decreto nº 4.410*, de 7 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

¹⁷⁷ MASCARENHAS, op. cit., p. 475.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC em MS nº 34070*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2021, p. 33.

¹⁷⁹ AGAMBEN, op. cit., p. 90.

¹⁸⁰ DE MORAES, op. cit., p. 468.

Na intervenção no Rio de Janeiro¹⁸¹, o decreto interventivo foi editado sem justificativas e fundamentação suficientes, sem a prévia consulta aos Conselhos da República e da Defesa Nacional e sem especificar as medidas interventivas. Entendeu-se pela perda superveniente do objeto, tendo em vista que, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 9.288/2018, o termo prefixado da intervenção tinha ocorrido em 31/12/2018. Em outras palavras, o STF tratou como mera indicação os requisitos constitucionais, que se convalidam com o transcurso do tempo.

De acordo com Rui Barbosa¹⁸², “Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição, que o limita.” Para tentar melhor compreender o alcance das expressões “ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional”, “calamidades de grandes proporções na natureza”, “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”, “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”.

Não obstante o Estado de calamidade não compor o sistema constitucional de crises, apesar de haver alusão na CRFB/88, regulado pelo Decreto nº 7.257/2010¹⁸³, em seu art. 2º especificamente, sendo conceituada a calamidade pública como situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido, questiona-se se a proximidade dos conceitos.

O estado de defesa é instaurado com vistas a debelar ameaças à ordem pública ou à paz social. A paz social, de acordo com Bulos¹⁸⁴, em sentido amplo, paz pública ou paz coletiva, é o sentimento geral de tranquilidade e de segurança, onde todos convivem harmoniosamente, respeitando as diferenças. Trata-se de noção consecutória de moralidade, legalidade, separação de poderes e respeito integral à *res publica*.

Buscando-se a delimitação do estado de emergência, passa-se a usar conceitos do direito tributário, haja vista a Constituição exigir para a abertura do crédito extraordinário o

¹⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5915*. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339644259&ext=.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2021.

¹⁸²BARBOSA, Rui. *O Estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892. p. 36.

¹⁸³BRASIL. *Decreto nº 7.257*, de 4 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm#:~:text=Regulamenta%20a%20Medida%20Provis%C3%B3ria%20no,%C3%A0s%20v%C3%ADtimas%2C%20restabelecimento%20de%20servi%C3%A7os>. Acesso em: 5 mai. 2021.

¹⁸⁴BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1450.

atendimento apenas a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência, previsto no art. 62, da CRFB/88, com os requisitos de imprevisibilidade e urgência, constante no art. 167, § 3º, recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões ‘guerra’, ‘comoção interna’ e ‘calamidade pública’ constituem vetores abertos à interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea d, da CRFB. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para “a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias...”

Os empréstimos compulsórios são tributos autônomos, com cláusula de restituição, instituídos pela União, por lei complementar, em face de três pressupostos fáticos: (I) calamidade pública, (II) guerra externa e (III) investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional – art. 148, I e II, CF c/c art. 15, I e II, CTN. Entende-se superada, de modo incontroverso, o enunciado de Súmula nº 418 do STF¹⁸⁵, constitui exceção à Anterioridade Anual e à Anterioridade Nonagesimal.¹⁸⁶

A questão de relevância e urgência foi tratada pelo constituinte, nas situações excepcionais de beligerância e calamidade pública, no âmbito do imposto extraordinário de guerra – art. 154, II, CRFB/88 – e dos empréstimos compulsórios de emergência para guerra externa ou calamidade pública – art. 148, I, CRFB/88. Sabbag¹⁸⁷ se vale dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, para quem a noção de calamidade pública é mais lassa, podendo abranger até “outros eventos, de caráter socioeconômico, que ponham em perigo o equilíbrio do organismo social, considerado na sua totalidade”. No entanto, destaca que a aferição do caráter limítrofe do cataclismo, conquanto subjetiva, há de ser razoável, sob pena de banalizar a licença constitucional.

Sendo assim, a mera chuva de estação, a enchente corriqueira, a seca periódica ou o pequeno abalo sísmico não serão hábeis a deflagrar a tributividade do fato jurígeno do tributo. Impende registrar, ainda, que, mesmo diante de uma catástrofe em dado município ou estado-membro, o tributo continua sendo federal, não havendo a necessidade de que o cataclismo tenha proporções territoriais gigantescas, a fim de justificar a competência da União. Por fim,

¹⁸⁵“O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária”

¹⁸⁶SABBAG, op. cit., p. 528.

¹⁸⁷Ibid., p. 659.

registre-se que a doutrina tem se posicionado favoravelmente à decretação do estado de calamidade para a exigência do gravame.

Para Ricardo Lobo Torres¹⁸⁸:

justifica-se nos casos de calamidade pública, enchentes e catástrofes que dificultem aos contribuintes o pagamento dos tributos. Também encontra justificativa nas conjunturas desfavoráveis a certos ramos de atividade. Segue-se daí que pode se circunscrever a determinada região do território da entidade tributante, onde tenham sido mais graves os reflexos da crise provocada pela calamidade ou pela conjuntura econômica.

O objeto do controle pressupostos de fundo do estado de defesa: a existência de grave e iminente instabilidade institucional que ameace a ordem pública ou a paz social ou a manifestação de calamidade de grandes proporções na natureza que atinja a mesma ordem pública ou a paz social. Naturalmente que não se há de tomar, por exemplo, a existência de greve, por mais prolongada e intensa que seja, como uma ameaça à ordem ou à paz social que justifique a decretação da medida. Se a Constituição reconhece o direito de greve sem limitações, Afonso da Silva¹⁸⁹ julga ser evidente que ela não pode ser tomada como algo fora da normalidade. A calamidade deve ser compreendida, segundo esse autor, sempre como um fato de desajuste no âmbito de sua verificação, terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situação de instabilidade.

São pressupostos de fundo do estado de sítio, cuja ocorrência confere legitimidade às providências constitucionalmente estabelecidas e que estão previstas no art. 137, a comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa e a declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Há estado de sítio em caso de comoção grave de repercussão nacional, portanto um estado de crise que seja de efetiva rebelião ou de revolução que ponha em perigo as instituições democráticas e a existência do governo fundado no consentimento popular. O estado de sítio em caso de ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa, que corresponde, praticamente, na conversão deste em estado de sítio; estado de sítio em caso de declaração de guerra; estado de sítio em caso de agressão armada que exija pronta resposta, desembaraçada de situação interna que eventualmente a dificulte.

¹⁸⁸TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 285.

¹⁸⁹SILVA, op. cit., p. 776.

Os dois últimos casos são de situação de guerra. No primeiro, trata-se de estado de guerra, juridicamente estabelecido, ou seja, guerra declarada nos termos dos arts. 49, II, e 84, XIX. No segundo, eventualmente em situação de guerra dependente de referendo do Congresso Nacional na conformidade dos mesmos artigos citados. Guerra, aí, pois, é sempre guerra externa, ou seja: só o estado de beligerância com Estado estrangeiro é que fundamenta o estado de sítio na hipótese.¹⁹⁰

De acordo com Rui Barbosa¹⁹¹, a nosso Congresso tratou de reduzir ao mínimo arbítrio possível. Afirma que a Constituição brasileira, fazendo referência à constituição de 1891, foi a mais severa, mais restritiva, comparando com outras constituições latino americanas, exemplifica, dentre outros casos, com um incêndio em uma escola na Argentina que acarretou a decretação do estado de sítio na capital daquele país em 1875. Faz-se menção a esse exemplo em função da demonstração de como esse poder pode ser usado pelos governantes sem a devida ponderação das graves consequências.

Deste modo, percebe-se que há, expressamente, diferença entre o estado de defesa e o estado de sítio, havendo controle político preventivo efetivamente no estado de sítio, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta. Se estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias. Quanto à identificação dos requisitos autorizadores que poderia suscitar controle por parte do Judiciário há divergência doutrinária.

2.3. Controle Concomitante

O Congresso terá dez dias para apreciar o decreto de estado de defesa, a contar do seu recebimento, consoante o art. 136, § 6º. O que ocorrerá em até vinte e quatro horas da edição, constante do art. 136, § 4º. Se o Congresso estiver em recesso no momento da decretação, deverá ser convocado por seu presidente, que é o Presidente do Senado Federal. A convocação deve ser realizada pelo Presidente do Senado Federal, art. 57, § 6º, I, no prazo de cinco dias – art. 136, § 5º, da CRFB/88. A partir do recebimento, já começa a contar o prazo para apreciação, pois mesmo durante o recesso parlamentar, uma Comissão representativa continua em funcionamento, em observância ao art. 58, § 4º. Se o Congresso estiver em recesso, será convocado em até cinco dias e terá o restante do prazo de dez dias para a

¹⁹⁰Ibid., p. 779.

¹⁹¹BARBOSA, op. cit., p. 32.

apreciação, ou seja, se em recesso, o Congresso terá prazo menor para deliberar sobre o decreto, pois devem ser descontados os dias gastos na convocação extraordinária, entre o recebimento do decreto e a reunião¹⁹². Perceba-se que cada etapa tem sua regulação minuciosamente descrita, conferindo abertura para a aferição da legalidade em cada etapa.

Regido pelo princípio da urgência, mesmo porque o decreto de estado de defesa já estará em vigor. Ressalte-se que, no estado de defesa, o Presidente da República pode editar desde logo o decreto, que fica sujeito à condição resolutiva de apreciação pelo Congresso Nacional, controle que é posterior, portanto. Se não houver apreciação congressional nesses dez dias, decai a vigência da decretação.

No estado de sítio, por outro lado, o controle congressional é anterior, sob condição suspensiva de autorização do Congresso Nacional, na forma do art. 137, caput, da CRFB/88. No estado de defesa, diferentemente, a convocação não precisa ser imediata. O argumento da maior urgência, em razão da maior gravidade, no estado de sítio, não responderia à fixação de prazo para apreciação do Congresso somente em relação ao estado de defesa.

Uma urgência excepcional autoriza o Presidente a tomar medidas imediatas em função de estado de sítio, antes mesmo de obtida a autorização do Congresso, o art. 84, XIX, também autoriza o Presidente a declarar guerra “referendado pelo Congresso Nacional, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas”, contudo isso não equivale à decretação formal, que não prescinde daquela autorização. Se ela não for obtida, as medidas tomadas carecem, em princípio, de validade. Caso seja desobedecido, Rothenburg¹⁹³ aponta a possibilidade de responsabilização do Presidente.

O veículo jurídico de apreciação ou autorização congressional é o decreto legislativo, por meio do qual o Congresso Nacional exerce sua competência exclusiva e ordinariamente aprecia atos, no caso decretos, do Presidente da República. Cite-se a decretação de intervenção, nos termos dos arts. 36, § 1º e 49, IV¹⁹⁴, a suspensão de atos normativos “que exorbitem do poder regulamentar, ou dos limites de delegação legislativa”, de acordo com o art. 49, V, da CRFB/88¹⁹⁵. Há regime mais gravoso para esse decreto legislativo. A Constituição determina que a deliberação do Congresso Nacional, seja de aprovação posterior do decreto de estado de defesa, seja de autorização prévia do estado de sítio, dê-se por maioria

¹⁹²ROTHENBURG, In: CANOTILHO, op. cit., p. 3357.

¹⁹³Ibid., p. 3359.

¹⁹⁴BRASIL, op. cit., nota 40.

¹⁹⁵Ibid.

absoluta, conforme art. 136, § 4º e art. 137, parágrafo único, por outro lado, os decretos legislativos são aprovados normalmente por maioria simples.

O quórum qualificado reforça o poder do Presidente da República quanto ao estado de defesa, visto que é mais difícil ao Congresso desautorizá-lo, mas dificulta a obtenção de autorização, quanto ao estado de sítio; há reforço da legitimidade das medidas, em caso de aprovação ou autorização.

A votação deve ser aberta, pública, por ser esse o princípio em uma democracia; por se tratar de assunto da maior importância, a exigir transparência, determinadas medidas a serem adotadas é que poderão, de forma justificada, manter-se sob reserva relativa. Tendo em vista que o próprio decreto de instauração de estado de defesa ou de sítio deverá ser publicado. Em regra, os decretos legislativos são votados em separado por cada Casa do Congresso, mas a urgência da situação de crise grave recomenda a deliberação conjunta.

