

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SAMUEL ANTONINO MAIA DA SILVA

**PROTAGONISMO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS: UMA ANÁLISE DO
FEDERALISMO BRASILEIRO EM FACE DA PANDEMIA**

VOLTA REDONDA-RJ

2021

SAMUEL ANTONINO MAIA DA SILVA

Matrícula 216.090.072

**PROTAGONISMO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS: UMA ANÁLISE DO
FEDERALISMO BRASILEIRO EM FACE DA PANDEMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação de Monografia Jurídica, vinculada ao Departamento de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, como requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso – III, e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador:

Senhor Professor Doutor Marco Aurélio Lagreca Casamasso

VOLTA REDONDA – RJ

2021

SAMUEL ANTONINO MAIA DA SILVA

**PROTAGONISMO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS: UMA
ANÁLISE DO FEDERALISMO BRASILEIRO EM FACE DA PANDEMIA**

Monografia aprovada pela Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade
Federal Fluminense – UFF

Volta Redonda, 14 de setembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Prof.^a Dr.^a Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski

Prof. Dr. Siddharta Legale Ferreira

RESUMO

Dentro da ordem federativa, o estado de exceção se apresenta como uma ferramenta pertinente a fim combater o avanço da pandemia ocasionado pelo COVID-19, bem como buscar dirimir os problemas da crise hodierna que vem sendo o assunto em voga especialmente no mundo jurídico-político. À vista disso, as recentes legislações e jurisprudência do STF conferindo efetiva autonomia aos entes da Federação Brasileira, tendo em vista a tomada de uma série de decisões com o fito de enfrentar a pandemia da COVID-19 enseja a oportunidade de buscar compreender os motivos que levaram o fortalecimento político de governadores e prefeitos, bem como proporciona a análise do federalismo brasileiro na contemporaneidade e, maiormente, o caráter emergencial do momento acarretado pela a crise do coronavírus.

Palavras-chave:; Federalismo; estado de exceção, pandemia, competências, jurisprudência do STF, medidas restritivas.

SUMÁRIO

BANCA EXAMINADORA	3
RESUMO	6
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I	7
FEDERALISMO E SUA APLICAÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO.....	7
I.1 CONCEITO.....	7
I.2. AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS	9
I.3. ORIGENS DO ESTADO FEDERAL E A FORMAÇÃO DO FEDERALISMO NORTE-AMERICANO	10
I.4. PACTO FEDERATIVO.....	11
I.5. CLASSIFICAÇÃO DAS FEDERAÇÕES.....	11
I.6. FEDERALISMO DUAL.....	13
I.7. FEDERALISMO COOPERATIVO.....	14
I.8. FEDERALISMO NO BRASIL	15
I.9. FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	16
I.10. CARACTERÍSTICAS DA FEDERAÇÃO.....	16
I.11 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ...	17
CAPÍTULO II.....	22
ESTADO DE EMERGÊNCIA E EXCEPCIONALIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA	22
II.1. O ESTADO DE EXCEÇÃO E O ESTADO DE EMERGÊNCIA	22
II.2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES.....	29
II.3. ESTADO DE DEFESA	30
II.4. ESTADO DE SÍTIO	33
II.5. JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DO FEDERALISMO E COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS	36
CAPÍTULO III	41
MEDIDAS AO COMBATE DA COVID.19 FRENTE Á CONSTITUIÇÃO DE 1988 ...	41
III.1. CONSTITUCIONALIDADE NA ADOÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE À PANDEMIA	41
III.2. DIREITO FUNDAMENTAL: CONCEITO	41
III.3. DIMENSÕES OU GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
III.4. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
III.5. LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
III.6. DECRETO ESTADUAL Nº 47.891 DO ESTADO DE MINAS GERAIS E O FECHAMENTO DE SUAS DIVISAS PARA ÔNIBUS E TRENS DE PASSAGEIROS.....	47
IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca minudenciar as decisões do Supremo Tribunal Federal que, mormente, no decorrer do ano de 2020 trouxeram entendimentos inéditos ao reconhecer a legitimidade de competências constitucionais a favor dos estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

No primeiro capítulo a exposição busca o entendimento mais doutrinário acerca do modelo de federalismo brasileiro, tendo como fito a dissertação das origens, dos conceitos, das classificações e das repartições de competências dispostas na CRFB/88.

Na segunda parte do trabalho é apresentado assuntos de altíssima relevância. Nesse diapasão, a temática é variada, pois cuida-se de discorrer sobre o estado de exceção, o estado de emergência, mais ainda, expõe a jurisprudência hodierna do STF referentes ao cerne do trabalho.

Outrossim, houve busca pela elaboração de exposição detalhada no que se refere a normativa da Constituição Federal de 1988 que se destina a regulamentar os estados de emergências. Isto posto, O Sistema Constitucional de Crises disposto na CRFB/88 foi objeto de pesquisa.

Na parte final do estudo, atenta-se para uma melhor compreensão dos Direitos Fundamentais, bem como a análise de um decreto do governador do Estado de Minas Gerais, levando-se em razão o conteúdo exposto ao longo do trabalho

CAPÍTULO I

FEDERALISMO E SUA APLICAÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO

I.1. CONCEITO

Em primeira análise, salienta frisar que o federalismo consiste na forma de Estado que vem sendo perpetuado na história constitucional brasileira. À vista disso, cumpre registrar que tal forma de Estado foi inicialmente adotado no Brasil por meio do Decreto nº 1 de 1889, ocasião em que se deu a Proclamação da República brasileira. Disserta, assim, Raul Machado Horta:

“ A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, fruto do Congresso Constituinte de 1890/1891, rompeu com a forma monárquica de Governo, a forma unitária de Estado e o sistema parlamentar de Governo, para instaurar a República, o Federalismo e o Presidencialismo, formas políticas sob as quais vivemos. ” (Horta, 2010, p. 26).

Ante o exposto, verifica-se que o Poder Constituinte Originário de 1988 estabeleceu o federalismo como forma de Estado do Brasil e, ademais, definiu-o como Cláusula Pétrea da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consoante o disposto no artigo 60, § 4º, I da CRFB/88. Vejamos:

Art. 60, § 4º, I da CRFB/88. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

I - A forma federativa de Estado;

Em razão disso, torna-se mister esclarecer que o federalismo não poderá ser abolido do Estado brasileiro. No entanto, há que se registrar que a Constituição Federal de 1988 não proíbe o Poder Constituinte Derivado de propor emendas à Constituição, versando acerca desta temática. Isto posto, o *supra mencionado* Texto Constitucional atenta-se à proibição de eventuais propostas de emendas constitucionais tendentes a abolição Da forma de Estado federal brasileiro.

A doutrina tradicional considera que os elementos constitutivos do Estado são o território, o povo e o governo soberano. O território é a dimensão física sobre a qual o Estado exerce seus poderes; é o domínio espacial (material) onde vigora uma determinada ordem

jurídica estatal. O povo é a dimensão pessoal do Estado, são os seus nacionais. O governo, por sua vez, é a dimensão política; ele deve ser soberano, ou seja, sua vontade não se subordina a nenhum outro poder, seja no plano interno ou no plano internacional.

Sintetizando o conceito de Estado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que "o Estado é uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)."¹

Os Estados possuem diferentes maneiras de se organizar, isto é, existem diferentes formas de Estado. Forma de estado, ressalte-se, é a maneira pela qual o poder está distribuído no interior do Estado; em outras palavras, ela ilustra a distribuição territorial do poder.

Para tanto, os Estados podem ser classificados em Estado unitário: Nesse tipo de Estado, o poder político está territorialmente centralizado. Existe, aqui, a centralização política do poder. O poder está centralizado em um núcleo estatal único, do qual se irradiam todas as decisões; no Estado unitário, só existe um centro produtor de normas. Um exemplo de Estado unitário é Portugal. O Brasil, até a promulgação da Constituição de 1891, também foi um Estado unitário.

Para que se possa ter governabilidade, admite-se, no Estado unitário, a descentralização administrativa. É o que se chama de Estado unitário descentralizado administrativamente. Nesse tipo de Estado, mantém-se a centralização política, mas a execução dos serviços públicos e das políticas públicas é descentralizada.

Tem-se ainda o concedido Estado federal. Nesse tipo de Estado, o poder político está territorialmente descentralizado. Há várias pessoas jurídicas com capacidade política, cada uma delas dotada de autonomia política. São vários os centros produtores de normas, permitindo-nos afirmar que, no Estado federal, existe uma pluralidade de ordenamentos jurídicos

O Brasil é um exemplo de Estado federal, possuindo como entes federativos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Todos eles são dotados de autonomia política, que lhes é garantida pela Constituição Federal. O Brasil é um exemplo de Estado federal, possuindo como entes federativos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Todos eles são dotados de autonomia política, que lhes é garantida pela Constituição Federal. Mais à frente, estudaremos em detalhes as características de uma federação.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 38a edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 75-76.

Na federação, há uma união indissolúvel de entes autônomos, que tem como fundamento uma Constituição, a qual consagra e protege o pacto federativo contra violações. Assim, a federação não pode ser desmantelada: não há direito de secessão.

A confederação não é uma forma de estado propriamente dita, mas sim uma reunião de Estados soberanos. O vínculo é estabelecido entre esses Estados soberanos com base em um tratado internacional, o qual pode ser denunciado (dissolvido). Ao contrário da federação, portanto, a confederação se forma a partir de um vínculo dissolúvel. A confederação é uma referência histórica, pois não existe nenhuma atualmente.²

I.2. AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS

Torna-se importante trazer à baila ainda que, no entendimento de Otfried Hoffe, a acepção do pacto federativo advém da junção da união com os entes federados, os quais são dotados de autonomia e, concomitantemente, submetidos ao poder central soberano. Nesse diapasão, compreende-se que os entes federativos, de comum acordo, associam-se com o escopo de criar um governo central:

Art. 18, CRFB A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição

À vista disso, o governo federal, doravante, incorporará certas competências que anteriormente eram detidas pelas unidades da federação que aceitaram a celebração do pacto federativo. Assim, não raro, os entes federados perdem algumas atribuições nas dimensões da política externa, defesa do Estado, moeda do país, serviços de correios e telecomunicações, bem como domínio em matérias afeitas ao Direito Civil e Direito Penal. (Höffe, 2005, p. 164).

Para Raul Machado Horta tem-se que:

“ O Estado Federal é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal e Estado Federal, para instituí-lo. Há uma relação de causalidade entre Constituição Federal e Estado Federal” (Horta, 2010, p. 273).

² CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo, 16a edição. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2010

Por seu turno, Reinhold Zippelius discorre que o Estado Federal refere-se a uma

“união de Estados de tal natureza que a associação organizada entre eles resulta em um novo Estado. Nota-se que as atribuições em um Estado Federal, se distribuem entre o governo central e os entes federados, de tal maneira que tanto um como os outros controlam importantes competências de decisão ao mesmo tempo em que nenhuma das instâncias possuem, exclusivamente, uma supremacia de competências”. (Zippelius, 1985, p. 394).

