

A defesa da Constituição em tempos de pandemia¹

Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular Doutor das Faculdades de Direito da UFPr. e do UniBrasil.

I. Introdução

Vivemos tempos difíceis, com um vírus que se espalha pelo mundo, trazendo desespero e sofrimento. Nosso país está em segundo lugar no número de mortos, depois dos Estados Unidos, sendo, agora, o primeiro em média diária de vítimas fatais.

Retornando da Ásia no início do ano, tendo passado pela Tailândia, Singapura e Índia, vi em todos os países citados a execução de medidas de controle da pandemia. Chegando ao Brasil estranhei a normalidade dos aeroportos. Sequer fui perguntado se estivera na China, epicentro da crise pandêmica naquele momento. No Brasil, o cuidado começou, oficialmente, no dia 20 de março com a edição do Decreto Legislativo número 6. Sofremos, por outro lado, com um presidente omissivo e, mais do que isto, negacionista, que não acredita nas conquistas da ciência, mantendo-se apegado a um suposto medicamento milagroso para curar o que chamou de gripezinha.

II – Defesa da Constituição.

¹ Texto da exposição apresentada no painel *A Defesa da Constituição em Tempos da Pandemia* do Congresso Digital Brasileiro promovido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em julho de 2020, moderado pela professora *Mônica Caggiano* e integrado, além do autor, pelos professores *André de Carvalho Ramos* e *Nathalia Manon*.

Medidas urgentes precisariam ser tomadas e elas, certamente, implicariam a restrição ao exercício da cidadania, da liberdade, da propriedade, dos contratos laborais e dos direitos de reunião, de locomoção, enfim, dos direitos fundamentais. Nestes casos, a história constitucional adverte, a instância normativa precisa regular a realidade fática, a situação de necessidade, sob pena de os fatores reais do poder assumirem a condução do país usurpando a soberania, fomentando a tentação do autoritarismo e do estado de exceção. O momento era propício para isso e com este presidente, como sabemos, todo o cuidado é pouco.

Vive-se, além disso, o mito da bondade do regime centralizador, segundo o qual, com comando unificado, é mais eficaz a resposta à crise pandêmica. A China pode confirmar a tese, mas, a Nova Zelândia e o Canadá, democráticos e plurais, por exemplo, a desmentem.

O ensaio autoritário do governo foi contido, felizmente, diante da resistência da sociedade civil, da imprensa e do contrapoder exercido pelos órgãos constitucionais de controle horizontal. O polêmico, mas eficaz, inquérito das Fake News e aquele instaurado para investigar manifestações antidemocráticas (pediam AI 5, intervenção militar e fechamento do CN e do STF), ambos relatados pelo Ministro Alexandre de Moraes, parecem ter surtido efeito. O Chefe do Executivo parece ter, ultimamente, adotado outro caminho que não a colisão frontal. A lenta erosão da democracia e o aparelhamento dos órgãos do Estado pode ser a estratégia momentânea, depois da formação, a preço de ouro, de uma instável base de apoio no Congresso Nacional.

Pesquisa realizada por *Tom Ginsburg* e *Mila Versteeg*, publicado na *Harvard Law Review Blog*, em 17 de abril do corrente ano, demonstra que, do ponto de vista do direito, temos visto, no direito comparado, basicamente três tipos de experiência de enfrentamento da pandemia.

- A. No primeiro grupo residem os países que apelam para uma espécie de *estado de emergência*, quando previsto em suas Constituições, com a consequente suspensão do exercício de direitos e concessão de poderes extraordinários ao governo para cuidar da questão por meio de decretos e outras medidas administrativas. É o caso da França e da Espanha, por exemplo, mas sempre com prazos definidos e controles parlamentar e jurisdicional sobre as medidas tomadas.
- B. No segundo grupo, encontram-se os países que fazem uso de legislação já vigente que, eventualmente, em casos como este, permitem a delegação da autoridade normativa e, para o combate da pandemia e a proteção final dos direitos fundamentais, autoriza a sua restrição. Não são exercidos propriamente poderes de exceção, mas atuação extraordinária diante das circunstâncias e do reconhecimento do estado de necessidade, de que a norma deve ser lida em seu contexto e que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrição nas situações de colisão com outros

direitos ou interesses constitucionalmente protegidos do indivíduo, dos grupos ou da comunidade. Assim atuaram, por exemplo, os Estados Unidos, o Japão, a Itália e a Bélgica.

- C. Há, por fim, um último grupo que precisou e aprovou com urgência legislação nova, no campo constitucional ou infraconstitucional, permitindo as medidas extraordinárias que não devem configurar, porém, medidas próprias de um estado de exceção. Trata-se, portanto, como lembra Pedro Serrado, de legalidade extraordinária e não de estado de exceção. É o caso da Hungria, Noruega e Gana. Na Hungria, como todos sabem, com nefastas consequências, por conta das iniciativas suspeitas de Victor Orbán orientadas, sem êxito todavia, para transformar em permanentes medidas aprovadas para o período de enfrentamento da pandemia.