Há direitos fundamentais que não toleram restrições, e.g. liberdade de consciência e de crença, certas restrições não são toleradas, v.g. prisão em condições degradantes, e as restrições não devem ser desproporcionais. Todos aqueles direitos e garantias fora do rol taxativo elencado pela Constituição. Trata-se de mais uma limitação de conteúdo ao decreto de estado de defesa ou de sítio¹⁹⁶.

Rui Barbosa¹⁹⁷ já alertava pela impossibilidade de se autorizar o arbítrio sob o manto de discricionariedade do Executivo, transcreve-se:

E é em condições taes que póde germinar, entre nós, no espírito de juízes a theoria execravel da intangibilidade dos abusos do governo contra o direito individual quando apadrinhado no subterfugio do aspecto politico desses attentados! Para cohonestar esse abandono da justiça na mais grave e na mais elemental de suas funcções theoriza o Supremo Tribunal o paradoxo inconcebivel de "que ainda quando na situação creada pelo estado de sitio estejam, ou possam estar envolvidos *alguns* direitos, individuaes, esta circumstancia não habilita o poder judicial a intervir, para nullificar as medidas de segurança decretadas pelo presidente da Republica, visto ser impossivel isolar esses direitos da questão politica, que os envolve, e comprehende.

Tinha ônus argumentativo muito maior, com a necessidade de demonstrar o cabimento do *habeas corpus*. Conforme já tratado na parte da liberdade de locomoção no capítulo anterior, essa é uma das garantias que são mantidas. Os excessos cometidos durante o período de anormalidade poderão ser reprimidos por meio de Mandado de Segurança, *Habeas*

¹⁹⁶ROTHENBURG, In: CANOTILHO, op. cit., p. 3357.

¹⁹⁷BARBOSA, Rui. *O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/227378>>. Acesso em: 22 ago. 2021, p. 151.

Corpus ou outra medida adequada. Trata-se de instrumentos insuprimíveis em qualquer circunstância¹⁹⁸.

O art. 27, da CADH¹⁹⁹ reconhece a possibilidade de haver a suspensão de direitos em situações extremas, excepcionando o Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, Direito à vida, à integridade pessoal, Proibição da escravidão e servidão, Princípio da legalidade e da retroatividade, Liberdade de consciência e de religião, Proteção da família, Direito ao nome, Direitos da criança, Direito à nacionalidade e Direitos políticos, bem como as garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos, a Convenção os reputa absolutos. Isso porque não admite a suspensão dos mencionados direitos nem em casos excepcionais de emergência que ameacem a independência ou segurança do Estado.

A Corte IDH fez interpretação extensiva, no caso Loayza Tamayo fixou o entendimento pela impossibilidade de suspensão da garantia do *habeas corpus*, a vítima não dispôs de uma ação de garantia para proteger sua liberdade pessoal ou para questionar sua detenção ilegal, já que estava em vigor no Peru um Decreto que suspendia tais ações, embora o direito à liberdade pessoal não esteja inserido no rol previsto no art. 27.2 da CADH²⁰⁰. O que ensejaria controle de convencionalidade, diante do compromisso assumido pelo Brasil e por sua submissão à jurisdição da Corte IDH.

No sistema ONU²⁰¹, o PIDCP prevê a possibilidade de derrogação de algumas de suas cláusulas no art. 4º, contanto que respeite os requisitos formais, haja pressupostos fáticos justificadores, com alcance material da derrogação, observe a proporcionalidade, compatibilidade com as demais normas do direito internacional e não discriminação por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem racial.

De acordo com Tavares²⁰², quando a Constituição brasileira autoriza a decretação do estado de defesa para preservar e restabelecer a ordem pública atingida por grave e iminente instabilidade institucional, estaria admitindo a desnecessidade de aguardar o dano, assinalando a proximidade com as constituições de Portugal e França nesse sentido. Reconhece terem havido casos negativos a eventos de risco, mas pontua como condutas

¹⁹⁸BULOS, op. cit., p. 1449.

¹⁹⁹OEA, op. cit., nota 10.

²⁰⁰PAIVA; HEEMANN, op cit., p. 62.

²⁰¹ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Referendado pelo Congresso Nacional, depositada a Carta de Adesão em 24 de janeiro de 1992. Publicado no Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁰²TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 141.

equilibradas a atuação Executivo e Legislativo inglês e francês durante a 1ª Guerra Mundial e o do Congresso americano alguns anos após a “guerra contra o terror”.

Faz referência ao posicionamento de Cass Sustein²⁰³, o qual delimita um sistema mais rápido e intuitivo que associa às decisões de governos pressionados pela população e que estariam propensos a acatar, enquanto o sistema mais deliberativo seria próprio de especialistas treinados. Para Tavares, seria inverídica tal associação, alcunha os especialistas de “tecnocratas”, discordando que estes estariam imunes aos fatores de distorção, bem como os governos não reagiria necessariamente de forma irracional.²⁰⁴ Sustein mostra-se cético na adoção do princípio da precaução “no temperamento dos efeitos daninhos da emoção”, em relação a matérias de segurança, saúde, controle alimentar e meio ambiente; Tavares esclarece que a contrariedade se refere a uma perspectiva mais drástica, que lida com o pior cenário.²⁰⁵

Tavares²⁰⁶ explica que o princípio da precaução tem como características dividir-se em dois momentos, a avaliação e a gestão de riscos, e ser usado precipuamente quando não há completo controle a respeito da ocorrência de dano futuro causado por determinada atividade. O autor discrimina as fases da adoção do princípio da precaução em definição do risco aceitável, análise técnica de dados, tomada de decisão e publicidade, que faz ressalva na transposição quando a decisão envolver segurança pública. Identifica a avaliação de riscos como incumbência técnica e o gerenciamento, política.

Tavares embasa a sua proposta de adoção do princípio da precaução na ética e na responsabilidade democrática, para conhecer os fatos, optar entre ação e inação e escolher a via mais adequada de forma fundamentada.²⁰⁷ Como benefícios da adoção deste princípio elenca “ao constituir um procedimento racional de tomada de decisão, o princípio da precaução favorece o controle político do ato executivo e sua fiscalização de validade”.²⁰⁸

Valendo-se dos ensinamentos de Sustein, deve-se levar em consideração na avaliação da tomada de decisão o Custo-benefício, a Proporcionalidade e os Fatores de distorção cognitiva na avaliação do risco – fatores que contribuiriam para a distorção do conhecimento individual e poderiam influenciar as decisões públicas em matéria de

²⁰³SUNSTEIN, C. R. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. Cambridge University Press. (2005). Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511790850>>. Acesso em: 13 out. 2021, p. 89.

²⁰⁴TAVARES, op. cit., 2008, p. 142.

²⁰⁵Ibid., p. 154.

²⁰⁶Ibid., p. 147.

²⁰⁷Ibid., p. 150.

²⁰⁸Ibid., p. 152.

enfrentamento de crises, que poderiam falhar com a avaliação instintiva, negligência de probabilidade e negligência sistêmica.

Em face da pandemia do coronavírus, Tushnet²⁰⁹ diagnostica a maioria dos governos democrático poderia ter tido melhores escolhas, até os aparentemente mais bem sucedidos, como Taiwan e Nova Zelândia não foram hábeis o suficiente para manter as políticas, de modo a prevenissem novas ondas do vírus. E que alguns governos, notadamente Brasil e Estados Unidos, se saíram muito piores do que outros.²¹⁰ Do que se permite concluir que não só não foi adotado o princípio da precaução, como também ao se avultar uma situação de crise, não foram tomadas as melhores decisões pelos governantes. Mas para ele, as escolhas eram irrelevantes considerando o número de mortes que adviriam independente das posições adotadas, tendo “apenas” dilargado a margem.

2.4. Controle Sucessivo

No art. 141, *caput*, da CRFB, há disposição expressa do controle jurídico de responsabilidade civil ou penal. O executor das medidas havidas em estado de defesa ou de sítio é livremente nomeado e destituído pelo Presidente da República, detentor de cargo em comissão, comissário presidencial. Ele atrai tanto a responsabilidade individual, criminal, civil, inclusive por improbidade administrativa, quanto institucional, da União consta dos art. 37, § 6º, e art. 136, § 1º, II, malgrado não possa, tal como também não pode o interventor federal, nos termos do art. 36, § 1º, ser sujeito ativo de crime de responsabilidade, por falta de previsão legal, da Lei nº 1.079/1950, não havendo uma investidura que lhe confira tanta autonomia. A nomeação poderá recair sobre civil ou militar; de acordo com Rothenburg²¹¹ é natural, apesar de não necessário, que recaia sobre alguém das Forças Armadas, sobretudo em estado de sítio, respondendo o executor nomeado diretamente ao Presidente da República, independentemente da hierarquia militar.

Existe um outro ato do Presidente da República, relacionado ao estado de defesa ou de sítio, com conteúdo predefinido na Constituição, sujeito a controle: trata-se da mensagem que ele deve encaminhar ao Congresso Nacional tão logo cesse a situação de crise grave. Essa

²⁰⁹TUSHNET, Mark. *The Fundamental Attribution Error as Applied to Governance and the COVID-19 Pandemic*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3858272>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 23.

²¹⁰*Almost every democratic government could have done better than it did: even the most apparently successful governments, such as those in Taiwan and New Zealand, were unable to sustain their policies long enough to prevent troubling surges, later rather than sooner of course. And some governments, notably in the United States and Brazil, did much worse than others.*

²¹¹ROTHENBURG, In: CANOTILHO, op. cit., p. 3358.

mensagem deve conter o relato das medidas, “com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas” – art. 141, parágrafo único, da CRFB/88. Tanto a mensagem depois do término do estado de defesa ou de sítio, quanto o decreto que instaura a situação de crise grave, são elementos importantes para a aferição da responsabilidade do Presidente da República e do executor das medidas.

No Tema 944²¹², foi fixado que o “Alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana.” O caso ocorreu na costa do Rio de Janeiro, durante a II Guerra Mundial, i.e., estava ocorrendo guerra externa. Os ministros entenderam que devem “prevaler os direitos humanos – à vida, à verdade e ao acesso à justiça –, tal como determina o art. 4º, V, da CRFB/88²¹³, quando fez a explícita opção normativa por um paradigma novo nas relações internacionais”²¹⁴, afastando a imunidade diante de atos atentatórios aos direitos humanos. Decisão da qual se depreende que nem mesmo os atos de império são ilimitados, são passíveis de controle pelo poder Judiciário, ainda que bastante tempo após o ocorrido.

A CPI da pandemia foi deferida em pedido liminar pelo Ministro Barroso²¹⁵, para determinar ao Presidente do Senado Federal a adoção das providências necessárias à instauração, com vistas a “apurar as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com a ausência de oxigênio para os pacientes internados”, preservando os direitos das minorias parlamentares. A partir de então vem gerando discussões sobre as responsabilidades sobre as informações transmitidas à população e, em especial a respeito da compra das vacinas. Nesse ponto, pelo contrário, tratam-se de investigações posteriores aos fatos, mas ainda no curso da pandemia.

Buscando a apuração dos fatos, pode-se instaurar CPI, em função típica do Poder legislativo de fiscalização, a CRFB/88 deu tratamento especial às comissões parlamentares de inquérito como instrumento de fiscalização à disposição das minorias, haja vista poderem ser instauradas mediante requerimento de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do

²¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 954858/RJ*. Relator: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347973404&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2021.

²¹³BRASIL, op. cit., nota 40.

²¹⁴Ibid., p. 27.

²¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC em MS nº 37.760*. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463847&ori=1>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

Senado Federal e são dotadas de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” – art. 58, § 3º, da CRFB. Ficando restrita nas matérias que a Constituição impôs reserva de jurisdição, não exerce poder geral de cautela. A despeito de a CPI da pandemia ter pedido ao Judiciário apreensão de passaporte, por exemplo, o que foi efetivado, mas não por poder próprio.

Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República podem ser convocados para prestar esclarecimentos, pessoalmente ou por escrito – em 30 dias – pelas Comissões das Casas, não necessariamente em comissão de inquérito.

Não se pretende entrar no mérito se foi acertado ou não, mesmo porque caberá após as investigações da comissão enviar ao juiz natural, para que este sim, em posse de todos os dados diga o Direito. O motivo de evocar essa discussão atual é trazer a lume a necessidade prática em delinear parâmetros mínimos de uma Administração diligente, que respeite os direitos fundamentais. Conforme já mencionado, Tushnet²¹⁶ não vislumbra a possibilidade de responsabilização nesse contexto, tendo em vista que a maior parte dos danos seria inevitável, qualquer que fosse a postura do governo.