I.3. ORIGENS DO ESTADO FEDERAL E A FORMAÇÃO DO FEDERALISMO NORTE-AMERICANO

Destaca-se que a formação do federalismo é fruto de um processo histórico gradativo. Tal forma de estado foi pensado desde a antiguidade e a Idade Média, bem como estudado por Johannes Althusius, David Hume, Barão de Montesquieu, e demais.

Assim, foi o processo de independência americana, no final da Idade Moderna, que coube dar concretude ao ideal do federalismo. Portanto, é imperioso o estudo do federalismo norte-americano a fim de que possa ser entendido a forma de estado em comento.

Diante do exposto, infere-se que a constituição Americana de 1787 é considerada o ponto de partida para o Federalismo Moderno. Raul Machado Horta sintetiza a importância deste momento histórico:

“ O federalismo clássico, representado pelo modelo norte-americano, que inaugurou, sob a égide da Constituição, o dual system de governo, foi infenso á revelação de normas centrais. A Constituição Federal de 1787 organiza o governo e suas agências. Nos Estados, no domínio dos poderes reservados, cada Constituição organiza o governo estadual. Esse dualismo governamental constitui a peculiar contribuição norte-americana para a ciência e a arte política” (Horta, 2010, p. 255)

Por sua vez, Lewandowski leciona pontualmente o segmento do processo que decorreu na promulgação da Constituição Americana de 1787:

“A federação norte-americana surgiu com a superação do pacto confederativo celebrado entre as treze antigas colônias inglesas da América do Norte transformadas em Estados soberanos com a Declaração de Independência de 1776. A confederação, organizada com o escopo de fazer frente a Coroa inglesa, logo esgotou a sua potencialidade em função da fragilidade dos vínculos entre os Estados associados e a falta de eficácia de sua ação conjunta, fazendo

com que estes buscassem rever os Artigos de Confederação. (Lewandowski, 1994, p. 14).

I.4. PACTO FEDERATIVO

Assim, compreende-se que o modelo federativo corresponde e relaciona-se ao pacto celebrado entre os Estados-Membros, identificado, mormente, pela descentralização político-administrativa, pelo compromisso firmado entre os entes subnacionais, pela participação dos Estados-membros na vontade federal, e também pela autonomia, a qual consiste na capacidade de auto-organização, auto legislação, auto administração e autogoverno.

Imperioso levar em conta que o federalismo possui alicerce na mitigação de poderes centralizadores. Em contrapartida, tem-se o fito também de comedir movimentos desmesuradamente descentralizadores. Isto posto, aspira-se a um equilíbrio capaz de lograr, pois, uma paridade de forças, opondo-se a tendências centrífugas e centrípetas.

I.5. CLASSIFICAÇÃO DAS FEDERAÇÕES

Torna-se importante esclarecer que as federações não possuem homogeneidade entre elas, não raro, cada uma delas possui suas próprias peculiaridades. Diante disso, a doutrina estabeleceu diferentes classificações para as federações

No que diz respeito à origem, as federações podem ser formadas por agregação ou por segregação ou desagregação. No federalismo por agregação, a formação do Estado federal ocorre a partir da reunião de Estados soberanos que o preexistiam. Exemplo histórico desse tipo de federação são os EUA, que se formaram a partir da reunião das 13 Colônias. Diz-se que, nesse caso, houve um movimento centrípeto (direcionado ao centro).

Por outro lado, no federalismo por segregação, um Estado que antes era unitário se descentraliza politicamente. Um exemplo desse tipo de federação é o próprio Brasil. Até 1891, o Brasil era um Estado unitário. Com a Constituição de 1891, passou a ter um Estado federal em que as províncias se tornaram estados membros e foram dotadas de autonomia política. Diz-se que, nesse caso, a federação se formou a partir de um movimento centrífugo (direcionado para fora).

Há também a classificação quanto à concentração de poder, cujas federações são caracterizadas quanto à concentração de poder, em centrípetas ou centrífugas.

Na federação centrípeta, o poder está concentrado no centro; portanto, o governo central detém a maior parte do poder. Assim, nesse tipo de federação, há maior concentração de poder na União, em detrimento dos Estados. Assim aduz Raul Machado Horta:

A Constituição Federal como responsável pela repartição de competências, que demarca os domínios da Federação e dos Estados-Membros, imprimirá ao modelo federal que ela concebeu ou a tendência centralizadora, que advirá da amplitude dos poderes da União, ou a tendência descentralizadora, que decorrerá da atribuição de maiores competências aos Estados-Membros. Por isso, a repartição de competências é encarada como a “chave da estrutura do poder federal”, “o elemento essencial da construção federal”, a “grande questão do federalismo”, “o problema típico do Estado Federal”. (HORTA, 2010, p. 276).

Destaque-se que as federações que se formaram por um movimento centrífugo (por exemplo, o Brasil) têm uma tendência de serem centrípetas quanto à concentração de poder. No que diz respeito à temática, Raul Machado Horta disserta acerca da importância do equilíbrio:

Pode ainda o constituinte federal modelar sua concepção federal pelo equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo, concebendo o federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio entre a União soberana e os Estados-membros autônomos. (HORTA, 2010, p. 275).

Por sua vez, na federação centrífuga, o poder está mais concentrado na periferia; isto é, as entidades regionais detêm a maior parte do poder, a maior parte das competências. Portanto, nesse tipo de federação, há uma grande descentralização, com menor concentração do poder no governo central e ampliação dos poderes regionais. Ressalte-se que as federações que se formaram por um movimento centrípeta (por exemplo, os EUA) têm uma tendência de serem centrífugas, quanto à concentração de poder.

Outra classificação dar-se por meio do equacionamento de desigualdades em que as federações podem ser classificadas como simétricas ou assimétricas.

Nas federações simétricas, há uma distribuição igualitária de competências e de receitas entre os entes federativos; trata-se de modelo especialmente mais eficaz quando há homogeneidade socioeconômica entre os entes federativos.

Outrossim, nas federações assimétricas, por sua vez, há o reconhecimento de que existem disparidades socioeconômicas entre os entes federativos; busca-se, portanto, por meio de políticas públicas e opções feitas no texto constitucional, reduzir essas desigualdades.

Embora exista certa controvérsia doutrinária, o posicionamento majoritário tende a considerar que o Brasil é uma federação assimétrica. Com efeito, há diversos dispositivos na CF/88 destinados a reduzir desigualdades regionais. Cita-se, como exemplo, o art. 30 III, que dispõe como objetivo fundamental da RFB reduzir as desigualdades regionais.

Ademais, a federação pode ser classificada por meio de suas repartições de competências. Consoante esse critério, há dois tipos de federação: federação dual (clássica) ou federação cooperativa (neoclássica).

Na federação dual, os entes federados possuem competências próprias, que são exercidas sem qualquer comunicação com os demais entes. Cada um atua na sua esfera, independentemente do outro.

Na federação cooperativa, os entes federados exercem suas competências em conjunto com os outros. As competências são repartidas pela Constituição de modo a permitir a atuação conjunta dos entes federativos. O Brasil adota um federalismo de cooperação. Que merece ser objeto de maior aprofundamento adiante.

I.6. FEDERALISMO DUAL

Outrossim, Francisco Bilac endossa que o entendimento do Federalismo dual americano foi fomentado, sobretudo, pela ideologia liberal. Insta salientar que Bilac entende, ademais, que o liberalismo político e, *à posteriori*, o econômico detinha desmesurada influência na composição dos pensamentos das autoridades legislativas e judiciais do século XIX e do início do XX, em virtude ao crescimento e consolidação do sistema capitalista daquele tempo.

Portanto, o poder legiferante e os magistrados do século XIX, regidos pelas concepções liberais não vislumbrava uma economia gerenciada por um governo central. (Bilac Filho, 2002, pp. 66-67).

Nesse diapasão, Schwartz compartilha da mesma opinião e expõe, além disso, seu posicionamento acerca da crise do federalismo Dual, tendo em vista o contexto da quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929. Assim, aduz:

“A doutrina do *laissez-faire* na qual se baseou o funcionamento da autoridade governamental dos Estados Unidos desde a fundação de república, mostrou-se inadequada para atender aos problemas apresentados pela grande depressão de 1929. Sentiu-se, de modo geral, que a economia nacional só poderia ser ressuscitada pelo aumento da intervenção do governo federal. (Schwartz, 1984, p. 31).

I.7. FEDERALISMO COOPERATIVO

Mediante o contexto da crise do liberalismo e os vários julgados da Suprema Corte Americana, a qual modificou seu entendimento, decorreu-se que Os Estados Unidos decidiu por afastar o federalismo dual, adotando-se o chamado Federalismo Cooperativo. Este, no entanto, possibilita o predomínio do poder federal sobre o poder estadual. (Schwartz, 1984, p. 36).

No que se refere a essa nova disposição intitulada Federalismo Cooperativo, Raul Machado Horta leciona que as atribuições são desempenhadas de maneira comum ou concorrente. Dessa forma, almeja-se fixar uma maior união entre os entes federados a fim de atuarem em parceria. Horta assim elucida:

“Ilustram o federalismo cooperativo norte-americano: as técnicas da legislação recíproca (reciprocal legislation), pela qual dois ou mais Estados ajustam concessões recíprocas; a legislação uniforme (uniform legislation) na disciplina de matéria de interesse comum e a legislação paralela (parallel legislation), quando dois ou mais estados promulgam, simultaneamente, uma lei com idêntica finalidade e conteúdo” (Horta, 2010, p. 453)

Segundo preceitua Gilberto Bercovici (2004, p. 56-57), o federalismo cooperativo, instituído pelo dispositivo constitucional retro, se justifica pelo fato de que em um Estado intervencionista, de implementação de políticas públicas, as esferas subnacionais não conseguem se dispor sobre setores nos quais deve haver atuação estatal e que necessitem de tratamento uniforme em escala nacional. Ter-se-ia, como resultado, a homogeneização que, baseada nesta cooperação buscaria reduzir desigualdades regionais e igualar as condições sociais de vida em todo o território nacional

A cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desboquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade. (BERCOVICI, 2004, p. 58).

O artigo 24 da Constituição Federal de 1988 aborda as matérias de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Nessa situação, destaca-se a edição de normas gerais pela União e normas suplementares aos Estados. Assim sendo, busca-se a criação de parâmetros gerais pelo órgão central, e a adaptação do texto pelos órgãos locais, conforme as características e peculiaridades de cada região. Atribui-se amplos poderes aos Estados, comprovados ainda pela possibilidade de estes legislarem normas gerais na falta da atuação da União. Os parágrafos do mencionado artigo trazem tais comandos⁶.

Quanto aos Municípios, a competência está elencada no artigo 30 da Constituição Federal. Aqui se destaca, sobretudo, os incisos I e II, responsáveis por conferir a este ente a possibilidade de legislar quando o assunto for de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Em outras palavras, conferem-se maiores poderes aos Municípios, a ponto de se permitir legislar em conformidade com suas particularidades, bem como se procede no tocante aos Estados.