O Brasil adotou um modelo próprio, fazendo uso da legislação vigente (artigos 131 e 268 do CP), da interpretação conforme de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal com decisão cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal em processo de controle abstrato de normas (que, depois, perdeu objeto diante da atuação do Legislativo), com a decretação de calamidade pública para autorizar os gastos imprevistos contra a pandemia, nos termos da lei de responsabilidade fiscal, e a aprovação de leis, inclusive complementares, e de emendas constitucionais voltadas ao referido combate.

A decretação de Estado de Emergência ou de Estado de Sítio, previstos na Constituição Federal (artigos 136, 137 a 139), ou de intervenção federal (art. 84, X), não seria nem necessária nem cabível para a luta contra a pandemia.

O Presidente da República, aproveitando-se da delicada situação, pretendeu fazer a gestão unilateral, sobretudo por meio de decretos regulamentares, das providências contra a crise, no que foi impedido por acertada decisão, prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, reforçando a distribuição de competências da federação. A crônica dos acontecimentos demonstra a orientação correta do aresto. Com erros e acertos, com cautela extremada ou ações exageradas no início, foram sobretudo os Estados e Municípios que tomaram as medidas indispensáveis, que se colocaram na linha de frente da luta, que deram eficácia à proteção reclamada da saúde pública. No plano federal, sobretudo a partir da conduta do presidente, entre a omissão e a cloroquina, entre a troca de ministros e o incentivo à violação das regras de anteparo, vimos um país claudicante, sofrendo a explosão de vitimados pela pandemia.

Sim, temos falhado muito do ponto de vista da saúde pública. Curiosamente, do ponto de vista do direito as críticas devem ser menos duras. Conseguimos, por enquanto, ao contrário de outros países governados pela extrema-direita, superar a armadilha fatal do autoritarismo ou do aproveitamento da crise para o incremento da autoridade centralizadora do presidente. Sim, talvez fosse pensável, num futuro distante, quando a convocação do constituinte reformador não puser em risco as conquistas democráticas, uma emenda constitucional para inscrever no texto normativo da Lei

Fundamental, ao lado dos estados de defesa e de sítio, a regulação de outro tipo de legalidade extraordinária, uma espécie de estado de emergência sanitária, como na França, para disciplinar o modo como o poder público reage em circunstâncias anormais de aperto pandêmico. Penso, todavia, que a iniciativa, como ficou provado até aqui, é dispensável. Podemos viver sem ela.

III – Papel do Congresso Nacional na pandemia.

É verdade que, nos dias que correm, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal estão sendo avaliados pela sociedade brasileira a partir de severo escrutínio. Importa reconhecer, todavia, que os trabalhos do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal foram e fundamentais para a defesa da normatividade constitucional neste período crítico. Vejamos primeiro o papel funcional e de controle do Congresso Nacional. Ele aprovou: (i) a Lei 13.979/2020 que dispõe sobre o enfrentamento da pandemia, autorizando medidas sanitárias para a proteção emergencial do direito à saúde previsto do artigo 196 da CF; (ii) a Lei 14.010, a partir de anteprojeto elaborado por comissão sob a presidência do Ministro Toffoli e seguindo os exemplos dos EUA, Alemanha e Reino Unido, para tratar das relações privadas sob a pandemia; (iii) a Emenda Constitucional 106/2020 disciplinando o orçamento de guerra; (iv) a Emenda Constitucional 107/2020, autorizando o adiamento das eleições municipais (para os dias 15 e 29 de novembro), iniciativa negociada com o Tribunal Superior Eleitoral, partidos políticos e a sociedade civil e (v) a Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, criando o programa federativo de enfrentamento ao coronavírus, alterando a Lei Complementar 101/2000 e contemplando recursos para os Estados, o Distrito Federal e para os Municípios.

O Poder Legislativo, entre nós, é complicado, claudicante e pouco transparente, o que compromete a sua credibilidade, mas ninguém pode negar que, no contexto em comento, ele trabalhou com a responsabilidade e velocidade que a gravidade do caso impõe. O Congresso Nacional, além disso, tem introduzido na ordem jurídica outras providências e atuado como uma caixa de ressonância dos interesses da sociedade na defesa da democracia, da segurança e da saúde pública. Cumpre lembrar, nesta altura, que as medidas mais generosas de apoio à sociedade civil partem do Congresso Nacional e não do Executivo Federal.

IV– Defesa dos direitos fundamentais como defesa da Constituição

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, está consciente da gravidade dos problemas pelos quais o país vai passando.

Vê-se, inclusive, que nos períodos mais sensíveis, a divisão da Corte deu origem a uma atuação concertada dos ministros. Neste quadro, um novo Supremo Tribunal Federal, mais unido, convergente, apareceu durante a pandemia.