No âmbito do direito brasileiro, com a reforma da LINDB²¹⁷ (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pela Lei nº 13.655/2018, restou positivado no ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu encargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados – art. 22. O regulamento²¹⁸ acrescenta que serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente pública, nos termos do art. 8º. Remetendo expressamente aos artigos sobre a motivação das decisões, nos arts. 2º, 3º e 4º, deixando de fora o art. 5º que fixa o marco das orientações gerais da época como referência.

O agente público será pessoalmente responsabilizado por dolo ou erro grosseiro²¹⁹. O regulamento²²⁰ esclarece que se inclui o dolo direto e o eventual, por ação ou omissão, em suas decisões ou opiniões técnicas e o erro grosseiro é definido como “aquele manifesto,

²¹⁶TUSHNET, op. cit., p. 23.

²¹⁷BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%204.657-1942?OpenDocument>. Acesso em: 10 mai. 2021.

²¹⁸BRASIL. *Decreto nº 9.830*, de 10 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.

²¹⁹BRASIL, op. cit., nota 208, art. 28.

²²⁰BRASIL, op. cit., nota 209, art. 12.

evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão de com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Impõe-se a necessidade de comprovação, como não poderia deixar de ser, em função de ter cunho sancionatório. O regulamento também impõe que se leve em consideração a complexidade da matéria e das atribuições. E ainda, condiciona o exercício do direito de regresso previsto no art. 37, §6º, da CRFB/88 à hipótese de dolo ou erro grosseiro, no âmbito do Poder Executivo Federal.

Os órgãos de controle devem privilegiar ações de prevenção antes de processos sancionadores²²¹. O prejuízo ao erário não pode ser considerado isoladamente como motivação.

O Ministro Barroso²²² emprestou interpretação conforme em medida cautelar, nos seguintes termos:

[...] Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

6. Teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

Note-se que os Ministros conferiram interpretação que impõe a observância pelos administradores observem os princípios da precaução e prevenção, no esteio do que Marcelo Tavares defende anos antes, em relação especificamente à decretação dos estados de defesa e de sítio.

Mesmo após essa decisão do STF, persiste a dúvida de como interpretar apropriadamente o dispositivo, de acordo com Carvalho Filho²²³ “os elementos de

²²¹BRASIL, op. cit., nota 209, art. 13.

²²² BRASIL. *ADI nº 6421 MC/DF*. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>>. Acesso em: 23 mai. 2021.

configuração do erro grosseiro impostos pela decisão são tão fluidos e imprecisos quanto os aspectos invocados pelo legislador para o mesmo fim.” O autor usa a pandemia para atestar a falta de *standards* precisos, classifica as ações dos governantes como científicas ou empíricas, paradoxalmente, por vezes diametralmente opostas.

Ana Paula de Barcellos²²⁴ sustenta que há um direito autônomo, esclarece que não é mera conveniência política ou sugestão moral, mas sim direito a um devido processo na elaboração legislativa. Justifica com base no direito de cada pessoa receber justificativas em relação aos atos de autoridades públicas que lhe afetem de algum modo, extrai-se dos demais direitos fundamentais, em última análise destina-se a assegurar o respeito, a proteção e a promoção dos direitos. Bem como pela organização do Estado adotada pelo sistema constitucional brasileiro. A lógica adotada pela autora pode ser estendida aos atos dos agentes públicos em geral que afetem a população.

Em sua tese de doutoramento, Rodrigo Mascarenhas²²⁵ parte da noção de sociedade de risco, para analisar a responsabilidade dos agentes públicos, dividindo em função de diferentes critérios, dentre eles pelo critério temporal, em preventivos, que também chama de prospectivos e punitivos, estes voltados para fatos pretéritos. A classificação que o referido autor²²⁶ considera mais importante é a que se vale dos ensinamentos de H.L.A. Hart, dos significados de responsabilidade, quais sejam, responsabilidade causal; responsabilidade-capacidade; *liability-responsibility*, afirma-se que alguém é legalmente responsável por determinado ato ou fato – ou por suas consequências –, do qual depreende que o direito imputa ou atribui a esta pessoa o ônus de suportar as consequências jurídicas deste fato, que em geral, será uma punição e/ou um dever de reparação, mesmo que esta pessoa não tenha praticado nenhum ato diretamente; e *role responsibility*, que pode-se traduzir como responsabilidade funcional ou responsabilidade pela função. O autor sustenta que, ao menos no que se refere aos agentes políticos, a própria CRFB/88 delinea uma moldura suficientemente clara a ser respeitada pelo legislador na construção de cada sistema de responsabilização.

²²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Afinal, o que é “erro grosseiro”?* Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/06/22/o-que-e-erro-grosseiro/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

²²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*. Devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 91.

²²⁵ MASCARENHAS, op. cit., p. 26/27.

²²⁶ *Ibid.*, p. 28/29.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto inclui a responsabilidade como princípio geral de direito²²⁷, para ele, existem onze princípios gerais do direito, quais sejam, da juridicidade, da legalidade, da legitimidade, da igualdade, da publicidade, da realidade, da responsabilidade, da responsividade, da sindicabilidade, da sancionabilidade e da ponderação, *in verbis*:

No Direito Público estruturado, a responsabilidade é ainda uma pedra angular, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, bem como os seus agentes, pois que assumiram livremente o múnus da execução das várias e distintas funções que essa mesma ordem se lhes impõe.²²⁸

O que diferencia da responsividade, entendida como complemento ao princípio da responsabilidade, que amplia os seus efeitos, para além da legalidade estrita, para inspirar e fundar ações preventivas, corretivas e sancionatórias do Direito Administrativo voltadas à preservação do princípio democrático e da legitimidade. O autor²²⁹ traça um paralelo, em que a responsabilidade corresponde ao Estado de Direito; como a responsividade, ao Estado Democrático. E afirma que a responsividade é “dever jurídico autônomo dos agentes do Poder Público, sempre que disponham de competência para perfazer escolhas discricionárias para atenderem (responderem) adequadamente às demandas da sociedade”.

Acompanha esses dois princípios, a sindicabilidade²³⁰, de natureza instrumental, entendida como a possibilidade jurídica de submeter-se efetivamente qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito a algum tipo de controle.

Alguns autores se alarmam com a possibilidade de se ater a um punitivismo, que inibiria a atuação de bons governantes, que temeriam tomar quaisquer medidas, com receio das represálias, cite-se:

[...] o princípio da responsabilidade, quando aplicado a agentes públicos, também deve condenar esquemas que, sob o pretexto de priorizar exclusivamente a punição, ou de tentar dar respostas jurídicas para questões de outra natureza, minem as condições necessárias à atração e ao desempenho de bons governantes (fenômeno que caracteriza a atual situação do direito público brasileiro). Isso porque a responsabilidade constitucional dos agentes políticos também é uma responsabilidade-função, direcionada ao futuro, preocupada em estabelecer condições para que o Estado – por meio de seus agentes – cumpra as cada vez mais abrangentes promessas contidas nos textos constitucionais contemporâneos.²³¹

²²⁷MOREIRA NETO, op. cit., p. 149.

²²⁸Ibid., p. 153.

²²⁹MASCARENHAS, op. cit., p. 154.

²³⁰Ibid., p. 155.

²³¹MASCARENHAS, op. cit., p. 497.

No entanto, essa questão levantada não se aplica ao cumprimento dos requisitos da legalidade do sistema de crises, que não faz uma série de promessas, e sim impõe pesadas restrições aos direitos fundamentais, com a única promessa de restabelecimento da normalidade. De modo que impõe um ônus ainda maior dos gestores, dada a fragilidade que se instaura no ordenamento.

Portanto, as escolhas políticas não são infensas a controle, sobretudo quando declara situação de crise, instaurando um estado de legalidade extraordinária. O que repercute na responsabilização de agentes que se excederem, que preferencialmente deve ter prévio aconselhamento para que eventuais danos sejam evitados, mecanismos preventivos são preferíveis. Todavia, mesmo os repressivos podem ser efetivos, tendo em vista que tentar prever, sem deixar espaço para que tome medidas, tolheria o âmbito de atuação daquele que foi democraticamente eleito; ademais, as críticas ao viés preventivo do direito penal se enfraquecem, quando se leva em consideração um agente assessorado, de modo que conhecerá as perdas que estariam em risco.

Desse modo, há indubitavelmente formas de controle para prevenir que não seja decretado levemente um estado de legalidade extraordinária. No entanto, não é pacífico a possibilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito em si. Também é incerto se o princípio da precaução seria analogicamente aplicável. Apesar de doutrina e jurisprudência indicarem nesse sentido, tendo em vista que a tendência é que se respeite a separação de poderes, mas coibindo o desvio e o cumprimento aquém das imposições constitucionais. Por fim, a responsabilização dos agentes se faz necessária para que os agentes não tomem decisões arbitrárias impunemente, sem que com isso chegue ao extremo de inibir a atuação dos bons gestores.

3. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES

Aricê Moacyr Amaral Santos²³² define o sistema constitucional de crises como “[...] o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional”. Sendo princípios fundantes a necessidade e a temporariedade. Aos quais Uadi Lammêgo Bulos²³³ acrescenta o da proporcionalidade, “devem ser proporcionais aos fatos que justificaram a sua adoção.”

Bulos²³⁴ assevera que o regime da legalidade extraordinária em nada fere o Texto Maior, apesar de direitos e garantias fundamentais serem afastados por certo tempo, não implica na total supressão das liberdades públicas. O HC, MS, igualdade de todos perante a lei, exemplificativamente, permanecem intactos.

Há Mecanismos de defesa do Estado de Direito, quais sejam o estado de defesa e o estado de sítio, em sentido estrito; mas também a intervenção federal, se tomado em sentido amplo. O sistema de legalidade extraordinária rígida, no qual o brasileiro preestabelece os mecanismos, ou flexível, cite-se a Lei marcial, que não tem mecanismo preconcebido.

Não obstante o sistema constitucional de crises abarcar apenas o estado de defesa e o estado de sítio, quando tomado restritivamente, também é possível incluir a intervenção federal ou estadual, por haver um desequilíbrio entre os entes. Tanto que alguns autores os abordam em um mesmo capítulo, e.g., André Ramos Tavares²³⁵.

Trata-se de institutos com algumas similitude, têm em comum os estados de defesa, de sítio e a intervenção federal serem da competência da União – art. 21, V, da CRFB/88. Ambos serem da competência exclusiva do Congresso Nacional a aprovação do estado de defesa e da intervenção federal, a autorização do estado de sítio, ou a suspensão de qualquer uma dessas medidas – art. 49, IV, da CRFB/88. A convocação extraordinária do Congresso

²³²SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 32.

²³³BULOS, *op. cit.*, p. 1448.

²³⁴Ibid., p. 1450.

²³⁵TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 909.

Nacional ser realizada pelo Presidente do Senado Federal – art. 57, §6º, da CRFB/88. A limitação circunstancial à emenda constitucional – art. 60, §1º, da CRFB/88. A Competência privativa do Presidente da República – art. 84, IX e X, da CRFB/88. A Competência do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional para se manifestarem a respeito – art. 90, I e 91, §1º, II, da CRFB/88.