Ao Distrito Federal, em decorrência de seu caráter híbrido, são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, nos termos do disposto no artigo 32, §1º do texto constitucional.

A Constituição Federal brasileira de 1988, portanto, adota o modelo moderno de repartição de competências. Busca-se promover o equilíbrio entre as esferas de atuação de cada ente, ante o federalismo dual e cooperativo, de forma que não se configure tendências centralizadoras ou descentralizadoras. Promove-se maior autonomia aos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios do que em outras legislações marcadas pelo modelo clássico, como a Constituição Norte-Americana, e com isso almeja o melhor desenvolvimento em âmbito nacional

I.8. FEDERALISMO NO BRASIL

A presença do federalismo no Estado brasileiro remonta de forma recente na história do país. Conforme mencionado alhures a forma federativa de Estado foi introduzida no Brasil

por meio do decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889 e foi ratificada pela Constituição de 1891.

Ressalte-se que, anteriormente o Brasil consistia em um estado unitário. Em relação ao estado unitário, Raul Machado Horta sintetiza, de forma clara, que “No Estado Unitário todas as autoridades do Estado são autoridades centrais” (Horta, 2010, p. 433).

I.9. FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988 proporcionou-se, no entendimento de Raul Machado Horta, um rearranjo no federalismo brasileiro. Para ele, o Poder Constituinte Originário constatou considerável desequilíbrio do federalismo e, a partir disso, verificou-se disposição para reconstruí-lo. O autor endossa que houve zelo não somente em restaurar, como também houve, de forma vanguardista e singular, a incorporação do município entre os entes federados. (Horta, 2010, p. 412).

I.10. CARACTERÍSTICAS DA FEDERAÇÃO

A federação, conforme discutida em alhures, tem como característica central, a descentralização do poder político. Os entes federativos são dotados de autonomia política, que se manifesta por meio de quatro aptidões como exposto abaixo.

Auto-organização significa que os entes federativos têm competência para se auto-organizar. Os estados se auto-organizam por meio da elaboração das Constituições Estaduais, exercitando o Poder Constituinte Derivado Decorrente. Os municípios também se auto-organizam, por meio da elaboração das suas Leis Orgânicas. O Prof. Paulo Gonet chama o poder de auto-organização dos estados de capacidade de autoconstituição.³

Outra aptidão é a autolegislação. Haja vista que muitos autores entendem que a capacidade de autolegislação estaria compreendida dentro da capacidade de autoorganização⁴.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 6a edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 828

⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional, Ed. Juspodium, Salvador: 2013, pp. 429

No entanto, podemos considerá-la uma capacidade diferente. Autolegislação é a capacidade de os entes federativos editarem suas próprias leis.

Em razão dessa característica é que podemos dizer que, numa federação, há diferentes centros produtores de normas e, em consequência, pluralidade de ordenamentos jurídicos.

Por seu turno, tem-se a autoadministração. Esta trata-se do poder que os entes federativos têm para exercer suas atribuições de natureza administrativa, tributária e orçamentária. Assim, os entes federativos elaboram seus próprios orçamentos, arrecadam seus próprios tributos e executam políticas públicas, dentro da esfera de atuação de cada um, segundo a repartição constitucional de competências.

Já o autogoverno confere aos entes federativos o poder para eleger seus próprios representantes. É com base nessa capacidade que os Estados elegem seus Governadores e os municípios, os seus Prefeitos.

Os Estados, assim, se organizam sob a forma de uma federação por razões geográficas e culturais⁵. Com efeito, um Estado com território muito extenso possui, normalmente, grandes diferenças culturais e de desenvolvimento, o que exige uma atuação estatal que não esteja preocupada somente com os anseios nacionais (do todo), mas também com as peculiaridades locais.

Dessa forma, o estabelecimento de um Estado federal tem como ponto de partida uma decisão do Poder Constituinte. É a Constituição, afinal, que estabelecerá o pacto federativo e criará mecanismos tendentes a protegê-lo

I.11. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em relação a repartição de competência, a Constituição Federal de 1988 acompanhou os aspectos do federalismo europeu, uma vez que disciplinou e repartiu competência geral da União (art. 21), competência privativa da União (art. 22), competência comum da União, Estados, do distrito federal e municípios (art. 23) e competência concorrente da União, estados, Distrito Federal e municípios.

A repartição de competências no contexto do Estado Federal, como forma de Estado destaca-se, maiormente, pela autonomia das regiões locais, promovendo um Estado

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 6ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 832

consistente em forças centrais, representados pela União, bem como por forças regionais e locais, representadas pelos Estados-Membros e Municípios.

A partir dessa organização, torna-se imperiosa a repartição de competências, de forma que cada ente possua sua própria responsabilidade em diversas esferas, tais como a criação de leis, a fiscalização dos serviços, em ações sociais, em matéria tributária, entre outros.

Há que se levar em conta que a ideia é a divisão de tais responsabilidades, separando as competências de cada ente, possibilitando, até mesmo, atuar concorrentemente em certas situações. É a forma pela qual se garante o “convívio dos ordenamentos que compõem o Estado Federal” (HORTA, 2010, p. 309).

Nesse diapasão, como bem diz Raul Machado Horta (2010, p. 276), a decisão a respeito da repartição de competências condiciona a própria fisionomia do Estado Federal, para determinar os graus de centralização e descentralização do poder federal.

À vista disso, significa dizer que a Constituição Federal determinará o nível do federalismo a ser praticado, visto que, ao conceder amplos poderes à União, adota-se um modelo centralizador, e ao contrário, ao promover amplos poderes aos Estados-membros, uma tendência descentralizadora.

Horta trata do assunto trazendo apelidos adotados por outros autores, capazes de dar a dimensão da importância de tal procedimento:

À face do exposto, por tal modo, poder-se-á obter um Estado centralizador, concentrado na União, um Estado descentralizador, com forte autonomia e extensos poderes aos Estados-Membros, ou a promoção do equilíbrio entre o ordenamento central e os ordenamentos parciais através da dosagem das competências federais e estaduais, por meio do federalismo de equilíbrio, a ser analisado em tópico posterior.

De acordo com ela, tanto o Governo Federal quanto os governos estaduais tinham destinado a eles uma área de poder rigidamente definida. Nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento do sistema federal é assegurado e mantido pela estrita demarcação da autoridade federal e estadual. Os estados e a Nação são concebidos como rivais iguais e, a menos que haja uma delimitação rígida de suas respectivas competências, teme-se que a própria União sofra uma ruptura em decorrência de sua rivalidade. Isto é verdadeiro especialmente no que se refere à expansão da autoridade federal. Os poderes reservados aos estados precisam ser preservados zelosamente para não serem tragados pelo governo de

Washington. [...] O governo central é investido de certos governos expressos e toda a autoridade restante e reservada aos estados. (SHWARTZ, 1984, p. 21).

Diante desse cenário, Horta (2010, p. 276), menciona dois modelos de repartições: o modelo clássico, baseado na Constituição Norte-Americana de 1787, e o modelo moderno, a partir do constitucionalismo pós-guerra 1914/1918.

Em síntese, o primeiro modelo conferia à União os poderes enumerados, e aos Estados, de forma residual, os não enumerados³. Portanto, assim como ocorreu na Constituição Norte-Americana, nesse modelo há apenas a delimitação de competências da União. Aos Estados eram garantidos poderes reservados, ou seja, não incluídos na lista de poderes

Registre-se ainda que o modelo moderno de repartição de competências difere-se do clássico, sendo, inclusive, o adotado pelo ordenamento brasileiro. De acordo com esse, cria-se domínio autônomo à legislação concorrente, para que as competências sejam, nos dizeres de Horta (2010, p. 314) “objeto da legislação federal de normas gerais e da legislação estadual suplementar”.

Destarte, a legislação federal mostra-se “incompleta”, devendo a legislação estadual, a partir das normas gerais, expedir normas próprias, conforme suas próprias particularidades, de cada ordenamento parcial, o que denota, de fato, maior autonomia aos Estados-Membros e Municípios do que o modelo clássico. Promove-se, por conseguinte, a adoção do federalismo de equilíbrio, já que constatada a dosagem das competências entre os entes integrantes do Estado Federal.

Pelo exposto, mostra-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988 nos artigos 21, tratando da competência geral da União; no artigo 22 sobre a legislação privativa da União, com foco no parágrafo único⁵, que trata da possibilidade de autorização aos Estados para legislar sobre questões específicas.

Por outro lado, o artigo 23 estabelece as matérias de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, caracterizada, sobretudo, pela cooperação entre os entes para efetivação dos incisos descritos no artigo.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Consoante disserta Gilberto Bercovici (2004, p. 56-57), o federalismo cooperativo, instituído pelo dispositivo constitucional retro, se justifica pelo fato de que em um Estado intervencionista, de implementação de políticas públicas, as esferas subnacionais não conseguem se dispor sobre setores nos quais deve haver atuação estatal e que necessitem de tratamento uniforme em escala nacional. Ter-se-ia, como resultado, a homogeneização que, baseada nesta cooperação, buscaria reduzir desigualdades regionais e igualar as condições sociais de vida em todo o território nacional.

A cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desboquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade. (BERCOVICI, 2004, p. 58).

No que diz respeito ao artigo 24 da Constituição Federal de 1988 aborda as matérias de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Nessa situação, destaca-se a edição de normas gerais pela União e normas suplementares aos Estados.

Logo, almeja-se a criação de parâmetros gerais pelo órgão central, e a adaptação do texto pelos órgãos locais, conforme as características e especificidade de cada região. Atribui-se amplos poderes aos Estados, comprovados ainda pela possibilidade de estes legislarem normas gerais na falta da atuação da União. Os parágrafos do mencionado artigo trazem tais comandos⁶.

Quanto aos Municípios, a competência está elencada no artigo 30 da Constituição Federal. Aqui se destaca, sobretudo, os incisos I e II, responsáveis por conferir a este ente a possibilidade de legislar quando o assunto for de interesse local, bem como complementar a legislação federal e estadual no que couber.

Diante disso, infere-se que confere maiores poderes aos Municípios, a ponto de se permitir legislar em conformidade com suas particularidades, bem como se procede no que lhe concerne aos Estados.

Além disso, é essencial o entendimento de que é o respeito à autonomia dos municípios configure-se em um dos Princípios Constitucionais Sensíveis. Tendo sido a figura do município alçada à categoria de membro da federação brasileira, não há dúvida sobre sua autonomia, que está estabelecida nos art. 29, 30 e 31 da Constituição da República Federativa brasileira de 1988.

Nota-se, assim, que a autonomia municipal não pode ser negligenciada, seja por prática adversativas da administrativa, da União, dos estados membros, sob pena, portanto, de afronta ao que estabeleceu o Poder Constituinte Originário de 1988.

No que se refere ao Distrito Federal, em virtude de seu caráter híbrido, são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, nos termos do disposto no artigo 32, §1º do texto constitucional

Destaca-se que a competência concorrente ensejou a possibilidade dos estados para legislar sobre um número de matérias que antes lhe eram completamente alheias, abrangendo consideravelmente sua autonomia. (Bilac Filho, 2002, pp. 184-189).