Os manuais de direito constitucional apontam, com esta ou aquela diferença, as funções da Egrégia Corte. Para simplificar o debate, cabe apontar as seguintes: (i) proteger o pacto federativo, (ii) garantir a efetividade da normatividade constitucional e (iii) atuar como instância contramajoritária. Ora, a Corte, sensível às exigências do momento, tem, de modo sensato, exercido as três funções. Para confirmar a tese, alguns casos podem ser relembrados:

1. ACO 3.363/2020 – Autor Estado de São Paulo. A decisão beneficiou depois outros Estados. Foi concedida liminar permitindo o não pagamento das parcelas da dívida com a União e utilização dos recursos para o combate à pandemia. A ação, depois, perdeu objeto diante a aprovação da LC 106/2020 cuidando do orçamento de guerra.
2. ADI 6357 – DF, rel. Alex. Moraes. Autorizando o poder público, a partir de uma inédita interpretação conforme de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, a fazer gastos não previstos no orçamento.
3. ADPF 672, aforada pela OAB, rel. Min. Alexandre de Moraes. Reconheceu a competência concorrente para a edição das medidas administrativas necessárias para o combate à pandemia, retirando, assim, o papel centralizador e unificado da União. Esta medida foi responsável pelo salvamento de muitas vidas, considerando o modo como o governo federal tem enfrentado a pandemia.
4. ADI 6351, rel. Min. Alexandre de Moraes. Decisão suspendeu a eficácia de dispositivos da lei de acesso à informação que contrariavam as exigências constitucionais relativas à publicidade e transparência.
5. ADPF 635, rel. Min. Fachin. Foi deferida liminar proibindo as operações da polícia militar em favelas do Rio de Janeiro, preservando muitas vidas, particularmente de pessoas jovens, pobres e negras.
6. ADPF 669 aforada pela REDE (e 668 pela CNTM). Concedida liminar pelo Ministro Barroso proibindo a campanha publicitária “O Brasil não pode parar”, por levar mensagem não condizente com a gravidade da pandemia. Esta decisão, também, salvou muitas vidas.
7. ADPF 709, aforada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil e cinco partidos políticos (PSB, PCdoB, PSOL, PT e PDT) para impedir o genocídio dos povos indígenas. Cautelar concedida pelo Ministro Barroso determinando a colocação de barreiras nos acessos às terras indígenas e uma sala de situação para acompanhar a evolução dos programas de proteção às populações originárias.

Além das decisões acima referidas, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu Regimento Interno para permitir a sua atuação colegial por meio remoto, permitindo presteza e celeridade na apreciação dos temas que são levados a julgamento.

V – Conclusão

Fica, então, a pergunta. Por que, apesar da atuação dos Estados, Municípios, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, chegamos a estes números alarmantes de infectados e mortes?

A resposta é simples. Faltou gestão adequada da situação, diante do aparelhamento e sucateamento do Ministério da Justiça e, sobretudo, em função da falta uma liderança nacional capaz de, presidindo a União, reunir, num gabinete de crise, as autoridades das unidades federadas para o acompanhamento da situação e adoção de iniciativas coordenadas (federalismo de cooperação e não de colisão) para o seu enfrentamento. O jogo do presidente era oito ou oitenta. Queria o comando centralizado e exclusivo da crise para orientar uma política negacionista de retorno ao trabalho. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal encontrou uma desculpa para não cooperar, omitir-se de vez, e culpar Estados e Municípios pelos números alarmantes de vitimados aos quais chegamos.

A ironia é que com tantas mortes, do ponto de vista jurídico, repito, não estamos nos saindo tão mal. Fizemos e temos feito, na medida do possível, o que precisa ser feito. Todavia, pela falta de coordenação, pelo omissão ou mau exemplo do presidente da república, pela timidez do ministério da saúde cujo ministro foi trocado duas vezes durante os primeiros meses do período pandêmico e hoje continua sem titular, o povo padece, tendo o país chegado a uma situação mais grave do que a gravidade da pandemia poderia indicar.

Se fomos exitosos na defesa da Constituição para preservar a democracia, não temos conseguido proteger a Lei Fundamental quando se cuida de garantir integralmente o direito fundamental à saúde dos brasileiros (Art. 196 da CF). O quadro normativo necessário para o combate à pandemia foi aprovado pelo Congresso Nacional dentro dos ditames constitucionais; o Supremo Tribunal Federal tem agido adequadamente para dar, dentro das balizas jurídicas, a segurança necessária para os agentes e autoridades e, também, para controlar a proporcionalidade e razoabilidade dos programas administrativos. O problema é o Executivo Federal que se omite e dá mau exemplo com a reiterada conduta do presidente e, ademais, culpando os outros poderes e coletividades políticas pelo quadro desolador de mortes evitáveis, deixando de cumprir um papel de liderança para a coordenação necessária reclamada por esse tipo de autoridade para o enfrentamento da pandemia.

Curitiba, 31 de julho de 2020.