3.1. Estado de defesa e Estado de Sítio

É da competência exclusiva do Congresso Nacional aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas – art. 49, IV, da CRFB/88. É da tradição constitucional brasileira o controle parlamentar, embora fosse ele bastante enfraquecido nos períodos em que o Executivo predominava, como ocorria nas Constituições de 1824, 1937 e 1967/1969. O art. 49, IV é reputado como norma constitucional definidora de competência, institucional, tradicionalmente classificada como de eficácia jurídica plena e aplicabilidade imediata.²³⁶

Afonso da Silva²³⁷ resume bem o peso dos princípios da necessidade e temporariedade, sem a necessidade, o estado de exceção configurará puro golpe de estado, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da temporariedade, sem que se fixe tempo limitado para vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de ditadura. Relata os problemas que exsurtem da arbitrariedade no uso do sistema de crises:

No Brasil, isso aconteceu várias vezes no passado, com decretação de estado de sítio mais com o intuito de reprimir simples divergências político-partidárias que de defesa constitucional. A Constituição de 1937, implantando o regime ditatorial de Vargas, fê-lo declarando "em todo o país o estado de emergência" (art. 186). O Brasil viveu, de 1964 a 1978, num permanente regime de exceção, sob a normatividade excepcional instrumentada por Atos Institucionais. O AI -5, de 13.12.68, que vigorou até 13.10.78, foi certamente o instrumento mais arbitrário, mais ditatorial, que o País jamais conheceu. Com base nessa chamada legalidade extraordinária, *formada sem necessidade*, porque voltada apenas para coibir adversários políticos e sustentar os detentores do poder e os interesses das classes dominantes aliadas às oligarquias nacionais, e destinada a viger enquanto esses detentores quisessem e pudessem (portanto, sem atender o princípio da temporariedade), tudo se podia fazer: fechar Casas Legislativas, cassar mandatos populares, demitir funcionários, suspender direitos políticos, aposentar e punir magistrados, militares etc. Mas, o que era ainda pior, é que não havia nada que impedisse a expedição de outros Atos Institucionais com qualquer conteúdo. Foi o estado de exceção (pura ditadura) que perdurou naquele período, mas suas consequências ainda permaneceram na Carta Constitucional de 1969, outorgada com base naquela mesma normatividade excepcionalíssima e em novos estados de exceção que a EC-11/78 incorporou a ela, como mecanismos de poder substitutivos dos Atos Institucionais, que não deixaram de exercer certa influência no Constituinte de 1987-1988, que não se contentara com o tradicional estado de sítio ao acolher também o estado de defesa idêntico ao estado de emergência daquele regime.

²³⁶ROTHEMBURG, In: CANOTILHO, op. cit., p. 2159.

²³⁷SILVA, op. cit., p. 774.

De modo que imprescindível que haja clara necessidade na decretação dos institutos do sistema constitucional de crises. Em uma democracia, como se pretende a brasileira, após a Constituição de 1988 se sujeita à discricionariedade do administrador, o que não se confunde com arbitrariedade, conforme já tratado no capítulo 2 deste trabalho, sujeitando os administradores à responsabilização por seus atos.

A pandemia do coronavírus suscitou uma série de discussões jurídicas, jurídico-constitucionais especificamente, que foram sendo pontuadas ao longo do trabalho, sobre algumas restrições a direitos fundamentais, e que em última instância se resume aos conseqüências do confronto entre o direito à livre iniciativa e a economia em face ao direito à vida e à saúde. Seria muito mais simples se fosse possível determinar de pronto qual deles prepondera, pela derrotabilidade. No entanto, os direitos e valores elencados constitucionalmente contribuem para que os cidadãos tenham uma vida plena, não há hierarquia entre os direitos.

Rodrigo Brandão²³⁸ argumenta pelo descabimento da decretação de estado de sítio. Para ele, a decretação de estado de sítio no momento de pandemia do coronavírus é mais do que inoportuna, é inconstitucional. Tratando-se do mais grave instrumento previsto no Direito brasileiro para o combate a crises institucionais, com seríssimas restrições a direitos fundamentais, deve ser a *ultima ratio*. Diagnostica que não seria necessário, pelas seguintes razões:

Primeiro: o Governo Federal já editou a Lei n.º 13.979/2020 que, ao prever a possibilidade de quarentena, isolamento social, realização compulsória de exames e tratamentos médicos, consiste em norma geral nacional que provê instrumentos importantes para o combate à pandemia. Ademais, Estados e Municípios, no exercício de suas competências suplementares, adotaram duras medidas, como a proibição do funcionamento de estabelecimentos comerciais e de circulação de pessoas em espaços públicos, restrições ao funcionamento de transportes públicos e privados etc. Não há necessidade de qualquer outra medida restritiva de direitos que pudesse ser determinada no âmbito de um estado de sítio.

Segundo: como já salientado, o Congresso Nacional reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, estado de calamidade pública. Trata-se de importante medida que libera a União Federal a gastar mais recursos no combate à pandemia. Aliás, há forte confluência entre economistas, inclusive liberais, acerca da necessidade do aumento do gasto público diante da dimensão da crise sanitária e econômica.

Recentemente o governo federal anunciou medidas nesse sentido, como a garantia de renda mínima a trabalhadores informais, linhas de crédito a juros subsidiados para empresas pagarem a sua folha de salários, suspensão do pagamento de tributos,

²³⁸BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus, 'estado de exceção sanitária' e restrições a direitos fundamentais. In: *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitos-fundamentais-04042020>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

antecipação do saque do FGTS etc. O STF também deu a sua contribuição, na medida em que o Ministro Alexandre de Moraes “deferiu medida cautelar que afasta a exigência de demonstração de adequação orçamentária em relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da Covid-19”, sendo “válida para todos os entes da federação que tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus.”

Terceiro: a eventual decretação de Estado de Sítio poderia ser usada para a adoção de medidas repressivas extremamente perigosas à democracia constitucional brasileira.

Acredita que o mundo está passando por perigoso momento de “erosão democrática”, e muitos governos têm usado a pandemia como pretexto para exceder o alcance de seus poderes, cita como exemplo a Hungria, tal qual já foi feito na história brasileira. *Houve concentração de poder sob o pretexto de contenção da propagação do Covid-19, em 71% dos países pesquisados no projeto global de acesso à justiça*²³⁹.

*Na Lituânia, diferentemente de seus vizinhos, não escolheu invocar um estado de emergência para controlar a pandemia do coronavírus, baseado na consideração de que a pandemia não punha em risco o sistema constitucional, nem ameaçava a paz social, deve-se levar em consideração que, historicamente, a Lituânia nunca declarou o estado de emergência. Entretanto, não foi uma atuação diante da pandemia imune a críticas, mesmo sem a decretação do estado de emergência aplicou diversas restrições a direitos fundamentais, tais como o fechamento de fronteiras, com exceção dos que estivessem vivendo legalmente no país, cidadãos de países vizinhos e parentes próximos; banimento de cidadãos lituanos que estavam deixando o país; imposição de isolamento por 14 dias, nas circunstâncias em que fosse permitido viajar, ao chegar do exterior; proibição de eventos públicos e reuniões; proibição do funcionamento de cafés, bares, locais de entretenimento, salvo onde comida pudesse ser levada ou entregue e fechamento de shoppings, com a exceção de farmácias e veterinárias*²⁴⁰.

*No Brasil, chegou-se a cogitar a decretação de estado de sítio pelo presidente da república*²⁴¹, mas em seguida se retratou dizendo que não pretendia gerar pânico na população. As medidas foram muito mais descentralizadas, competindo aos estados e

²³⁹ ECONOMIDES, Kim; et al. *Impacts of COVID-19 on Justice Systems*. Disponível em: <<https://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/#graphic04>>. Acesso em: 10 out. 2021, p. 13.

²⁴⁰ ALEXANDRE, Zuzana; et al. States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States IV. In: *Members' Research Service and Unit for Legislative Quality*, DG Presidency PE 652.002 –July 2020. EPRS | European Parliamentary Research Service. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652002/EPRS_BRI\(2020\)652002_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652002/EPRS_BRI(2020)652002_EN.pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁴¹ ANGELO, Tiago. *Cogitado por Bolsonaro, estado de sítio por coronavírus é inconstitucional*, diz OAB. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/estado-sitio-coronavirus-inconstitucional-oab>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

municípios estabelecer o que fosse cabível, pois havia um certo laxismo do governo federal, tendo o STF²⁴² tido que decidir de forma pragmática pela admissão competência comum, nos termos do art. 23, II, da CRFB, por se tratar de saúde pública. O ministro Alexandre de Moraes enfatizou que, se há excessos por parte dos estados e municípios é porque não há, até o momento, uma coordenação geral da União sobre o combate à pandemia, como por exemplo quanto ao isolamento social.

Não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS e vários estudos técnicos científicos²⁴³.

Para sistematizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública, foi editada a lei nº 13.979/20²⁴⁴. Norma que autoriza os gestores públicos a adotarem, entre outras, medidas de isolamento e quarentena. Outra medida autorizada pela lei é a restrição de locomoção interestadual e intermunicipal. Tal medida, todavia, é excepcional e temporária e dependeria de recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Mesmo assim, a lei não admite a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. Também não permite a restrição de cargas de qualquer espécie que possa acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

Diferente do que muitos estados, dentre eles o Estado do Rio de Janeiro, que no art. 4º, IX, do Decreto nº 46.979/2020, estabeleceu que, pelo prazo de 15 dias e com “o único objetivo de resguardar o interesse da coletividade na prevenção do contágio e no combate da propagação no coronavírus (COVID-19)”, suspende, “a partir de 0h (zero hora) do dia 21 de

²⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6341/DF*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Redator do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 6 out. 2021.

²⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6343 MC-Ref/DF*. Relator: ministro MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwirvcOBx6nvAhVrIbkGHetiBhsQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2Fdl%2Fvoto-toffoli-estados-aval-transportes.pdf&usq=AOvVaw2amcEErrxtuzx5fZHRNU65>>. Acesso em: 9 mar. 2021, p. 2.

²⁴⁴BRASIL. Nota 115.

março de 2020, a circulação de transporte interestadual de passageiros com origem nos seguintes Estados: São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Distrito Federal e demais Estados em que a circulação do vírus for confirmado ou situação de emergência decretada”, estabelecendo competir “à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT retificar esta determinação até o início da vigência do presente dispositivo”; ou seja, fechando os limites territoriais. O que o STF²⁴⁵ pronta e acertadamente declarou inconstitucional.

Assim, há problemas tanto na decretação do estado de emergência, ou outra nomenclatura que se dê à legalidade extraordinária em cada país, como também na possibilidade de haver excessos em medidas exparsas, sem que se faça a declaração às escancaras de se estar flexibilizando os ditames constitucionais. A questão maior em usar um dos mecanismos do sistema constitucional de crises sem a real necessidade é servir de mote para abusos, o que não significa que eles não possam acontecer sem a decretação de um mecanismo específico.

A *Temporiedade* é característica essencial do sistema constitucional de crises. De acordo com a doutrina é mister que o estado de defesa e de sítio sejam temporários, por todos Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴⁶, se ela não for limitada não haverá, no fundo, suspensão de garantias, mas sim supressão de garantias.

O governo federal editou o Decreto Legislativo nº 6²⁴⁷, de 20.3.2020, no qual ficou declarado estado de calamidade pública, o que pode ser considerado o marco inicial, mesmo sabendo que naquele momento já havia alguns casos de pessoas infectadas no Brasil, mas ainda não havia se alastrado. O uso da máscara continua presente ao longo de 2021. Uma nova cepa vem sendo noticiada²⁴⁸, a despeito disso já se preparam as festas de final de ano e de carnaval. De forma que ao que tudo indica será uma questão com picos intermitentes, protraindo-se por vasto período de tempo.

Por mais que, no final de 2021 e início de 2022, pudesse haver uma perspectiva otimista e esperançosa, uma vez que há leitos suficientes, queda na curva de contaminação

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 665. Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiwpuyt4sT0AhVopZUCHUs4C8cQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F920691586%2Fmedida-cautelara-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-665-df-0088922-3020201000000&usg=AOvVaw20J3YTU00eGBB7wHTvAW78>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 370.

²⁴⁷ BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁴⁸ ALEGRETTI, Laís. *Ômicron*: dados ainda são insuficientes, mas variante tem potencial gigantesco de disseminação, diz virologista. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59468254>>. Acesso em: 1 dez. 2021.

no Brasil, contam-se quase dois anos de restrições a atividades presenciais. O que demonstra a absoluta incompatibilidade com mecanismos restritivos da ordem do estado de defesa e do estado de sítio, cuja temporariedade é elemento essencial.

De acordo com Raquel Brízido²⁴⁹, o combate à pandemia poderia justificar um estado de exceção permanente, o que é uma contradição em seus próprios termos, que legitimaria em última instância procedimentos de produção normativa ad hoc, alheios à Constituição e medidas de compressão intensa de direitos fundamentais, que seriam qualificados como mera regulação social.

Tem sido discutida a tese de que seria uma exceção constitucional biopolítica, geradora de um estado de exceção atípico. Quando os órgãos constitucionalmente competentes declaram o estado de exceção estão vinculados a garantir o regresso à normalidade constitucional, com a brevidade possível, em estrita observância às regras constitucionais²⁵⁰. Todavia, o mesmo compromisso inexistente quando vão sendo implementadas medidas para conter uma situação excepcional a medida que vão se fazendo necessárias, o que exige ainda maior atenção para que não se perpetue a exceção como nova normalidade.