Entretanto, Lewandowski disserta que a figura do Governo Federal nas mais variadas dimensões do país, a partir dos anos de 1930, bem como a carência no que tange ao controle inflacionário, sem prejuízo da gerência da imensa dívida externa formaram fatores que não permitiram uma descentralização intensa como era a vontade do Constituinte de 1988. Nesse sentido, torna-se evidente uma preponderância da União no hodierno sistema federativo.

CAPÍTULO II

ESTADO DE EMERGÊNCIA E EXCEPCIONALIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA

II.1. O ESTADO DE EXCEÇÃO E O ESTADO DE EMERGÊNCIA

O advento da pandemia ocasionado pelo COVID-19 trouxe diversas questões a serem deliberadas no âmbito jurídico e político. Torna-se possível afirmar que a crise de saúde surgida no início do ano de 2020 ensejou mudanças nas dimensões políticas e jurídicas no Brasil, tendo em vista o combate do período pandêmico e a manutenção da administração do país em meio a um cenário turbulento.

A partir desta situação de anormalidade, os entes federativos passaram a limitar direitos e garantias constitucionais como forma de um instrumento necessário para promover o restabelecimento da paz e o equilíbrio social.

Em razão disso, notou-se que o Estado Democrático de Direito, apregoado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deparou-se com uma crise sanitária de forma imediata e de grandes proporções com demandas e, sobretudo, com decisões que, veremos mais a frente, colidiram com a normativa preceituada pelo Poder Constituinte Originário de 1988.

À vista disso, torna-se importante trazer à baila o caráter de emergência em que o país enfrenta e, de forma especial, dissertar acerca do estado de exceção e do estado de

emergência, tendo em vista que para alguns autores a emergência não é compreendida igualmente como o excepcionalismo.⁶

Isto posto, é fundamental entender a peculiaridade excepcional deste período descortinado pela pandemia. Dessa forma, poderemos compreender o que levou o protagonismo dos entes federativos brasileiros na tomada de decisões frente ao combate ao covid-19.

À face do exposto, o estado de exceção refere-se a uma situação excepcional. É como o direito age num momento excepcional. Na verdade, para muitos autores o estado de exceção traz a ideia de uma suspensão do direito para manter a sobrevivência da sociedade e do estado.

O Estado de Exceção pode ser entendido como um conjunto de medidas excepcionais adotadas pelo estado diante de situações críticas, onde a estrutura do Estado está ameaçada, bem como quando colocam em risco a paz e o equilíbrio social. Entretanto, é importante registrar que a doutrina nacional e estrangeira apresenta muitas definições distintas, incluindo nomenclaturas diversas como *estado de sítio*, *estado de emergência*, *estado de defesa*, dentre outros.

Giorgio Agamben⁷ define essa dificuldade em conceituar o estado de exceção quando diz:

Entre os elementos que tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos

O nome estado de exceção surge na constituição de Weimar em 1919 mais precisamente em seu artigo 48⁸. O estado de exceção é um termo capturado do direito constitucional alemão pelas teorias geral do estado, política e do direito público. Diante disso, dá-se a ele um sentido mais geral aplicado a uma série de situações. Portanto, o termo “Estado de exceção” remonta do direito constitucional alemão, diretamente vinculado ao ato de suspender direitos e conceder ao Estado maior soberania em situações de emergência.

⁶ LAZAR, Nomi Claire. *States of Emergency in Liberal Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 51.

⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo:Boitempo, 2004.p12

⁸Constituição do Reich alemão de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar), artigo 48, §2º: “Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154”..

Diversos autores contribuíram para o entendimento do conceito de estado de exceção ou estado de emergência. Entretanto, alguns destes pensadores merecem destaque a fim de assimilar o tema em comento.

Em primeira análise, é importante destacar o posicionamento de Thomas Hobbes acerca do assunto. Ele imaginou um modelo de estado com a presença de um soberano. Para o filósofo, o ser humano em estado de natureza está em constante disputa e luta com o outro. O ser humano para ele no estado selvagem está em guerra constante, tendo em vista que os homens possuem sempre o desejo mútuo de aniquilar e dominar uns aos outros. Assim entende Thomas Hobbes⁹:

Se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro e disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho; mas também de sua vida e de sua liberdade

Pelo exposto, o filósofo aduz que a sociedade política deve organizar-se de modo a evitar que um ser humano abuse da sua força em relação ao outro. O seu pensamento é de organizar a sociedade com o escopo de buscar a paz social que não havia.

Dessa maneira, Hobbes defende que não haveria paz e segurança sem a presença de um poder comum. “se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.”¹⁰

Para tanto, o autor apresenta a figura de Soberano, o qual é investido como Príncipe no sentido romano de primeiro cidadão - aquele que tem privilégios em relação aos outros. Este soberano detém a finalidade básica de garantir a paz e a segurança. Assim, Hobbes entende que a função primária do soberano é garantir a paz, a ordem e a segurança social.

Nesse diapasão, forma-se o contrato social. Este é criado e existe posteriormente à formação do Estado, isto é, posterior ao Soberano. Por sua vez, o soberano não está obrigado a obedecer ao contrato social nas situações em que a paz e a segurança estejam ameaçadas. A

⁹ .HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3º Ed. São Paulo: Nova Cultural; Coleção Os Pensadores, 1983, P. 76.

¹⁰ *Ibidem*, p. 46

sociedade e os indivíduos em particular estão obrigados a obedecer ao contrato social. Assim descreve Hobbes no Capítulo XVIII, Dos direitos dos soberanos por instituição¹¹

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido.

Além disso, enfatiza-se que toda figura ameaçadora da paz, da integridade do Estado e da sociedade propõe-se, neste caso, a derrogação dos direitos. Refere-se a crença de que a violência do estado e do Soberano é o mecanismo mais eficaz para garantir a paz e a ordem social.

Ressalte-se a seguinte reflexão no sentido de para que o Soberano tenha poder absoluto ele precisa da figura do inimigo. Nesse sentido, no dia em que o inimigo e a razão que perturba a paz deixarem de existir, bem como a segurança e a ordem não se fazerem presença, o soberano perde o sentido e, portanto, deixa de existir.

Pelo exposto, a sobrevivência do Soberano está condicionada à existência de um inimigo. A presença de um inimigo torna-se o interesse do soberano, ou seja, manter a figura da perturbação da paz e da ordem. Dessa forma, é desinteressante ao soberano trazer a manutenção da paz, da segurança e da ordem.

Por sua vez, o jurista alemão Carl Schmitt afirma que somente a partir do estado de exceção pode ser pensado em toda sua profundidade o problema da realização do direito, pois ele é essencial para o Estado e para a manutenção da unidade jurídica.

A teoria schmittiana entende que a normalidade não demonstra nada. A exceção prova tudo, pois a regra vive da exceção. Para Schmitt, deve haver regra por decisão, e não por norma. O Soberano na teoria schmittiana é considerado o fiador final do “direito situacional”. Os elementos da democracia liberal são limitados e, pois, falhos ao serem usados por conta própria. Na estrutura do estado o poder soberano simultaneamente define a ordem

¹¹ *Ibidem*, p. 61.

ou declara a ausência dela, mas toda ordem repousa sobre uma decisão e não sobre uma norma. Assim entendo Carl Schmitt¹²:

Ao contrário, para isso precisa-se de uma competência, a princípio, ilimitada, ou seja, a suspensão de toda ordem existente. Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação, como se diz”.

Assim, o estado de exceção não seria apenas o oposto de uma ordem constitucional da normalidade, mas o seu próprio fundamento, uma vez que é o que motiva a decisão do soberano. Este decide sobre a situação na qual o direito pode valer.

Ademais, a situação de normalidade significa que o estado conseguiu manter a ordem. E isso, por contraposição, mostra como a exceção é uma hipótese fundamental para o funcionamento do sistema.

Para Giorgio Agamben entende-se que o estado de exceção é o novo paradigma de governo. De garantia do estado o estado de exceção passou a ser empregado na garantia da constituição.

Doravante consolida-se como garantia do capitalismo. Apesar dessas transformações uma constante permanece: a tentativa permanente de exclusão de toda e qualquer forma de soberania popular. Nesse entendimento, conclui-se ainda que formalmente vigoram os princípios democráticos, mas na prática eles são constantemente suspensos ou violados.

Ante o exposto, Giorgio Agamben¹³ assim conceitua o estado de exceção:

O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular, e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia sob a forma da *auctoritas*, da lei vida ou da força-de-lei ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida. Enquanto os dois elementos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente distintos como na Roma republicana, na contraposição entre o Senado e o povo, ou na Europa medieval, na contraposição entre poder espiritual e poder temporal -, sua dialética embora fundada sobre uma ficção - pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas, quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal.

12 SCHMITT, Carl. Teologia política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13

13 AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo:Boitempo, 2004.pp130-131

Assim sendo, nota-se que o conceito e a utilização do estado de exceção deve ser muito bem definido no texto constitucional, buscando-se evitar que os institutos originalmente concebidos para proteger o Estado e a sociedade se tornem meros instrumentos totalitários, com objetivo a satisfazer interesses pessoais.

Em contrapartida, a Professora estadunidense da Universidade de Yale, Nomi Claire Lazar, apresenta as definições de estado de exceção apontando os sentidos moral, ético e legal. A Professora busca um modo de superar os riscos da dualidade norma vs exceção no Estado Liberal. Lazar alega que em estados de emergência o direito não perde sua força, portanto, não há que se falar em exceção. A estadunidense argumenta que os valores que dão base ao Estado de Direito, a ética, a moral e os Princípios do ordenamento jurídico permanecem nos momentos de emergência.¹⁴

Em estados de emergência, a ética normal não cessa de função. Não há exceção; direitos não perdem sua força, e os valores subjacentes ao Estado de Direito não perdem seu poder. Os líderes políticos estão condicionados aos mesmos padrões morais e institucionais, bem como devem prestar contas e serem responsabilizados na execução das suas funções como ocorre no cotidiano.

Nota-se que, a Professora Nomi rejeita a ideia do excepcionalismo defendidos por muitos e, maiormente por Carl Schmitt. Salienta elucidar que o excepcionalismo é a doutrina de que as normas usuais deixam de ser aplicadas em caso de emergência, isto é “o excepcionalismo é baseado na afirmação de que as normas usuais cessam para aplicar em emergências¹⁵. Lazar assim argumenta:¹⁶

Eu defendo que entender os poderes de emergência em termos de continuidades com instituições e valores cotidianos é mais preciso tanto descritivamente quanto normativamente. Isso nos ajuda a ver como esses poderes poderiam ser justificados e aponta para direções a fim de torná-los um pouco mais seguro.

Indaga-se, entretanto, que, conforme o entendimento da Professora Nomi, para que haja emergência são necessárias a urgência e a escala como características essenciais. A professora assim disserta:¹⁷

¹⁴ LAZAR, Nomi Claire. *States of Emergency in Liberal Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 5.