No Brasil, o tema da biopolítica já precisou ser enfrentado pelo STF²⁵¹, em que se usava de argumentos pseudo-científicos para disseminar desconhecimento sobre a Covid-19, transcreve-se trecho elucidativo:

[...] o Movimento Médicos pela Vida combate a uso de máscara e da vacinação e defendem o tratamento precoce, ainda que sem evidência científica comprovada: “O uso obrigatório e maciço das máscaras, principalmente em crianças – o que é desumano e cruel – e a obrigatoriedade indireta da vacinação em massa (com a exigência de uma carteira de vacinação para acesso a diversas atividades sociais) configuram coerção e manipulação (uma forma de violência contra o ser humano), um lado sombrio da Biopolítica, de controle desmesurado das pessoas, em dimensão global, sem precedentes na História.

Além da temporariedade, exige-se determinação geográfica. Deve haver determinação do espaço de atuação das medidas restritivas, não apenas em relação ao estado de defesa, em razão de sua própria definição, “locais restritos e determinados”, como também em relação ao estado de sítio, pois as medidas deverão se circunscrever às “áreas abrangidas”, mesmo nas hipóteses de decretação de estado de sítio nos casos de “comoção grave de repercussão nacional” (art. 138, caput, da CRFB/88).

²⁴⁹CASTRO, Raquel Brízida. Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Número temático: Covid-19 e o Direito, p. 646.

²⁵⁰Ibid., p. 654.

²⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 37977 MC. Relator: ministra ROSA WEBER. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1210632/false>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Humberto Peña assevera que:

[...] no desempenho de seus encargos e resguardo de suas instituições, frente a testilhas que lhe são antepostas no curso de sua atuação, o Estado de opção democrática carece de substituir, por vezes e temporariamente, o desejado sistema de legalidade ordinária pelo de legalidade extraordinária, visando, a manutenção ou o restabelecimento da regularidade colimada. O estado de defesa e o estado de sítio exsurtem, assim, como vigorosos mecanismos de estabilização constitucional.

O que se pretende fazer notar é que o sistema constitucional de crises em si considerado não vai de encontro à democracia, pelo contrário, é instrumento para a sua manutenção. Contudo, a pandemia não cumpre com os requisitos constitucionalmente pré-determinados na Constituição, que delinea os pressupostos materiais para a decretação, refugindo ao princípio da taxatividade.

3.2. Intervenção Federal

Diferente da decretação do estado de defesa e do estado de sítio, que expressamente admitem a possibilidade de imposição de medidas coercitivas, inclusive restrições a direitos e garantias, a Constituição não estabelece nenhuma possibilidade de restrição a direitos na hipótese de decretação de intervenção federal. Apesar de conforme já reconhecido no início deste capítulo similitudes, como configurarem situações excepcionais e limitação circunstancial ao poder contituente reformador.

A Intervenção é a suspensão temporária e extraordinária da autonomia do ente federativo, é característica da forma federativa de Estado, na qual os entes mesmo sendo autônomos, não são soberanos. Há sete incisos, descrevendo hipóteses taxativamente descritas no art. 34, da CRFB/88, e mais quatro no art. 35, descrevendo as formas de intervenção dos Estados nos Municípios em que se neles se localizam, também taxativamente. De acordo com José Afonso da Silva²⁵², o instituto tem por finalidade:

1) a defesa do Estado, quando a intervenção é autorizada para manter a integridade nacional e para repelir invasão estrangeira; 2) a defesa do princípio federativo, quando facultada para rechaçar invasão de uma unidade da Federação em outra, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública e garantir o livre exercício de qualquer dos poderes nos entes federados; 3) a defesa das finanças estaduais, quando permitida no Estado que suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos, salvo motivo de força maior, e que deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos fixados em lei; e 4) a defesa da

²⁵²SILVA, op. cit., p. 418/419.

ordem constitucional, quando admitida para exigir a observância dos princípios constitucionais que discrimina.

Delineada na CRFB/88, a Constituição Estadual não pode trazer hipóteses de intervenção estadual diferentes daquelas que são previstas no art. 35 da Constituição Federal. O STF²⁵³ reafirmou que as hipóteses de intervenção estadual previstas no art. 35, da CRFB/88 são taxativas.

O procedimento tem início com a convocação obrigatória, em tese, do Conselho da República e da Defesa Nacional, com parecer a ser seguido facultativamente (arts. 90 e 91, da CRFB/88). Diz-se em tese, pois no Rio de Janeiro, foi apenas a posteriori, com a posterior oitiva dos Conselhos, depois de já publicado o decreto interventivo, não ficou pacificada a posição do STF, mas no julgamento do MS nº 35.537²⁵⁴ (pendente de julgamento), em liminar, entendeu-se que o momento não é necessariamente anterior, nos seguintes termos “a Constituição é clara ao tornar indispensável essa manifestação, que se mostra impregnada de conteúdo meramente opinativo, muito embora o texto constitucional não imponha que tal pronunciamento se faça, necessariamente, em momento que anteceda a formal decretação da intervenção federal.”²⁵⁵ A ADI nº 5.915²⁵⁶ foi julgada prejudicada, por perda superveniente do objeto, já que a intervenção no Estado do Rio de Janeiro findou em 31.12.2018.

A intervenção não implica em penalidade ao detentor do cargo de Chefe do Executivo, sua renúncia e a assunção do cargo por seu vice não impedem que a intervenção se ultime, o objetivo é restabelecer a ordem²⁵⁷. Se necessário fosse poderia afastar os representantes eleitos da ALERJ, no caso foi apenas parcial, pois incidiu tão somente sobre o Executivo, poderia ter tirado o governador e colocado um executor no lugar, e ainda apenas na parte da segurança pública. No Decreto deve constar o caso ao qual se amolda, o local, o motivo, o procedimento a ser adotado, o prazo, que diferente dos estados de defesa e de sítio não é constitucionalmente estabelecido e pode indicar ou não o interventor. Ressalva-se que quando é por parte do Executivo, precisa vir a indicação do interventor.

²⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2917. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342873864&ext=.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 35.537 MC. Relator: ministro CELSO DE MELLO. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5354710>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²⁵⁵Ibid., p. 6.

²⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.915. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692177108/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5915-df-distrito-federal>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²⁵⁷TAVARES, op. cit., 2015, p. 910.

No caso do Rio de Janeiro, ocorreram alguns abusos, conforme noticiado, ao se expedirem “mandados coletivos de busca, apreensão e captura”, e quando foram expedidos “mandados com múltiplos alvos”²⁵⁸, mantém-se a necessidade de serem observadas as garantias fundamentais da presunção de inocência, do devido processo legal, da inviolabilidade do domicílio e da intimidade, do dever de motivar as decisões judiciais e a regra legal contida no art. 243, do CPP, não cabendo a flexibilização.

Chegou-se a aventar a possibilidade de intervenção militar, Ives Gandra da Silva Martins²⁵⁹, minoritariamente, diz que é constitucional, enxerga que ainda existe um Poder Moderador, tradição desde o Império, que seria concedido às Forças Armadas e haveria causa e efeito de conflito entre Poderes, não haveria como recorrer ao Judiciário, pois participaria do conflito, ressalvando que não pode ser usado para destruir a Democracia, apenas reestabelecê-la, busca fundamento no art. 142, caput, da CRFB/88. Todavia, manifestamente inconstitucional intervenção militar no Brasil, de acordo com o STF²⁶⁰, segundo o qual “inexiste no sistema constitucional brasileiro a função de garante ou de poder moderador: para a defesa de um poder sobre os demais a Constituição instituiu o pétreo princípio da separação de poderes e seus mecanismos de realização”.

No parecer emitido pelo Conselho Federal da OAB²⁶¹, usa-se como argumento, pela impossibilidade de intervenção de natureza militar, o art. 102, que afirma competir ao “Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.” Tido como sendo dado ao Poder Judiciário, e em última instância, ao Supremo Tribunal Federal, interpretar o Texto Constitucional, por meio dos mecanismos institucionais que a própria Lei Fundamental estabeleceu. Concluindo que, tendo sido esta a disciplina traçada pelo constituinte, inviável a tese da autoridade suprema do Chefe do Poder Executivo e, por maior razão, das Forças Armadas. Incompatível com o histórico brasileiro.

²⁵⁸Nota Técnica Conjunta do MPF - PGR-00072549/20158 (20.02.2018). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/mpf-critica-mandados-coletivos.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁵⁹MARTINS, Ives Gandra da Silva. *CONJUR*. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁶⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6457 MC*. Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934738>>. Acesso em: 9 nov. 2021. p. 15.

²⁶¹SCALETISKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COELHO, Marcus Vinicius Furtado; BINENBOJM, Gustavo. *Parecer Jurídico*. Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional. Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador. Disponível em: <[682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf](https://www.oab.org.br/682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021. p. 14.

No presente, a pandemia vem desafiando a noção do cabimento da intervenção federal. No segundo dia do seu depoimento à CPI da Covid²⁶², foi relatado que o governo de Jair Bolsonaro chegou a discutir uma intervenção no Amazonas durante a crise no sistema de saúde do estado devido à pandemia, marcada pela morte de doentes por falta de oxigênio, mas que desistiu após ouvir o governador Wilson Miranda Lima. A insuficiência de oxigênio nos hospitais de Manaus fez com que pacientes tivessem que ser transportados de avião para outros estados, parentes de pessoas internadas tiveram que comprar cilindros com o gás por conta própria. Em função disso, da falta de oxigênios suficientes, trinta e uma pessoas faleceram.

A situação foi de tamanha seriedade que o STF²⁶³ concedeu medida cautelar determinando:

[...] defiro em parte a cautelar pedida pelos requerentes para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.

No caso, seria tecnicamente dispensável que fosse feita uma intervenção federal, bastava que o governo federal enviasse, a título emergencial, mais recursos para que fossem adquiridos os insumos necessários. A despeito disso, chegou a ser formulado inusitado pedido de intervenção pelo próprio Estado do Amazonas, tendo sido decidido carecer de

²⁶²Governo desistiu de intervenção no AM por crise do oxigênio após ouvir governador, diz Pazuello. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/20/governo-bolsonaro-discutiu-intervencao-no-am-durante-crise-do-oxigenio-mas-desistiu-apos-ouvir-governador-diz-pazuello.ghtml>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

²⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 756 TPI*. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345429635&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022, p. 14.

*legitimidade ativa para tanto*²⁶⁴. Não obstante inexistir ofensa a direitos fundamentais, também é norteado pela excepcionalidade e precisa seguir o rito disposto na Constituição.

A pandemia do coronavírus não se amolda perfeitamente a nenhuma das hipóteses autorizadoras dos institutos elencados pelo sistema de crises, em sentido estrito. O que se poderia contemplar seriam os efeitos secundários na economia.

3.3. Estado de Calamidade pública

*A gravidade da emergência causada pela Covid-19 demanda das autoridades, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, entre elas o fornecimento de todas as informações necessárias para o planejamento e o combate à pandemia*²⁶⁵. Nota-se uma diferença no sistema constitucional de crises que se tem expresso na Constituição, no qual a União é a catalizadora, aquela que centraliza a ação, sendo de competência exclusiva do Presidente da República a decretação. Na pandemia, reeveleu-se a exigência de uma atuação conjunta, cooperativa. Aplicou-se a regra das competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse²⁶⁶.

*Em determinadas situações, faz-se imprescindível a coordenação da União, como no caso dos aeroportos, sujeitos à administração da Infraero, para que o estado-membro possa implantar barreiras sanitárias dissociadas de ações coordenadas pela Anvisa. Em tempos de pandemia, os inevitáveis conflitos federativos decorrentes da adoção de providências tendentes a combatê-la devem ser equacionados pela tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre respeitada a competência constitucional de cada ente da federação para atuar dentro de sua área territorial e com vistas a resguardar sua necessária autonomia para assim proceder.*²⁶⁷

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF nº 0036341-04.2021.1.00.0000*. Relator: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1159081308/intervencao-federal-if-5221-ac-0036341-0420211000000>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 690 MC-Ref*. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442588/false>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 672 MC-Ref*. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113896606/referendo-na-medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-672-df-0089306-9020201000000/inteiro-teor-1113896607?ref=feed>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STP nº 173 AgR*. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108019514/agreg-na-suspensao-de-tutela-provisoria-stp-173-ma-0089056-5720201000000/inteiro-teor-1108019516>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

Com vistas à mitigação da crise sanitária, foi preciso traçar a vacinação dos quilombolas como prioritária, nesse ponto a União poderia ter agido na coordenação desse planejamento, o que acabou restando à via judicial²⁶⁸. As condições da saúde pública decorrentes da calamidade provocada pelo novo Coronavírus, agravadas pelo recrudescimento da pandemia em todo território nacional, desautorizam qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, especialmente a supressão de leitos de UTI habilitados e custeados pela União. Comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errático em situação de emergência, como a que ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal, arts. 6º e 196, da CRFB/88.²⁶⁹

O princípio da precaução orienta as políticas públicas sanitárias a gerenciar de forma imediata os riscos coletivos, com o olhar voltado para o futuro: in dubio pro salute. O dever estatal de enfrentamento da emergência sanitária com estratégia multilateral e planejamento estratégico, mediante definição de critérios preventivos de aquisição, disponibilidade e distribuição dos insumos.²⁷⁰

Reconheceu-se a falha na atuação nas operações policiais no Rio de Janeiro, conforme decisões da Corte Interamericana que estabeleceram padrões mínimos. E nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, passou-se a exigir que sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população que habita comunidades carentes, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.²⁷¹

Além da atuação na segurança pública, o direito à moradia ganhou novos matizes com a circunstância da pandemia, levando o STF a fazer ponderações sobre despejos,

²⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 742 MC*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwie3-LLqQP1AhWjrJUCHXR5AajwQFnoECCQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2Fdl%2Fstf-suspende-meses-desocupacoes-areas.pdf&usg=AOvVaw0-cssHVbQDUFrp8bgtWwKd>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 3473 MC-Ref*. Relator: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755935255>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁷⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 3490 TPI-Ref*. Relator: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1236989466/referendo-em-tutela-provisoria-na-acao-civel-originaria-aco-3490-df/inteiro-teor-1236989468>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 635 MC-TPI-Ref*. Relator: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312998&prcID=5816502>>. Acesso em: 12 dez. 2021, p. 26.

*determinando com relação a ocupações anteriores à pandemia, a suspensão pelo prazo de seis meses, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020; com relação a ocupações posteriores à pandemia: o Poder Público poderá atuar a fim de evitar a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; Com relação ao despejo liminar, a suspensão pelo prazo de seis meses, a contar da presente decisão, a possibilidade de concessão de despejo liminar sumário, sem a audiência da parte contrária, nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório.*²⁷²

O princípio da precaução orienta as políticas públicas sanitárias a gerenciar de forma imediata os riscos coletivos, com o olhar voltado para o futuro. Dever estatal de enfrentamento da emergência sanitária com estratégia multilateral e planejamento estratégico, mediante definição de critérios preventivos de aquisição, disponibilidade e distribuição dos insumos. O estado de São Paulo firmara contratos - inclusive com aditamentos e todos eles com pagamentos já empenhados - de fornecimento de seringas e agulhas, a serem disponibilizadas ao ente estadual para utilização no seu programa de vacinação contra o novo coronavírus. Ademais, a própria União reconheceu as dificuldades em evitar o risco de desabastecimento de insumos, tendo admitido a ocorrência de problemas relacionados ao abastecimento, em diversos hospitais, de medicamentos como anestésicos, sedativos, bloqueadores neuromusculares e agentes adjuvantes, dentre outros, em decorrência do aumento da disseminação do Coronavírus no país e do crescente aumento da necessidade de intubação orotraqueal (IOT).²⁷³

Na seara trabalhista, flexibilizaram-se direitos dos trabalhadores. A Medida Provisória nº 927/2020²⁷⁴ foi editada para tentar atenuar os efeitos sociais e econômicos decorrentes da pandemia do Covid-19, de modo a permitir a conciliação do binômio

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 828*. Relator: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6155697>>. Acesso em: 15 dez. 2021, p. 26.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 3490 TP-Ref*. Relator: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756246326>>. Acesso em: 15 dez. 2021, p. 2.

²⁷⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>>. Acesso em: 21 dez. 2021.

manutenção de empregos e atividade empresarial durante o período de pandemia. O art. 29, da MP nº 927/2020, ao excluir, como regra, a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais, transferindo o ônus da comprovação ao empregado, prevê hipótese que vai de encontro ao entendimento do STF em relação à responsabilidade objetiva do empregador em alguns casos.²⁷⁵

O art. 3º, da EC nº 106/2020, emenda avulsa e temporária, prevê uma espécie de autorização genérica destinada a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a flexibilização das limitações legais relativas às ações governamentais que, não implicando despesas permanentes, acarretem aumento de despesa. O STF entendeu que evento cujos desdobramentos são imprevisíveis, sendo inviável antever, dada a descoberta de primeiros casos ao final de 2019, a necessidade dos recursos para o enfrentamento da atual situação emergencial. Naquele momento não estavam mundialmente ou localmente perceptíveis a sua gravidade e, tampouco, o seu alastramento para o presente exercício financeiro.²⁷⁶ A vacinação foi reputada, em repercussão geral (tema 1103)²⁷⁷, como obrigatória, em consonância com aquilo que já vinha sendo determinado no ordenamento brasileiro.

Para além do que vem sendo decidido nos tribunais nestes tempos incertos, discute-se na doutrina o surgimento de novos direitos e deveres, ou antigos sob nova roupagem, como um suposto Dever Geral de Recolhimento Domiciliar²⁷⁸, que decorreria do dever de solidariedade.

Andréa Magalhães²⁷⁹ oferece a perspectiva de que uma jurisprudência que se forma em situação de crise é comumente criticada com base em argumentos como a incapacidade dos magistrados e a autossuficiência do Direito, bem como atribui-se a pecha de arbitrariedade às ações estatais a partir da identificação de um estado de exceção,

²⁷⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6375 MC*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Redator do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312985>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

²⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6357 MC-Ref*. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754438956>>. Acesso em: 15 dez. 2021, p. 13.

²⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1267879*. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443541/false>>. Acesso em: 15 dez. 2021, p. 2.

²⁷⁸MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus. In: *Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de coronavírus*. Edição e Distribuição da Editora IASP, 2021. Disponível em: <<https://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/DIREITOS-E-DEVERES-FUNDAMENTAIS-EM-TEMPOS-DE-CORONAVIRUS.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2021, p. 51.

²⁷⁹MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de Crise*. Uma perspectiva pragmática. *Rio de Janeiro: Lumen Juris*, 2017, p. 156.

formalmente reconhecido ou não. A autora agrupa os críticos em dois grupos, aqueles que são profundos defensores do formalismo e aqueles que acreditam que em determinados casos o Estado pode prevalecer sobre o Direito e, por extensão, sobre o Estado de Direito.

O dualismo, característico dos regimes jurídicos ocidentais não absolutistas, é o adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Com a positivação constitucional do estado de defesa e do estado de sítio, o Estado pode adotar medidas restritivas de direito com o fito de restabelecer a paz social, nas hipóteses de grave comoção, calamidades de grande proporção, ameaças de instabilidade institucional, declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.²⁸⁰

A Decretação de Estado de Calamidade Pública tem sido o instituto adotado pelo Governo Federal brasileiro²⁸¹, assim como por diversos entes da Federação. Existe, inclusive, orientação para que haja o reconhecimento federal da decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública nos demais entes políticos²⁸². Cujo controle legislativo é exercido por Comissão Mista do Congresso Nacional “com o objetivo de acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional, relacionada ao Covid-19”, assegurando a sua interlocução periódica com o Ministério da Economia.

As sociedades passaram por muitas crises de ordem econômica, de ordem política, contra o terrorismo; malgrado tenha-se debatido os limites das flexibilizações sob esses estados de emergência, pouco se tinha discutido até então sobre um estado de emergência sanitária. De acordo com Dyzenhaus²⁸³, “buracos cinzas” podem causar mais danos a um Estado de Direito, baseado em Schmitt, do que “buracos negros”, sendo o cinza aquele em que uma pessoa detida tem alguns direitos processuais, mas não o suficiente para efetivamente se defender²⁸⁴. Vermeule²⁸⁵ tempera o entendimento, exemplo de aplicação dos

²⁸⁰Ibid., p. 167.

²⁸¹ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²⁸² BRASIL. *Portaria nº 743*, de 26 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20743-20-mdr.htm>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²⁸³ DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4395812/mod_resource/content/1/Dyzenhaus_Constitution%20of%20Law%201.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022, p.50.

²⁸⁴ *Another way of making my point is to say that grey holes cause more harm to the rule of law than black holes. Recall that a grey hole is a space in which the detainee has some procedural rights but not sufficient for him effectively to contest the executive's case for his detention. It is in substance a legal black hole but worse because the procedural rights available to the detainee cloak the lack of substance. As we will see, it is a delicate matter*

grey holes pelo Judiciário, segundo Vermeule, seria o minimalismo de Sunstein, este autor acredita que os juízes devem adotar uma postura minimalista ao decidirem questões constitucionais, o que deveria ser feito em tempos normais e ainda mais apropriadamente em situações emergenciais. O próprio direito contém uma série de potenciais “buracos cinzas” para adequar ao caso concreto.

Magalhães²⁸⁶ analisa os conceitos trazidos por esses autores, reconhecendo não existir resposta pronta, apta a impedir que o desvirtuamento dos *standards* os transforme em “buracos cinzas” ou mesmo que permita a identificação exata de quando a jurisdição constitucional se traduz assim. No entanto, sugere reforço das balizas estabelecidas, com destaque aos elementos específicos do período de crise, tal qual a temporariedade das restrições e intensidade da crise, bem como na responsividade dos agentes públicos, como estratégia para evitar essa captura da jurisprudência da crise.

3.4. *Lockdown*

Medida extrema, que foi muito debatida e em alguns casos houve até mesmo a implementação, como em Belém²⁸⁷, por exemplo. Não obstante, o inegavelmente grave problema de saúde pública causado pela rápida propagação do Coronavírus, não se pode suprimir a liberdade de locomoção em absoluto, apenas restringir em determinadas circunstâncias. Não se pode escudar com pretensão direito de ir vir, como se uma carta branca fora, para não se sujeitar às determinações sanitárias, que visam a dificultar a proliferação do coronavírus, sendo estas medidas reputadas constitucionais pelo Supremo²⁸⁸.

Esta medida certamente extrapola a área de conhecimento da saúde, uma vez que, atinge ao mesmo tempo as áreas do Direito e da Economia ao interferir na capacidade das pessoas buscarem o seu sustento. O principal benefício do lockdown total, ou seja, incluindo o fechamento de empresas, é que este seria capaz de gerar um achatamento da curva (de sino)

to decide when the blackness shades through grey into something which provides a detainee with adequate rule-of-law protection, when, that is, on the continuum of legality, the void fills up with rule-of-law content. But for the moment I want simply to establish that minimalism is too close to the black hole end of the continuum for comfort. A little bit of legality can be more lethal to the rule of law than none.

²⁸⁵ VERMEULE, Adrian. *Our schmittian administrative law*. Disponível em: <http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2009/05/vo122_vermeule.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022, p.1140.

²⁸⁶ MAGALHÃES, op. cit., p. 182.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 37116*. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348901834&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2021, p. 2.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 186516*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343523363&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2021, p. 4.

*de infecções, de forma o sistema de saúde tenha condições de atender os casos mais graves de forma mais uniforme, ou seja, mais distribuída no tempo. Contudo, não há amparo científico suficiente para garantir que estas medidas irão surtir os efeitos esperados por seus proponentes, mesmo que não fique imune a críticas e receios sobre os seus efeitos danosos*²⁸⁹.

*A Fundação Oswaldo Cruz*²⁹⁰ *se posicionou pela necessidade de medidas rígidas de distanciamento social e até mesmo de ações de lockdown no estado do Rio de Janeiro, em particular na região metropolitana, visando à redução do ritmo de crescimento de casos e a preparação do sistema de saúde para o atendimento adequado e com qualidade às pessoas acometidas com as formas graves da Covid-19. Com base no número registrado de casos e óbitos, na tendência da epidemia em cada região do estado, a disponibilidade de leitos e equipamentos, a adequação do quadro de profissionais de saúde, bem como a adesão dos cidadãos e dos estabelecimentos comerciais e industriais a estas medidas.*

Os pesquisadores da Fiocruz destacam se tratar de crise de proporções sanitárias e humanitárias, o que importa na necessidade de implantação concomitante ao lockdown medidas de apoio econômico e social às populações vulneráveis, particularmente as que dependem de trabalho informal ou precário, bem como suporte a pequenas empresas que geram empregos e podem sofrer grande impacto da pandemia, ao que se deve acrescentar o acompanhamento psicológico.