¹⁵ LAZAR, Nomi Claire. *States of Emergency in Liberal Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2009, p.4

¹⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁷ *Ibidem*, p. 7-8.

As principais características ou 'sintomas' de emergências são urgência e escala. Dizer que uma situação é urgente é dizer que ela representa uma ameaça imediata, muito urgente para ser tratada pelo processo normal de formulação de políticas e legislação que dura anos. Uma ameaça urgente é aquela que deve ser tratado imediatamente, se for eliminado ou mitigado. A escala refere-se a uma gama de pessoas que provavelmente serão afetadas pelo evento.

Torna-se imprescindível também trazer à baila os conceitos de ética cotidiana e ética existencial defendidos pela Professora Lazar. Para a autora “a ética existencial diz respeito à fundação e preservação dos estados, enquanto a ética cotidiana governa a vida dentro de um estado”¹⁸. Ademais a Professora Nomi destaca que uma ética precisa auxiliar a tomada de nossas decisões, bem como também deve nos ajudar as ações de outras pessoas. Afirma ainda que essa ética tem de permanecer mesmo em situações desmesuradamente complexas.¹⁹

À face do exposto, Nomi Claire Lazar, defende que a ética existencial deve estar presente nos estados de emergência, uma vez que²⁰

A ética existencial está preocupada com a existência de um regime funcional. Ela diz respeito a condições como aquelas no momento da criação de um estado, ou momentos em que a continuação está em questão.

Outrossim, a autora prega que a ética existencial possui a qualidade de sua relativa uniformidade em todos os tipos de regime.

Ademais, a ética existencial, que rege a conduta de emergência, está imbricada ao objetivo no sentido de que está preocupada com a presença e manutenção da estrutura em que a ordem é normalmente mantida.

Ao defender que o estado de emergência está submetido à ética existencial, Nomi Lazar traz como base argumentativa de que o estado é fundamental para a existência e funcionamento de valores diários valiosos para a vida. Outrossim, Lazar assim aduz acerca da continuação de perpetuação das normas no estado de emergência²¹

Não há diferença radical na estrutura de poder entre circunstâncias excepcionais e normais. Emergências exigem uma mudança de assunto para muitos dos mesmos princípios subjacentes que se aplicam em circunstâncias normais, em vez de uma mudança radical. Nós precisamos que não faça exceções.

¹⁸ *Ibidem*, p. 12

¹⁹ *Ibidem*, p. 6

²⁰ *Ibidem*, p. 24

²¹ LAZAR, (2009) op. cit, p. 17

Assim, a professora Nomi Lazar, com uma visão contemporânea, rejeita o excepcionalismo defendido por Tomas Hobbes, Carl Schmitt e Giorgio Agamben. Para ela, portanto, o estado de emergência não pode dar aval para o governante tomar decisões unilateralmente sem que haja a manutenção do controle da máquina pública. Desta maneira, os princípios que regem a administração pública devem ser aplicados, bem como os valores construídos no cotidiano e a ética existencial que visa a própria guarda do Estado.

Diante da exposição do entendimento de estado de exceção ou estado de emergência, em voga no período da pandemia da covid-19, torna-se fundamental trazer à baila a normativa da Constituição Federal de 1988 que busca tratar e regulamentar os estados de emergência. Isto posto, o próximo tópico terá como objeto de estudo O Sistema Constitucional de Crises disposto na CRFB/88

II.2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES

Uma das qualidades presente para a manutenção do regime democrático advém da manutenção de equilíbrio de poder no convívio entre diversos grupos sociais. Entretanto, não se pode olvidar que uma crise constitucional pode ser formada quando um determinado grupo social almeja suplantar outras categorias da sociedade, possibilitando, assim, a instituição de severa circunstância caracterizadora de uma crise constitucional.

No entendimento de José Afonso da Silva²², as distintas dimensões sociais estão em constante competição por poder, porém tal competição possui a obrigação de sempre seguir os parâmetros constitucionais.

Em razão disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu que a existência de um sistema constitucional de crises a fim de combater as eventuais situações de anormalidade institucional.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 prevê normas com o escopo de regulamentar as situações de crise grave como circunstâncias em que haja calamidade pública, guerra, golpe de estado e dentre outras conjunturas, e, assim, restabelecer a normalidade constitucional.

²² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39ª edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2016, p775.

Diante do exposto, para Professor José Afonso da Silva²³ o sistema constitucional de crises é assim entendido:

São normas que visam a estabilização e a defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, mas também a defesa do Estado quando a situação crítica derive de guerra externa. Então, a legalidade normal é substituída por uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção.

Registre-se que CRFB/88 assenhoreou particular atenção ao regular o sistema constitucional de crises, tendo em vista que ela não tem "vocação suicida"²⁴. Nesse diapasão, infere-se que, ao longo da história, as situa es de crise grave, não raro, importou em verdadeiras escusas para houvesse ruptura da ordem constitucional, acarretando, de forma costumeira,   instala o de ditaduras.

Isto posto, faz-se imperioso que, mesmo em situa es de excepcionalidade, exista uma resposta jurídico-institucional antevista pela Constitui o, que preservará, portanto, a sua força normativa. Por assim dizer, a própria Constitui o prevê uma maneira de administrar e evitar a crise e garantir a sua sobrevivência.

Consoante preceituado pela CRFB/88, o sistema constitucional de crises, estipulou a existência de dois regimes jurídicos distintos: o estado de defesa e o estado de sítio. Para o Prof. José Afonso da Silva, compõe efetivo "estados de exce o", nos quais a legalidade normal   substituída pela legalidade extraordinária, ou seja, excepcional.

Atenta-se ainda que no estado de defesa e no estado de sítio, há uma série de medidas excepcionais tomadas pelo Estado, que incluem suspensão de direitos e garantias fundamentais.

Tendo em vista a excepcionalidade desses "estados de exce o", eles se submetem ao princípio da necessidade ao informar que o estado de defesa e o estado de sítio são situa es excepcionais, somente podendo ocorrer em último caso, na falta de solu es menos gravosas para debelar a crise.

Além disso, tem-se o Princípio da temporariedade ao esclarecer que o estado de defesa e o estado de sítio devem ser temporários e devem ter a menor dura o possível, na medida do necessário para se restabelecer a normalidade.

²³ *Idem.*

²⁴ Em razão das manifesta es ocorridas em junho de 2013, o Min. Carlos Ayres Brito comentou que a CF/88 não tem voca o suicida, fazendo referência ao fato de que não há previsão no texto constitucional sobre a possibilidade de convoca o de uma nova Assembleia Constituinte.

Cumpra mencionar ainda o Princípio da proporcionalidade ao apontar que as medidas adotadas na vigência do estado de defesa e do estado de sítio devem ser proporcionais à gravidade da crise. Faz-se presente também o Princípio do controle político e judicial ao aduzir que o estado de defesa e o estado de sítio estão submetidos tanto ao controle do Congresso Nacional quanto ao do Poder Judiciário.

II.3. ESTADO DE DEFESA

Consoante preceituado no artigo 136, caput da CRFB/88, o Estado de Defesa tem como objetivo preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

À vista disso, depreende-se que para a decretação do estado de defesa faz-se necessário a presença dos pressupostos de ocorrência de grave e iminente instabilidade institucional que ameace a ordem pública ou a paz social ou ocorrência de calamidades de grandes proporções na natureza que ameace a ordem pública ou a paz social.

Torna-se pertinente realçar a posição do Prof. José Afonso da Silva²⁵, ao discorrer acerca do pressuposto de decretação em decorrência de calamidade, o qual assinala o seguinte:

A calamidade é sempre um fato de desajuste no âmbito de sua verificação, mas, nos termos do texto constitucional, ela terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situação de séria perturbação à ordem pública ou à paz social para servir de base à decretação do estado de defesa.

Além disso, importante ressaltar que o estado de defesa pode ser classificado, quanto ao momento, em preventivo ou repressivo. Será preventivo quando busca evitar a crise; por outro lado, será repressivo quando tem como objetivo colocar fim a uma crise já deflagrada.

De todo modo, qualquer das hipóteses, portanto, diz respeito a uma medida excepcional decretada pelo Presidente da República e, posteriormente após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional.

Salienta frisar que esses órgãos possuem mera função consultiva, isto é, suas manifestações não vinculam o Presidente da República. Logo, ainda que os pareceres do

²⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39ª edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2016, p775

Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional sejam pela não decretação do estado de defesa, o Presidente poderá fazê-lo.

Acerca do assunto o Prof. José Afonso da Silva²⁶ assim disserta:

A audiência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional é obrigatória, sob pena de inconstitucionalidade da medida. Contudo, tais Conselhos são apenas consultivos, o que vale dizer que sua opinião é sempre de ser levada em consideração, mas não será vinculativa. Portanto, se opinarem contra a decretação da medida, o Presidente da República ficará com a grave responsabilidade de, desatendendo-os, assim mesmo decretá-la, se assim entender indispensável. Se o fizer e o Congresso a aprovar nos termos dos arts. 49, IV, e 136, §§ 4º e 6º, tudo fica conforme com a Constituição. Se o Congresso rejeitar a medida, poderá surgir hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República.

Assim, o decreto que instituir o estado de defesa deverá observar algumas formalidades, quais sejam: determinará o tempo de sua duração. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a 30 dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação conforme afirma o artigo 136, §2º da CRFB/88.

Destaca-se que não há a possibilidade de uma segunda prorrogação do estado de defesa; caso a situação de crise não seja resolvida dentro do prazo do estado de defesa - 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias - a medida adequada será a decretação do estado de sítio.

Outrossim, o decreto necessita especificar as áreas a serem abrangidas. O estado de defesa é espacialmente limitado, o significa dizer que ele deve abranger locais restritos e determinados. É o que estabelece o artigo 136, §1º da CRFB/88

Importante registrar também que a decretação do estado de defesa precisa indicar as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as hipóteses como restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações; sigilo de correspondência; sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo à União pelos danos e custos decorrentes.

Ante o exposto, percebe-se que a Lei Maior não autoriza o Chefe do Executivo Federal afrontar Direitos Fundamentais em sua totalidade mesmo durante a vigência da decretação do estado de defesa. Conforme se depreende da leitura do art. 136, §3º, incisos I, II, III e IV da CRFB/88:

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

²⁶ *Ibidem* 2016, p779.

paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 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

Nesse diapasão, José Afonso da Silva²⁷ enfatiza o seguinte:

O controle jurisdicional consta, por exemplo, do art. 136, § 3º, onde se prevê que a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por ele comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; essa comunicação será acompanhada de declaração do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação. Também a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo autorização do Poder Judiciário; não havendo tal autorização, o constrangimento, além daquele período, é ilegal e passível de controle jurisdicional por via de habeas corpus.

Por sua vez, tendo sido decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, tem o compromisso de submeter o ato com a respectiva justificção ao Congresso Nacional, o qual decidirá por maioria absoluta.

No mais, imprescindível apontar que o Poder Legiferante Federal necessitará apreciar o decreto dentro de 10 (dez) dias contados do seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa. Caso o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

Indispensável elucidar que a manifestação do Congresso Nacional ocorre após a decretação do estado de defesa pelo Presidente da República. Desse modo, haverá, portanto, ato de aprovação ou não por parte do Poder Legislativo Federal. Pelo exposto, caso o Congresso Nacional rejeite o decreto, cessará imediatamente o estado de defesa.

²⁷ SILVA (2016) op. cit. pp780-781.

Por fim, José Afonso da Silva²⁸ compreende ainda que, o Presidente da República pode ser responsabilizado por crime de responsabilidade, caso aja de forma arbitrária durante o período de vigência do estado de defesa:

E se o Congresso não aceitar a justificação dada pelo Presidente da República, se ele chegar à conclusão de que houve arbítrio, excesso? Parece-nos que, em tal caso, ficará caracterizado algum crime de responsabilidade do Presidente, especialmente o atentado a direitos individuais, pelo que pode ser ele submetido ao respectivo processo, previsto no art. 86 e regulado na Lei 1.079/50.

II.4. ESTADO DE SÍTIO

O estado de sítio mostra-se como uma medida mais gravosa do que o estado de defesa, sendo decretado nos casos comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa. A doutrina chama essa situação de "estado de sítio simples" ou declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Esse é o chamado "estado de sítio qualificado".

O estado de sítio mostra-se como uma medida mais gravosa do que o estado de defesa, sendo decretado nos casos comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa. A doutrina chama essa situação de "estado de sítio simples" ou declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Esse é o chamado "estado de sítio qualificado".

Em regra, a competência para decretação do estado de sítio é do Presidente da República. No entanto, ele deverá ouvir previamente o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional e solicitar autorização ao Congresso Nacional, diferentemente do que ocorre no estado de defesa.

No que concerne as manifestações do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, elas são obrigatórias, porém possuem caráter meramente opinativo, isto é, não vincula o Presidente da República. Dessa maneira, frisa-se que a decretação do estado de sítio é ato discricionário do Presidente.

Por outro lado, torna-se necessário que o Congresso Nacional autorize o estado de sítio. Isto posto, a manifestação do Poder Legislativo Federal é anterior à decretação do estado de sítio. Diante disso, caso o Congresso Nacional não autorize a decretação do estado de sítio, o Presidente da República não poderá fazê-lo.

²⁸ *Ibidem*

Ademais, no momento em que o Presidente da República solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, ele tem de relatar os motivos determinantes que o levaram a realizar o requerimento.

Doravante o Congresso Nacional precisa decidir se aceitará por quórum de votação de maioria absoluta ou mesmo se resolver preterir a solicitação do Presidente da República. Pelo exposto, a autorização do Congresso torna-se necessária tanto para a decretação do estado de sítio quanto para sua prorrogação.

Caso seja solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de 5 (cinco) dias, a fim de apreciar o ato. O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Convém também lembrar que o decreto do estado de sítio deverá observar certas formalidades, tais quais indicar a duração do estado de sítio. O "estado de sítio simples" (art. 137, I - comoção de grave repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa - não poderá ser decretado por mais de 30 dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior a 30 dias.

Ressalte-se que, no caso *supra mencionado*, são admitidas prorrogações sucessivas; todavia, cada uma delas deverá ter no máximo 30 dias.

Em contrapartida, o "estado de sítio qualificado" - art. 137, II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, poderá, por sua vez, ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira. Ademais, é requisito normas necessárias à execução do estado de sítio, bem como as garantias constitucionais que ficarão suspensas.

Posteriormente, após publicado o decreto do estado de sítio, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

À título de esclarecimento, na vigência do estado de sítio decretado em razão do art. 137, I - "comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa" - poderão ser adotadas as seguintes medidas coercitivas contra as pessoas: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; 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; suspensão da

liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos e requisição de bens.

Torna-se fundamental expor que, mesmo em caso de decretação de estado de sítio, o Presidente da República não está isento de fiscalização e controle a fim de que não cometa arbitrariedades. Por seu turno, no estado de sítio ocorrerá o controle político que dar-se-á por meio Controle político prévio em que o Presidente da República deverá solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio, relatando os motivos determinantes do pedido - art. 137, parágrafo único CRFB/88.

À face do exposto, o Congresso decidirá por maioria absoluta. Há que se falar também no controle político concomitante, em que como no caso do estado de defesa, a execução das medidas referentes ao estado de sítio será acompanhada e fiscalizada por Comissão composta de 5 membros designados pela Mesa do Congresso Nacional - art. 140, CRFB/88.

Ademais, destaca-se o controle político sucessivo "a posteriori", o qual o Presidente deverá, assim como no estado de defesa, relatar ao Congresso Nacional as medidas aplicadas na vigência do estado de sítio - art. 141, parágrafo único, CRFB/88.

Nesta seara, apresentou-se os mecanismos de controle de crises previstos pelo Poder Constituinte Originário de 1988, bem como a exposição do caráter excepcional ou de emergência da pandemia.

Assim, no próximo tópico será analisada, sob olhar jurídico, a decisão tomada pelo Chefe do Poder Executivo Federal brasileiro com vistas a combater a pandemia da covid-19, bem como discorrer acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que, enfim, culminou no protagonismo dos estados-membros da federação brasileira e também dos municípios frente a tomada de ações ao combate da crise sanitária em questão

II.5. JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DO FEDERALISMO E COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS

Em virtude da declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional realizada pela Organização Mundial da Saúde no dia 30 de janeiro de 2020, em decorrência da propagação do coronavírus, a governo federal declarou estado de calamidade pública em âmbito nacional.

Ressalte-se que o Poder Constituinte Originário de 1988 não dispôs acerca de decretação de estado de calamidade como forma de estabilização de crise constitucional

consoante dito alhures. No entanto, foi decretado, de forma *sui generis*, o Estado de Calamidade Pública por meio da Lei nº 13.979/2020²⁹ que versa acerca do poder de polícia e gestão pública.

Em razão do exposto, a Calamidade Pública não está expressamente prevista no texto constitucional como medida a ser adotada pela União com o objetivo de combater uma crise sanitária e social em âmbito nacional. Podemos entender tratar-se de uma interpretação sistemática de dispositivos oriundos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Contudo, a legislação que trata de responsabilidade fiscal, enseja a possibilidade de os entes federativos decretarem estado de calamidade pública, tendo como base normativa ações que são voltadas eminentemente a questões fiscais.

No entanto, numa perspectiva de análise da Constituição Federal de 1988 e a realização de um diálogo de fontes do artigo 65³⁰ da Lei de Responsabilidade fiscal, infere-se que a base jurídica do Estado de Calamidade decretado pela União possui um caráter

²⁹ Estabeleceu medidas de combate a Pandemia em âmbito nacional, tal como dispensa de licitação para compra de “bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública” (art. 4º), ou pela determinação de medidas concretas para a contenção do vírus (“Para enfrentamento da emergência de saúde pública (...), as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; (...)”, entre outras (Brasil, 2020)

³⁰ Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

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

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

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

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

a) contratação e aditamento de operações de crédito;

b) concessão de garantias;

c) contratação entre entes da Federação; e

d) recebimento de transferências voluntárias;

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

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

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

I - aplicar-se-á exclusivamente:

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

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

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

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

essencialmente financeiro, uma vez que tal medida impôs maiores gastos para o governo, relativizando, assim, o orçamento público.

Inicialmente a Medida Provisória nº 926/2020³¹ editada pelo Presidente da República alterou a Lei nº 13.979³² ao atribuir à União a competência exclusiva a fim de adotar medidas de isolamento, quarentena, restrição de locomoção e de transportes portuários e aéreos.

Diante da edição da MP em comento, foi ajuizada a ADI 6341 perante o STF e este julgou no sentido de que a referida Medida Provisória nº 926/2020 as providências adotadas pelo Governo Federal para o enfrentamento do coronavírus não afastam a competência concorrente, no âmbito normativo e administrativo, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim entendeu o STF³³:

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL 6341. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOPTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

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

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

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que,

³¹ BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2Z7Q24l>.

³² BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 fev. 2020d. Disponível em: <https://bit.ly/2A5jQ9h>. Acesso em: 08 set. 2021.

³³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 - Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgada em 15/04/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set de 2021

sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

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

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

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

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

Posteriormente, o Tribunal, por maioria dos votos, em interpretação conforme à Constituição ao §9º do art. 3º da Lei 13.979³⁴, conclui que “preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da CRFB/88³⁵, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos essenciais”

Entendimento similar foi compreendido no julgamento da ADPF 672³⁶, na qual foi proposta em face dos atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal praticados no contexto da pandemia. Na decisão, o plenário acolheu o pedido referente à necessidade de salvaguarda da margem de atuação dos estados e municípios a fim de delimitar as medidas sanitárias mais coerentes e eficazes com vistas a proteção da saúde. Nesse sentido, convém trazer à baila a decisão comento do STF:

³⁴ Lei 13.979, art. 3º, § 9º A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa

³⁵ CRFB/88, Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo

³⁶ **Arguição de Descumprimento Fundamental 672** - Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgada em 13/10/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set.. 2021.

ADPF 672. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, 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, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.

5. Arguição julgada parcialmente procedente.

O Tribunal fixou ainda a ausência de fundamentos constitucionais em qualquer iniciativa Poder Executivo federal com o fito de desautorizar medidas sanitárias adotadas pelos Estados e Municípios, as quais sustentam fundamentação em orientações técnicas e o resguardo à locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal.

Pelo exposto, o STF, de modo amplo, defendeu a autonomia dos entes federativos, tendo em vista que afastou a necessidade de autorização da União ou obediência a determinações de órgãos federais para adoções de medidas de restrição à circulação de pessoas; conferiu interpretação conforme para consignar que medidas previstas nos dispositivos devem ser fundamentadas em orientações dos órgãos técnicos correspondentes “resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo”

Isto posto, notou-se, por parte do STF, evidente e elevado grau de descentralização de suas decisões, à medida que os Estados podem descumprir as normas gerais editadas pela União, desde que os atos locais sejam mais protetivos em relação à saúde pública. Dessa forma, percebe-se que, ao menos em matéria de competências federativas atinentes aos cuidados da saúde pública, o Supremo Tribunal Federal aplicou, de forma histórica e relevante, o Princípio da Predominância do Interesse Local.

Indaga-se, porém, se esse protagonismo dado aos estados e municípios não seja apenas fruto de um momento crítico do país em que, não raro, o Chefe do Poder Executivo Federal quedou-se inerte ao combate a pandemia ocasionada pelo COVID-19.