*De acordo com Carvalho Filho*²⁹¹, *a pandemia da Covid-19 provocou situação de crise social, o que justifica e fundamenta a imposição de medidas restritivas, tendo em vista a alteração dos parâmetros constitucionais adotados para situações de normalidade. As medidas,*

todavia, só têm legitimidade se forem observados os limites materiais e temporais fixados na Constituição. O controle da legitimidade dessas medidas, constitucional ou de legalidade, é sempre admissível. Para os limites revestidos de objetividade, o controle é mais consistente. No que concerne aos limites com alguma subjetividade, o controle pode tornar-se mais flexível e variável diante do inevitável juízo de valor a ser empregado na situação de crise.

²⁸⁹OLIVEIRA, Cristiano Aguiar. *Lockdown: um caminho desconhecido e perigoso para formuladores de políticas públicas. Formuladores de política devem atuar com muita cautela, sem radicalismos.* Disponível em: <<https://www.jota.info/autor/cristianoadeojota-info>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁹⁰MACHADO, Cristiani Vieira; et al. *Posicionamento da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) – 06/05/2020. A evolução da Covid-19 no estado do Rio de Janeiro: desafios no enfrentamento da crise sanitária e humanitária relacionada à pandemia.* Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/sites/agencia.fiocruz.br/files/u91/relatorio_distanciamentossocial.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022.

²⁹¹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 858.

No entanto, fora dos limites, as medidas podem configurar-se como abuso de poder. Exigível, pois, que o intérprete aplique o princípio da proporcionalidade em cada caso.

Impetrada a ADPF nº 806²⁹² contra a decretação de *lockdown* e toque de recolher por governadores e prefeitos de todo o país. O relator rejeitou o trâmite da ação, pois as situações descritas no processo deveriam ser impugnadas por outras vias processuais. A medida cautelar foi apenas parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, § 9º, da Lei nº 13.979/2020, preservada a atribuição de cada esfera de governo, com base no art. 198, I, da Constituição, o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Por outro lado, entidades representativas de trabalhadores ajuizaram a ADPF nº 822²⁹³, em que apontam a violação do direito social à saúde e do direito fundamental à vida, em razão da condução do país no enfrentamento à pandemia. No mesmo sentido, na ADI nº 6788²⁹⁴, com pedido de medida liminar, contra decretos estaduais que estabelecem *lockdowns* e toques de recolher como forma de combater a pandemia da Covid-19. Alega-se que as normas violam os direitos constitucionais de ir e vir, do trabalho e de reunião, apontando que o fechamento das atividades econômicas resulta na perda de empregos em massa e na quebra de empresas. Sustentam ainda, que grande parte dos decretos não apresenta nenhuma comprovação científica e justificativa que demonstre a necessidade da adoção de medidas extremas que possam implicar a restrição inconstitucional de direitos fundamentais dos indivíduos.

O lockdown, tomado de forma ferrenha, impondo uma restrição absoluta à liberdade de locomoção, passa pelo critério da adequação, posto que se revela apto ao enfrentamento da crise, por mais que não solucione a doença em si. Todavia, já no critério da necessidade falha, pois há outras medidas eficazes que se tomadas em conjunto podem ser usadas com a mesma eficácia, como o próprio distanciamento, uso de máscaras e higienização. Mesmo que, argumentativamente, se queira atribuir uma maior eficácia ao trancamento completo das pessoas em seus lares, tendo em vista que sem o contato impediria também o contágio, a proporcionalidade em sentido estrito impediria que fosse considerada medida proporcional,

²⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 806*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-rejeita-acao-ptb-lockdown.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

²⁹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 822*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463858&ori=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

²⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6788*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6147422>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

pois atrairia consequências nefastas à sociedade, podendo agravar ainda mais questões psicológicas e sociais.

A querela que se instaura é que por vezes a expressão é usada indistintamente, sem ter o cuidado de explicitar se a referência é em relação a um ou ao outro sentido. Seria impraticável que todos ficassem efetiva e integralmente em casa por quase um ano, por mais que tenham sido feitas adaptações aos espaços de trabalho para que a maioria dos trabalhadores pudessem realizar suas atividades à distância, há setores que por sua própria natureza revela-se simplesmente inviável a adaptação. Isso tomando-se como marcos o início da decretação da pandemia em março de 2020, até a vacinação dos grupos de risco, porque a vacinação de toda a população demorou ainda mais tempo, e ainda está sendo aplicada, as primeiras doses de crianças e adolescentes e as de reforço dos demais, enquanto estava sendo produzido este trabalho em março de 2022. A pandemia pode se estender por ainda mais tempo, pelo menos com a vacinação os efeitos serão bastante atenuados, aproximando à normalidade.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que, não obstante os direitos fundamentais estejam em constante construção, os detentores do poder de decisão das políticas públicas não podem determinar as medidas extraordinárias ao acaso. Não é porque não há uma tese inabalável e imutável que possa ser desmantelado tudo aquilo que foi sendo sedimentado.

A liberdade de expressão, conforme visto nos exemplos da marcha da maconha, do diretor que reagiu de forma despuorada às vaias dentro de horário e público apropriados, da desnecessidade de diploma para informar, e mesmo ao atritar com a honra e a vida privada se resume à reparação em danos morais, tendo permitido biografias não autorizadas e rechaçado o direito ao esquecimento, o “aviso prévio” da reunião pode ser dado posteriormente, contanto que não atrapalhe outra reunião, permitiu-se o proselitismo. Assim, revelou-se uma forte tendência do STF pela liberdade.

O que se percebeu foi que as fake news são a matéria que mais desafia essa liberdade, não havendo direito à desinformação, quanto mais pelos danos que podem advir, inicialmente apreciado na influência nas eleições, e com a pandemia fez-se notar ainda mais, colocando a saúde das pessoas ainda mais em risco do que a própria doença. De modo que não se concebe que esteja acobertado pela liberdade de expressão.

Seria despropositado supor qualquer restrição ou suspensão do direito de reunião ao longo de toda a pandemia, como está previsto na CRFB/88 para os estados de defesa e de sítio, respectivamente. Seria um excesso extensivo. Mas em relação a reuniões em locais fechados, conglomerados de grandes pessoas, na época em que o número de leitos ocupados estava em crescente aumento, fez sentido a restrição. No entanto as reuniões virtuais, pelo contrário, não poderiam sofrer limitação, devendo ser incentivadas, a disseminação da informação combate as falsas notícias. O uso de máscaras em manifestações resta paradoxal, encobre a identidade e reduz a chance de propagação do Covid-19.

Observou-se que o tratamento dispensado à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas,

sendo no último caso, com reserva de jurisdição, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, costuma ser temperado. Muitas vezes com base na literalidade das expressões do texto constitucional, que não abarca os dados móveis expressamente, que começou a ser melhor regulado com o MCI e com a LGPD. A inviolabilidade é bastante flexibilizada pela jurisprudência, o conteúdo de um computador é o conteúdo da própria conversa, tudo fica registrado, não há muita distância de uma conversa telefônica, ainda assim continuam a ser tidas como dados. Não foi de causar estranheza o Brasil ter condenação pela Corte IDH por não ter investigado com seriedade a quebra do sigilo sem a devida fundamentação.

Em relação aos presos, ainda maior é a devassa à intimidade há muito consolidada na jurisprudência, e com o pacote anticrime positivada. De forma compreensível, necessário para manter a própria segurança no interior do presídio. A questão é que neste caso as restrições são menos gravosas no estado de defesa e no estado de sítio. O STF tem essa perspectiva mais condescendente com vistas a viabilizar o direito penal e processual penal. Quando teve que decidir sobre a coleta de dados pelo IBGE para mapear a pandemia, exigiu que os fins fossem mais bem delimitados. As restrições no estado de defesa e de sítio poderiam ser para outros fins, o que não condiz com as necessidades impostas pela pandemia.

A liberdade de locomoção é a regra. No estado de defesa, pode haver a restrição da liberdade sem a condenação por juiz competente, mas apenas nos crimes contra o Estado, com o limite de dez dias e continua não sendo possível a incomunicabilidade, deve ser comunicada a detenção do indivíduo. No estado de sítio, a situação é ainda mais grave, podendo ser detidas por crime comum. A imposição de medidas restritivas em prol da contenção do coronavírus, contanto que proporcionais, foram entendidas como constitucionais.

O direito à propriedade, conforme visto, pode ser tomado em sentido amplo, para além dos imóveis, e sim toda vez que toca o patrimônio dos indivíduos. Destacou-se que os institutos de legitimidade extraordinária provocam efeitos outros além da ocupação e uso temporário de bens e serviços público, no estado de defesa, se derivar de calamidade pública; ou, a requisição de bens, no estado de sítio. Posto que a calamidade pública, uma das causas do estado de defesa, por exemplo, permite que os limites da lei de responsabilidade fiscal sejam dilargados. Com a nova lei de licitações a legalidade extraordinária tornou-se causa de dispensa de licitação. A requisição de bens públicos foi posta em prova na pandemia com o

intento da União de obter seringas de outros entes, tendo o STF valorizado a autonomia dos entes.

Ademais, os requisitos para que se decrete, como despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, são bastante abertos à interpretação. De forma assemelhada aos critérios para a decretação dos institutos do sistema de crises, havendo uma interseccionalidade entre tributaristas e constitucionalistas, que tentam solucionar métodos de interpretação que se alinhem à CRFB/88.

Percebeu-se que deve se amoldar à situação fática para que o gestor possa decretar medida interventiva. Foi possível notar que não cabe mais uma visão ultrapassada de separação de poderes, restringindo a tal ponto a apreciação do Judiciário que o restringisse à verificação da legalidade. Se o neoconstitucionalismo carrega consigo a disseminação da aplicação de princípios, de forma integrativa, e uma interpretação mais unitária da Constituição, nada mais coerente do que perceber que a interpretação do Judiciário deve também ser ampla. Mostrou-se não ser possível responsabilizar os agentes públicos, de acordo com maioria doutrinária, senão quando praticam com erro grosseiro os seus atos, sobretudo com a reforma na LINDB.

Maior ainda a margem concedida ao Poder Executivo, para decidir as questões políticas, mesmo porque é eleito democraticamente para tomar essas decisões, notou-se a preocupação da doutrina e jurisprudência para que não fiquem engessados no exercício de suas funções. Contudo, isso não implica em plena liberdade para tomar decisões completamente descoladas dos ditames constitucionais, fica vinculado à legalidade, como com o orçamento impositivo em matéria de saúde, por exemplo. Há entendimento minoritário que permitiria a responsabilização pela determinação do interventor.

Verificou-se que o estado de defesa e o de sítio têm uma escala diversa, sendo o estado de defesa um minus, mas ambos regulados em minúcia em cada etapa do procedimento, com consulta aos Conselhos, obrigatória e não vinculante, comunicação ou autorização, respectivamente, a duração da medida, dentre outros que foram analisados de forma aprofundada.

O estado de defesa e o estado de sítio não poderiam ter sido decretados, posto que suas intervenções se mostraram deveras excessivas, em desconformidade com as necessidades que se avultaram com a pandemia. Já a intervenção poderia ter sido empregada,

devido aos efeitos colaterais, o que, no entanto, não poderia ser imposta a atuação ao Presidente da República, ainda há muito o que avançar acerca de omissões.

A relevância da pesquisa é evidenciada na atualidade da matéria, com os desafios impostos pela pandemia a todas as áreas do conhecimento. De um lado, tem-se a necessidade de preservar a saúde das pessoas, ou ao menos conter a disseminação da doença; de outro, a auto-determinação das pessoas, que nem sempre conduzem suas ações em prol da coletividade, a economia e o emprego, resumidamente.

A pesquisa possibilitou perquirir a constitucionalidade do lockdown, sendo imperioso dar um passo atrás para entender o que se quer dizer efetivamente com a expressão. Tendo-se chegado à conclusão de que se feita de forma não absoluta, tem-se interessante instituto que passa pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito, para fins de combate à pandemia.