CAPÍTULO III

MEDIDAS AO COMBATE DA COVID.19 FRENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988

III.1. CONSTITUCIONALIDADE NA ADOÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE À PANDEMIA

A Pandemia instaurada em decorrência do COVID-19 acarretou um cenário em que medidas com o objetivo de controlar a crise tornaram-se necessárias e de forma imediatas e mais eficientes possível. Nesse diapasão, os entes subnacionais, como fora *supra mencionado*, angariaram forte apoio do Supremo Tribunal Federal a fim de adotarem diversas ações com

vistas a implementar, por exemplo, o isolamento social, para que a doença pudesse ser contida.

Ocorreu que, na prática, muitos estados e municípios brasileiros limitaram direitos fundamentais prescritos como cláusula Pétrea na Constituição Federal de 1988. Essas restrições deram-se mediante um cenário de estado de emergência e o fortalecimento das competências constitucionais de Estados e Municípios reconhecidas pelo STF.

Antes de adentrar ao mérito de decisão tomada por algum ente subnacional, mostra-se importante discorrer, em síntese, acerca dos Direitos Fundamentais, as características, as dimensões, as limitações e as suas eficácias.

III.2. DIREITO FUNDAMENTAL: CONCEITO

Em primeiro plano, Direitos Fundamentais são os direitos constitucionalmente protegidos, ou seja, estão positivados em uma determinada ordem jurídica. Outrossim, eles estão presentes na CRFB/88. São bens protegidos pela Constituição. Exemplificativamente, tem-se o Direito a vida, Direito a liberdade, Direito de propriedade. À guisa de informação, para Canotilho, as garantias fundamentais também são direitos.³⁷

III.3. DIMENSÕES OU GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em Dimensões ou Gerações. Essa classificação busca transmitir uma ideia de que eles não surgiram todos em um mesmo momento histórico. Eles foram fruto de uma evolução histórico-social, de conquistas progressivas da humanidade. Por essa razão, parte da doutrina defende o termo “Dimensões” de Direitos, e não “Geração” de Direitos. Isso ocorre, pois, esta parcela de doutrinadores alega que Dimensões de Direitos Fundamentais mostra-se mais adequado ao fiel significado de que os Direitos Fundamentais foram frutos de conquistas, e não de uma ordem cronológica. Nesta toada, argumentam os autores³⁸:

é inexacto se referir a —gerações— dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal individualista ou

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁸ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo . **Teoria geral dos direitos fundamentais: revista, atualizada e ampliada**, 5ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 23

que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita —primeira geração liberal-individualista.

Na realidade, as duas expressões - dimensão e geração - têm sido adotadas pela doutrina. Assim, os Direitos Fundamentais classificam-se na forma que se segue.

Em primeira análise tem-se os Direitos De Primeira Geração que também são chamados de liberdades negativas. Buscam restringir a ação do Estado sobre o indivíduo. Eles consistem numa obrigação de “não fazer”, de não interferir indevidamente na vida privada, ou seja, impõe ao Estado o dever de abstenção. Tem como valor-fonte a Liberdade. Os direitos de Primeira Geração são os direitos civis e políticos. Exemplos como Direito de Propriedade, Locomoção, Direito de Associação, De reunião entre outros.³⁹

Por seu turno, há os Direitos De Segunda Geração. Estes Impõe ao Estado um dever de atuação. São também chamados de liberdades positivas e de Direitos do bem-estar. Envolvem prestações positivas do Estado aos indivíduos. Revelam-se na maioria por normas programáticas. Têm como valor fonte a igualdade. Os direitos de Segunda Geração são os direitos econômicos, sociais e culturais. Exemplos como Direito a Educação, Direito a Saúde, Direito ao trabalho.⁴⁰

Por sua vez, tem-se os Direitos de Terceira Geração. Conhecidos também pelos Direitos Difusos e Coletivos. Eles não protegem interesses individuais, mas sim transcendem a órbita dos indivíduos para alcançar a coletividade. Por isso são também chamados de transindividuais ou supraindividuais. Possuem como valor fonte a Solidariedade e a Fraternidade. Exemplos: Direito do consumidor, Direito ao Meio Ambiente, Direito ao Desenvolvimento.

O Código de Defesa do Consumidor consagrado pela Lei nº 8.078 de 1990 contém o conceito normativo de direitos difusos de maneira elucidativa e objetiva, consoante se extrai do art. 81, parágrafo único, inciso I, *in verbis*⁴¹

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste

³⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39ª edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2016, p. 185.

⁴⁰ Idem, p. 186

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em 09.09.2021.

código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato

Observa-se que as três primeiras gerações seguem a sequência do lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. À guisa de explicação, parte dos autores consideram outras Dimensões ou Gerações de Direitos. Em que pese seja relevante o seu estudo, não se pretende abordar outras Gerações, tendo em vista que foge ao objetivo aqui almejado.

III.4. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais possuem diversas características como será visto adiante⁴². Primeiramente, destaca-se a universalidade, a qual significa que todas as pessoas são titulares de um núcleo mínimo de Direitos Fundamentais.

Eles detêm Historicidade ao aduzir que os direitos fundamentais em sua formação passaram por um processo histórico de afirmação de direitos. Eles não são originados de um acontecimento histórico determinado, mas sim de todo um processo de afirmação. Surgem a partir das lutas do homem. Nesse diapasão, são mutáveis e sujeitos a ampliações, o que explica as diferentes “dimensões” de direitos fundamentais. Tem-se a indivisibilidade ao apregoar que os direitos fundamentais não podem ser considerados isoladamente. Eles devem ser entendidos como um conjunto único, indivisível de direitos.

Os Direitos Fundamentais possuem também como característica a inalienabilidade, isto é, os direitos fundamentais são intransferíveis e inegociáveis e, portanto, não podem ser afastados por vontade de seu titular. Ademais, não têm conteúdo econômico-patrimonial.

Outra característica mostra-se na imprescritibilidade. Nesse sentido eles não são alcançados pela prescrição. Direitos fundamentais são personalíssimos e não se perdem com o tempo, sendo sempre exigíveis. Presente ainda a irrenunciabilidade. Dessa forma, o titular dos direitos fundamentais não pode deles dispor, mas pode deixar de exercê-los.

Faz-se ainda como características a relatividade ou limitabilidade, o que significa dizer que os Direitos Fundamentais não são absolutos. Essa característica é muito importante. Direitos fundamentais são relativos ou limitados por outros direitos fundamentais num caso concreto.

⁴² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39ª edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2016, p. 182 – 184.

No caso de conflito entre eles, utiliza-se a técnica da concordância prática ou harmonização: nenhum deles é sacrificado definitivamente. Diante disso, quando há um conflito entre direitos fundamentais faz-se o sopesamento ou ponderação e não exclusão como no conflito entre regras.

Outrossim, possuem complementaridade que visa alcançar a plena efetivação dos direitos fundamentais. À vista disso, é importante considerar que eles compõem um sistema único. Dessa forma, os diferentes direitos - das diferentes dimensões - se complementam e, portanto, devem ser interpretados conjuntamente.

Ademais, eles são concorrentes, ou seja, os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente. Dessa maneira, um mesmo titular pode exercitar vários direitos ao mesmo tempo.

Além disso, eles devem possuir Efetividade. Desta maneira, pela característica da efetividade entende-se que os Poderes Públicos têm a missão de concretizar – efetivar - os direitos fundamentais.

E, por fim, existe a proibição ou vedação do retrocesso. Ressalte-se que, por serem os direitos fundamentais fruto do resultado de um processo evolutivo, de conquistas graduais da humanidade, não podem ser enfraquecidos ou suprimidos. Isso significa que as normas que os instituem não podem ser revogadas ou substituídas por outras que os diminuam, restrinjam ou suprimam.

III.5. LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este tópico acerca da limitação a Direitos Fundamentais certamente auxiliará a uma melhor compreensão das questões levantadas no início do capítulo como a decisão de restringir Direitos Fundamentais por parte dos entes subnacionais.

Os Direitos Fundamentais encontram limites. Isso é derivado da característica da Relatividade que eles possuem. Direitos Fundamentais não são absolutos e, portanto, encontram limites em outros direitos presentes na CF/88. Além disso, o STF tem um

entendimento de que um direito fundamental não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas⁴³.

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACORDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.

(...)

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.”

Diante do exposto, há duas teorias na doutrina para tratar das limitações aos direitos fundamentais: a interna e a externa⁴⁴:

Para a Teoria Interna ou Absoluta, o núcleo essencial de um direito fundamental é insuscetível de violação, independentemente da análise do caso concreto. Portanto, não há que se falar em restrição ao núcleo de um Direito Fundamental.

Por outro lado, a Teoria Externa ou Relativa entende que fatores extrínsecos irão determinar os limites dos direitos fundamentais, ou seja, o seu núcleo essencial. Diante disso, a Teoria Externa também entende que o núcleo de um direito fundamental não pode ser violado, porém é por meio da análise do caso concreto que se verifica o que é exatamente esse núcleo essencial. A Teoria Externa é adotada pelo STF.

Acerca da temática Barroso assim leciona⁴⁵:

o núcleo essencial do direito é um conceito útil, mas de autonomia apenas relativa, porque, frequentemente, será secundário à proporcionalidade. Ele deve ser levado em conta pelo intérprete, que tem o dever de procurar preservar a essência mínima do direito.

⁴³STF. HC 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-00176-01 PP-01136

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado, volume 4, 2006, pp. 35 – 39.

⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 514.

Há que se falar ainda na Teoria dos Limites dos Limites. Esta Teoria determina que uma lei pode impor restrições a um direito Fundamental. No entanto, essa restrição não pode afetar o núcleo essencial do direito. Respeito ao Princípio da Proporcionalidade.

Além disso, a CRFB/88 não previu expressamente a teoria dos limites dos limites. Entretanto, o dever de proteção ao núcleo essencial está implícito na Lei Maior, de acordo com vários julgados do STF e com a doutrina.

Referente ao Princípio de Proteção ao Nucleo do Direito Fundamental, o autor Min. Gilmar Mendes tece os seguintes comentários⁴⁶:

Da análise dos direitos fundamentais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes, garantias são passíveis de ilimitada limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanes ou limites dos limites (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial (Wesensgehalt) do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. [...] Se se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador

No mais, é importante reiterar que os direitos fundamentais também podem ser restringidos em situações de crises constitucionais, como na vigência do estado de sítio (art 137 da CF/88) e estado de defesa (art 136 da CF/88) conforme exposto acima.

O próximo tópico será destinado a realizar análise de tomadas de decisões por parte dos entes federativos com o enfoque em competências constitucionais, estado de emergência e nos direitos fundamentais.

III.6. DECRETO ESTADUAL Nº 47.891 DO ESTADO DE MINAS GERAIS E O FECHAMENTO DE SUAS DIVISAS PARA ÔNIBUS E TRENS DE PASSAGEIROS

Em 20 de março de 2020 o governador mineiro Romeu Zema decretou estado de calamidade pública devido ao covid-19. O decreto emitido por Zema conferiu poderes ao próprio governador para atuar em todos os municípios do Estado de Minas Gerais.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.41

Com a decretação da medida, Romeu Zema estadualizou suas ações. Á vista disso, todos os municípios do estado em questão ficaram obrigados a seguirem as ordens emanadas do Chefe do Poder Executivo Estadual. Isto posto, segue o Decreto n. 47.891 *In verbis*⁴⁷

Decreto n. 47.891, de 20 de março de 2020.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS,

no uso de atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 90 da Constituição do Estado, considerando o disposto no art. 65 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, e na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e em razão dos efeitos decorrentes da pandemia causada pelo agente Coronavírus (COVID-19),

DECRETA :

Art. 1º - Fica decretado, para fins de aplicação do art. 65 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, estado de calamidade pública no âmbito de todo o território do Estado, com efeitos até o dia 31 de dezembro de 2020, em razão dos impactos socioeconômicos e financeiros decorrentes da pandemia causada pelo agente Coronavírus (COVID-19).

Parágrafo único - O estado de calamidade pública de que trata o caput será submetido, para reconhecimento, à deliberação da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais - ALMG, nos termos do art. 65 da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000.

Art. 2º - Ficam autorizados, nos termos do § 3º do art. 40 da Constituição do Estado, a ocupação e o uso temporário de bens e serviços necessários ao enfrentamento da crise causada pelo COVID-19, garantida a indenização justa, em dinheiro e imediatamente após a cessação da situação de calamidade pública, dos danos e custos decorrentes. Parágrafo único - Compete aos dirigentes máximos dos órgãos e entidades da Administração Pública decidir, motivadamente, sobre a ocupação e o uso de bens e serviços de que trata o caput .

Art. 3º - Ficam os dirigentes máximos dos órgãos e entidades da Administração Pública autorizados a adotar, em caso de necessidade, medidas extraordinárias para viabilizar o pronto atendimento à população durante a situação de calamidade pública em saúde.

Parágrafo único - As medidas adotadas nos termos do caput serão submetidas à ratificação do Comitê Gestor do Plano de Prevenção e Contingenciamento em Saúde do COVID-19 - Comitê Extraordinário COVID-19, instituído pelo Decreto nº 47.886, de 15 de março de 2020.

Art. 4º - Aplica-se ao período de calamidade pública, no âmbito do Poder Executivo, o disposto no inciso IV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 5º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, condicionada a eficácia do art. 1º à aprovação da ALMG.

Belo Horizonte, aos 20 de março de 2020; 232º da Inconfidência Mineira e 199º da Independência do Brasil.

ROMEU ZEMA NETO

⁴⁷ MINAS GERAIS. Decreto nº 47.891 de 20 de março de 2020. Disponível em <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=47891&ano=2020&tipo=DEC>. Acesso em 10.09.21..

Após ter emitido o decreto nº 47.891, Romeu Zema determinou o fechamento das divisas de Minas Gerais para ônibus, trens de passageiros e qualquer transporte coletivo. Desse modo, os ônibus e vans de passageiros ficaram proibidos de entrar e sair do estado.

No entanto, a locomoção por meio do transporte particular e por via aérea não teve restrição. À face do exposto, o direito de se locomover foi restringido apenas para a parte da população que não tinha veículo ou que não tinha recursos financeiros para viajar de avião. Logo, é possível perceber que essa medida teve caráter desigual.

É certo que a finalidade do decreto foi pensando numa ótica utilitarista de conter a massa social e preservar a saúde da maior quantidade de pessoas possível.

Entretanto, essa decisão do governador de Minas Gerais impediu totalmente a parcela de pessoas residentes ou que estavam dentro do Estado ou mesmo que possuíam domicílio em Minas Gerais e encontravam-se fora dele, sem poder retornar, caso não fosse de automóvel ou motocicleta, bem como por via aérea.

Cuida-se que o direito de ir e vir estabelecido no Artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal de 1988 trata-se de um Direito Fundamental protegido pela própria Lei Maior como Cláusula Pétrea no Art. 60, §4º e inciso IV. Outrossim, o Art. 22 e inciso XI da CRFB/88 define que compete à União legislar de modo privativo sobre trânsito e transporte.

Ressalte-se também que, conforme o *supra mencionado*, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu quaisquer vínculos com a Teoria dos Limites dos Limites e, assim, nenhuma lei pode derrogar o exercício de um Direito Fundamental. Ademais, mesmo em casos de emergências, os limites desses direitos devem ser determinados a fim de que preserve o seu núcleo essencial.

Destaca-se que o decreto em comento foi editado muito no início da pandemia, de forma que o Supremo Tribunal Federal ainda recebia as demandas municipais e estaduais.

Torna-se imprescindível esclarecer que a pandemia do covid-19 trouxe grandes e muitos problemas que exigiam solução imediata. Dessa forma, os estados, muitas das vezes, fecharam-se uns aos outros com o objetivo de proteger seus habitantes.

A questão que se levanta aqui é até que ponto um governador ou prefeito pode restringir um Direito Fundamental? Quais são as reais intenções de cada medida aplicada? Quais são as referências utilizadas? É o que se indaga. Decerto, o Brasil, durante o período pandêmico, foi submetido a medidas distintas, tendo em vista as peculiaridades de cada região e o tamanho continental do país.

O decreto emitido pelo Governador Zema remonta a discussão dos perigos que a excepcionalidade pode trazer. Retomando os entendimentos da Professora Nomi Claire Lazar, ela expõe que⁴⁸

Aqueles que abraçam a exceção como uma categoria discreta em primeiro lugar fornece carta branca para os políticos. Se as normas forem suspensas, qualquer coisa vai. Ao abrigo da emergência e armado com essa licença, estadistas foram muito além do estritamente necessário para lidar com uma emergência para alcançar fins que são eles próprios desnecessários ou mesmo abominável.

Pelo exposto, Nomi ensina que todo momento que demanda forte urgência e alta escala poderá vir a ser uma oportunidade fácil para governantes cometerem arbitrariedades, como foi amplamente divulgado casos de corrupção por parte de alguns governantes ao efetuarem compras de medicamentos e aparelhos hospitalares de maneira superfaturada. Assim, Nomi disserta que os valores pré-existentes devem ser utilizados em tempos de emergência.

Consoante exposto no presente trabalho, não houve decretação de Estado de Defesa e Estado de Sítio por parte da União. Ressalte-se ainda que mesmo na vigência desses instrumentos de estabilização constitucional, há regras e controles previstos, visando eventuais arbitrariedades.

O Professor Bercovici argumenta que o estado de exceção estará presente em ocasiões como quando não se cumpre as regras ou suspende aplicação do ordenamento, ou mesmo quando suspende a aplicação da Constituição em virtude das crises que afetam os mercados.

À guisa de exemplo, Bercovici apresenta momentos, tais quais aconteceram em 2008 com a crise financeira. Outro exemplo apontado que ocorreu no Brasil remonta aos planos de combate à inflação, os quais se justificava tudo, tal qual como sucedeu-se no confisco da poupança.

Assim, Bercovici defende que a exceção está sempre presente. Expõe que a pandemia trouxe, talvez, uma nova dimensão com um novo discurso. No entanto, esse discurso não é estranho ao campo político, pois, tomando os acontecimentos históricos como aprendizado, a justificativa do regime de exceção na ditadura romana ou mesmo durante a revolução francesa é a própria *Salus Populi* que significa salvação pública, o que na verdade trata-se da saúde

⁴⁸ LAZAR, Nomi Claire. *States of Emergency in Liberal Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 4

pública no sentido de salvação pública. É a saúde do corpo político. Nesse sentido, para manter o corpo político vale-se a adoção de qualquer medida.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro plano, o presente trabalho buscou minudenciar as decisões do Supremo Tribunal Federal que, mormente, no decorrer do ano de 2020 trouxeram entendimentos inéditos ao reconhecer a legitimidade de competências constitucionais a favor dos estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

À vista disso, o primeiro capítulo dedicou-se a apresentar o entendimento mais doutrinário acerca do modelo de federalismo brasileiro, tendo como fito a dissertação das origens, dos conceitos, das classificações e das repartições de competências dispostas na CRFB/88.

Nesse interim, verificou-se que, em que pese o Brasil tenha adotado o Federalismo Cooperativo, na prática a união entre as entidades federativas necessita de grande aperfeiçoamento. Por meio das pesquisas, nota-se que a disparidade é vultuosa entre os entes da federação brasileira.

No capítulo II, buscou-se, inicialmente, dissertar acerca dos conceitos de estado de exceção e estado de emergência. Ao aprofundar nos diversos entendimentos que diversos autores possuem relacionado ao assunto, houve uma grande descoberta e o trabalho tomou-se outra forma. Isso é explicado no sentido de que o excepcionalismo, não raro, faz-se presente no Estado brasileiro. A percepção foi de que, em vez de encontrar um federalismo cooperativo em ascensão, notou-se um federalismo brasileiro ainda muito centralizado, sobretudo, por conta de suas disparidades regionais. Realçando-se a dependência da União para o funcionamento de alguns entes federativos

Ademais, houve minuciosa exposição no que se refere a normativa da Constituição Federal de 1988 que visa regulamentar os estados de emergências. Isto posto, o Sistema Constitucional de Crises disposto na CRFB/88 foi objeto de pesquisa. Nesse sentido, não houve decretação de Estado de Defesa e, tampouco, Estado de Sítio por parte da União.

O restante do trabalho foi focado nos assuntos de crucial importância que não poderia deixar de ser exposto. Na análise de jurisprudência do STF registrou-se reconhecimento de competências e, pois, protagonismo dos entes subnacionais voltados, maiormente, pela matéria da saúde. Assim, torna-se imprevisível afirmar se outras matérias irão obter tamanho protagonismo como foi na pauta da saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09.09.2021.

BRASIL. **Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889.** Disponível em: <[BRASIL. **Lei nº 13.879, de 06 de fevereiro de 2020** . Disponível em <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm\)>. Acesso em: 08.09.2021.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/18511899/d0001.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%201%2C%20DE%2015,devem%20reger%20os%20Estados%20Federais.> .</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em: 09.12.2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BILAC FILHO, Francisco Moreira. *A intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

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

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**, Ed. Juspodium, Salvador: 2013.

HÖFFE, Ottfried. **A democracia no mundo de hoje**, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 39ª edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2016.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo . **Teoria geral dos direitos fundamentais: revista, atualizada e ampliada**, 5ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil**, 1ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil, 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra**, 1991.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria General del Estado, 2ª ed., Ciudad de Mexico, Universidad Nacional Autonoma de México**, 1985.

FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 40ª ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

LAZAR, Nomi Claire. **States of Emergency in Liberal Democracies**. New York: Cambridge University Press, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3º Ed. São Paulo: Nova Cultural; Coleção Os Pensadores, 1983

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 39ª edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2016

ADI 6341/DF. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgada em 15/04/2020. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set de 2021

ADPF 672/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 13/10/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set.. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em 09.09.2021

STF. **HC 70814**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-00176-01 PP-01136

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado, volume 4, 2006

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019,

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MINAS GERAIS. **Decreto nº 47.891 de 20 de março de 2020**. Disponível em <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=47891&ano=2020&tipo=DEC>. Acesso em 10.09.21..