É certo que o estudo do tema não se esgota de maneira alguma neste trabalho e que sua compreensão está em evolução dada a sua complexidade e atualidade, afinal ainda não há cura para o Covid-19, felizmente os efeitos próprios e decorrentes dela foram controlados com a vacinação de larga parcela da população. Por outro lado, remanescem muitos dos efeitos nefastos na sociedade, e que acabam imbricados com o Direito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. In: *The Yale Law Journal*, v. 113, n.5, 2004, p. 1030. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 10 set. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

AVISHAI, Bernard. *The Pandemic Isn't a Black Swan but a Portent of a More Fragile Global System*. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-pandemic-isnt-a-black-swan-but-a-portent-of-a-more-fragile-global-system>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/compilada.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BARBOSA, Rui. *O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/227378>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. *Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor-16102014>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. *O Art. 28 da LINDB A cláusula geral do erro administrativo*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj18b2W06nvAhWhK7kGHYddCB4QFjAAe_gQIARAD&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Fojs%2Findex.php%2Frd%2Farticle%2Fview%2F77655&usq=AOvVaw1d32044w7-VpYsJEyVzxxK>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus, 'estado de exceção sanitária' e restrições a direitos fundamentais. In: Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinia-o-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitos#fundamentais-04042020>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. Disponível: <<https://rbrandao.adv.br/wp-content/uploads/2017/06/Mecanismos-de-dialogos-constitucionalis-nos#eua-e-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.google.com/urlsa=t&rct=j&q=&src=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjXxr6ZwKnvAhVMDrkGHcDfCMYQFjAAegQIARAE&url=http%3A%2F%2Fwww.planalto.gov.br%2Fccivil_03%2Fconstituica%2Fconstituicao.htm&usg=AOvVaw0O-cDf3dib8KbUFGgSkZCp>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%204.657-1942?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.429-1992?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lcp%20101-2000?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.979-2020?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2014.010-2020?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Lei nº 14.019 de 2 de julho de 2020. Disponível em:* <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2014.019-2020?OpenDocument>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em:* <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>>. Acesso em: 21 dez. 2021.

_____. *Portaria nº 356, de 11 de março de 2020. Disponível em:* <PORTARIA Nº 356, DE 11 DE MARÇO DE 2020 - PORTARIA Nº 356, DE 11 DE MARÇO DE 2020 - DOU - Imprensa Nacional (in.gov.br)>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Resolução nº 236, de 22 de dezembro de 2021. Disponível em:* <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/resolucao-sobre-propaganda-nas-eleicoes-2022-ja-preve-punicao-para-desinformacao-e-disparo-em-massa-de-mensagens-online>>. Acesso em: 8 mar. 2022.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1859665. Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em:* <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&n_um_registro=202000208006>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. HC nº 597069. Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Disponível em:* <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27102020-Negado-habeas-corp-us-a-comerciante-que-teve-CNH-suspensa-e-passaporte-apreendido-em-processo-de-execucao.aspx>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 187. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em:* . Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.404. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Disponível em:* <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/doc_umento/informativo1005.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.424. Relator: Min. MOREIRA ALVES, rel. p/acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA. Disponível em:* <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH0POO67_wAhXVq5UCHaEvBmUQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fwww2.stf.jus.br%2FportalStfInternacional%2Fcms%2FverConteudo.php%3Fsigla%3DportalStfJurisprudencia_pt_br%26idConteudo%3D185077%26modo%3Dcms&usg=AOvVaw3oOqsGyq0zB WmIzewK4X4_>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Inq nº 4694. 1ª Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em:* <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj00an5m73wAhWdIbkGHdlsBH8QjfABeg>>

QIBB AD &url=https%3A%2F%2Fportal.stf.jus.br%2Fproce ssos%2Fdetalhe.asp%3Fincide nte%3D5437294&usg=AOvVaw2GnI0kBzNt1YMwY7 ePDmej>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq nº 4871. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=deciso es&pesquisa_i nteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1 &page Size=10&queryString=inq%204871&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 22328. 1ª Turma. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/pagin adorp ub/p aginador.jsp?docTP=TP&docID=14784997>. Acesso em: 6 abr. 2021.*

_____. *Supremo Tribunal Federal. ARE nº 905.149 RG. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <https://artigo19.org/centro/wp- content/uploads/2019/08/Reperc ussao- geral-STF#mascaras-.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2021*

_____. *Supremo Tribunal Federal. HC 83.996. Relator: Min. CARLOS VELLOSO, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact= 8&ved=2ahUKEwjmhpcDlrwAhWwr5UCHWMLCm4QFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F %2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D63255 &usg=AOvVaw3_t2mfzQ 6hSYCV_-nVWICn>. Acesso em: 20 mar. 2021.*

_____. *Supremo Tribunal Federal. RE nº 806339. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, redator do acórdão Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=806339&classe=RE& origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 18 mar. 2021.*

_____. *Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6341. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Redator do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 6 out. 2021.*

_____. *Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6343 MC-Ref/DF. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact= 8&ved=2ahUKEwirvcOBx6nvAhVrIbkGHetiBhsQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2F www.conjur.com.br%2Fdl%2Fvoto-toffoli-estados-aval- transportes.pdf&usg=AOvVaw2amcEErrxtuzx5fZHRNU65>. Acesso em: 9 mar. 2021.*

_____. *Supremo Tribunal Federal. ADIs 6435/MA, 6445/CE, 6448/RJ e 6575/BA. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/pr ocessos/downloadPeca.asp?id=15345649112&ext=.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021.*

_____. *Supremo Tribunal Federal. ARE nº 1267879 – tema 1103. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndame nto.asp?numero=1267879&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 9 mar. 2021.*

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 756. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=756&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 811. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<ADPF811votoMGM.pdf> (stf.jus.br)>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6625 e ADPF nº 770. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=6625&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>><<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=770&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIs nº 6387, 6388, 6389 e 6390. Relatora: Min. ROSA WEBER. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ047QxqnvAhU0AtQKHQbnD0oQFjAAegQIARAD&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D442823&usg=AOvVaw3Q3VnDnr_edsmWSkgUjzSk>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5915. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj5IvLZzK_nvAhW7IbkGHcVUBQoQFjABegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fnoticias.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D372604%23%3A~%3Atext%3DO%2520ministro%2520Ricardo%2520Lewandowski%2520C%2520do%2520Cdeteminou%2520a%2520interven%2520C3%25A7%2520C3%25A3o%2520federal%2520no&usg=AOvVaw1oAVHdyvLuvmoGwpwtZA6k>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC nº 165704. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=165704&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC nº 188.820. Relator: Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5963414>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96.056. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiSpI3fzb_wAhVoqZUCHSf9DwMQFjAAegQIAhAD&url=h>

<https://www.stf.jusbrasil.com.br/fjurisprudencia/2F21588209/2Fhabeas-corporis-96056-pe-stf/2Finteiro-teor-110380143&usg=AOvVaw1A86GnNgoju9LRoxBsbg> PX>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 672 e ADI 6341. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-lrnQy6nvAhVWIrKGH2OBakQFjABegQIDxAD&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fcms%2FverNoticiaDetalhe.asp%3FidConteudo%3D441075&usg=AOvVaw3xnyVr2let5nmTlIoIuXy9J>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 665. Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiwpuyt4sT0AhVopZUCHUs4C8cQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F920691586%2Fmedida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-665-df-0088922-3020201000000&usg=AOvVaw20J3YTU00eGbb7wHTvAW78>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.566. Relator p/ o ac. min. EDSON FACHIN. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 511.961. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiX3-npw7zwAhUTq5UCHQdyBRwQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D605643&usg=AOvVaw0Ayb-Ub2E8NXzpDFnuepUL>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6764. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6764Decisa771o.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307. Relator: Min. ILMAR GALVÃO. Disponível em: <AP 307 (stf.jus.br)>. Acesso em: 3 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 3463 MC-Ref. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345933373&ext=.pdf>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 3385 TP. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345933373&ext=.pdf>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

publicacaoinstitucional%2Findex.php%2FDout25anos%2Farticle%2Fdownload%2F1127%2F1061%23%3A~%3Atext%3DEfetivamente%252C%2520o%2520direito%2520%25C3%25A0%2520propriedade%2Cdo%2520patrim%25C3%25B4nio%2520do%2520sujeito%2520passivo.&usg=AOvVaw2KHv4AYEFMIQcgOeKb1uk5>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DAVE, Dhaval M.; FRIEDSON, Andrew I.; MATSUZAWA, Kyutaro; SABIA, Joseph J.; SAFFORD, Samuel. *Black lives matter protests and risk avoidance: the case of civil unrest during a pandemic.* Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjBtoqhoOPvAhW7GbkGHWn-Dr0QgAMoAHoECAEQAg&url=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar_url%3Furl%3Dhttps%3A%2F%2Fwww.nber.org%2Fsystem%2Ffiles%2Fworking_papers%2Fw27408%2Fw27408.pdf%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX%26ei%3DX_1oYNTdD5D_mAGZoJTgCw%26scisig%3DAAGBfm07Kn5YIsxBo6t_KxM05IG—icO3A%26noss%3D1%26oi%3Dscholarr&usg=AOvVaw1GIrPEmZK_jH5x5NO4fXmWg>. Acesso em: 3 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado.* Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjQ2LvrpbwAhULca0KHXL3AQQQFjAQegQIBxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdusp%2Farticle%2Fdownload%2F67231%2F69841%2F88644&usg=AOvVaw2_qjYwkYSogH4vp_0xNDIR>. Acesso em: 2 mai. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras.* Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj9_9qchszvAhUiHbkGHUkKBXgQFjABegQIBxAD&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Fojs%2Findex.php%2Frda%2Farticle%2Fview%2F46225&usg=AOvVaw0XGpAZIrhU_LZRB4QUi4suS>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2015.

GREENE, Alan. *Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights.* In: *German Law Journal*, v. 12, Issue 10: *Special Issue Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights*, 01 October 2011, p. 1764/1785. Disponível em: <*Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights | German Law Journal | Cambridge Core*>. Acesso em: 25 abr. 2021.

HABER, Carolina Dzimidas; MOROSINI, Daniel Cardoso. *Análise do impacto da pandemia sobre as prisões em flagrante no estado do Rio de Janeiro.* In: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 9-38, fev. 2021. ISSN 2674-9122. Disponível em: <[//ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/65](https://ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/65)>. Acesso em: 25 abr. 2021.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. In: *Revista de Direito Administrativo* 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. *Atualização. Rejeição de vetos ao pacote anticrime*. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/jus1275_atualizacao.pdf?v=20220408151509>. Acesso em: 4 mai. 2021.

LONGHI, João Victor Rozatti; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Liberdade de expressão e redes sociais virtuais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/martins-longhi-liberdade-expressao-redes-sociais>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Responsabilidade Constitucional dos Agentes Políticos*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/88768>>. Acesso em: 21 mai. 2021.

MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de Crise*. Uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus*. In: *Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de coronavírus*. Edição e Distribuição da Editora IASP, 2021. Disponível em: <<https://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/DIREITOS-E-DEVERES-FUNDAMENTAIS-EM-TEMPOS-DE-CORONAVIRUS.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjK57LBU_vAhVnIlkGHQuUDrwQFjAAegQIahAD&url=https%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F8%2F8131%2Fde-05122008-162952%2Fpublico%2FTESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf&sg=AOvVaw0wZ7pyzb-84Ual3cM-f29B>. Acesso em: 8 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MODESTO, Paulo. *O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/04/03/fast-track-licitatorio-crise/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Humberto Peña de. Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: *Estado de Defesa e Estado de Sítio*. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORI, Letícia. *O que é o Estado de Defesa citado por Aras após pressão por impeachment*. Disponível em: <*O que é o Estado de Defesa citado por Aras após pressão por impeachment - BBC News Brasil*>. Acesso em: 11 mar. 2021.

NAUD, Leda Maria Cardoso. *Estado de Sítio e Suspensão de Liberdades Individuais*. In: *Revista de informação legislativa*, v. 3, n. 12, p. 227-238, out./dez. 1966. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180695>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Contratação emergencial e fast track licitatório em tempos de crise*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/04/03/fast-track-licitatorio-crise/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. São Paulo: CEI, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/195035359.pdf>>. Acesso em: 9 mai 2021.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBwuPAIavAhVnGbkGHSzlANsQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2F2020-mar-23%2Fdireitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia&usg=AOvVaw0PfFbXI-0fWyuPWmgsJQPt>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, Hamilton Dias de; DE CARVALHO, Thúlio José Michilini Muniz. *Empréstimo compulsório em caso de calamidade pública*. Disponível em: <https://www.dsa.com.br/_2019/wp-content/uploads/2020/07/Artigo-Dr-Hamilton-e-Thulio-COVID19-obra-coletiva.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2021.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

XAVIER, Fernando et al. *Análise de redes sociais como estratégia de apoio à vigilância em saúde durante a Covid-19*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142020000200261&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2021.