



Revista Direito e Práxis

ISSN: 2179-8966

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Silva, Diogo Bacha e; Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes

Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia

Revista Direito e Práxis, vol. 12, no. 2, 2021, pp. 830-860

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50341>

Available in: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350967498003>

- How to cite
- Complete issue
- More information about this article
- Journal's webpage in redalyc.org

redalyc.org  
UAEM

Scientific Information System Redalyc  
Network of Scientific Journals from Latin America and the Caribbean, Spain and Portugal  
Project academic non-profit, developed under the open access initiative

## **Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia**

*Right to health, judicial review and constitutional state of emergency: a critical perspective of the pandemic*

**Diogo Bacha e Silva<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Faculdade de Direito São Lourenço, São Lourenço, Minas Gerais, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9748-0714>. E-mail: diogobacha@ig.com.br.

**Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes Bahia<sup>2</sup>**

<sup>2</sup> Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>. E-mail: alexandre@ufop.edu.br.

Artigo recebido em 20/04/2020 e aceito em 15/05/2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



## Resumo

O artigo busca explorar o impacto jurídico da pandemia do COVID-19 em nosso sistema constitucional. Partindo da diferenciação entre estado de exceção e estado de emergência constitucional, a questão do enfrentamento da pandemia deve ter uma resposta dentro dos quadros estabelecidos pela Constituição de 1988. Além do mais, as respostas dos poderes públicos trouxeram à tona qual o federalismo que pretendemos proteger e concretizar a partir da repartição das competências. A resposta é um federalismo assimétrico e descentralizado para o enfrentamento das dificuldades sanitárias do coronavírus. Por último, a pandemia possibilitou um repensar crítico no próprio direito à saúde e como a tradição jurídica hegemônica o encara em uma perspectiva colonial.

**Palavras-chaves:** COVID-19; Federalismo; Jurisdição constitucional; Direito à saúde; Interseccionalidade.

## Abstract

The article seeks to explore the legal impact of the COVID-19 pandemic on our constitutional system. Starting from the differentiation between a state of exception and a state of constitutional emergency, the issue of facing the pandemic must have an answer within the framework established by the 1988 Constitution. Furthermore, the responses of public authorities have brought to light what federalism we intend to protect and materialize from the division of competences. The answer is an asymmetric and decentralized federalism to face the sanitary difficulties of the coronavirus. Finally, the pandemic enabled a critical rethink in the right to health and how the hegemonic theory of law tradition views it in a colonial perspective.

**Keywords:** COVID-19; Federalism; Judicial review; Right to health; Intersectionality.



## Introdução

A pandemia do COVID-19 tem trazido à tona importantes reflexões e debates acerca do correto exercício do poder político, da função econômica e do Estado e, sobretudo, do funcionamento das instituições, além do próprio âmago da disciplina científica. No limite, a produção do conhecimento sempre soube lidar com momentos de crises e rupturas decorrentes de abalos sistêmicos no próprio saber.

Não é que o coronavírus seja um novo *cisne negro* na humanidade, até mesmo pelo fato de que especialistas já alertavam para a ocorrência de uma pandemia de origem gripal.<sup>1</sup> A questão principal é que em momentos que tais, as práticas, conhecimentos e sabedorias de um determinado “mundo” dominante e hegemônico podem ser repensadas e refletidas em direção a um novo-velho “mundo”.

Embora não possamos prever qual “mundo” nos aguardará após o fim da pandemia, a maneira como lidamos com as crises determinará em grande medida o futuro que pretendemos. Isto é, a própria forma com que enxergamos o problema no presente determinará as ações, práticas e conhecimentos vindouros. Seja por um viés otimista ou pessimista, o mundo não será o mesmo. E a reflexão em meio à própria dinâmica pandêmica é também um exercício histórico que possibilita pensar o passado-presente-futuro.

O âmbito jurídico-político não é diferente em relação aos aspectos filosóficos, sociológicos e econômicos. Aqui, portanto, pretendemos oferecer algumas reflexões iniciais sobre a relação entre pandemia e o exercício do poder jurídico-político em nosso sistema constitucional nos momentos de emergência. Mais do que buscar respostas, oferecemos um cabedal de questões que se entrelaçam e podem ser pensadas para um mundo jurídico-constitucional pós-pandemia.

Assim, portanto, nosso percurso intelectual se dará em fornecer as diretrizes das emergências constitucionais e qual o modelo seguido pelas instituições nacionais, assim como estabelecer uma crítica ao modo com que o modelo decisório da Constituição foi estabelecido e praticado pelos órgãos políticos. A decisão acerca de uma emergência

<sup>1</sup> Por exemplo, o programa PREDICT formado por Dennis Carroll no âmbito do Centro de Controle e Prevenção de Doenças da Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID) lidou durante anos com a transmissão de patógenos de animais para os seres humanos e, naturalmente, previa a qualquer momento a ocorrência de uma pandemia de origem gripal. Entretanto, simbolicamente, tal programa foi desativado no ano de 2019 por orientação de Donald Trump. Entrevista disponível em: <http://nautil.us/issue/83/intelligence/the-man-who-saw-the-pandemic-coming>, acesso em 18 de abril de 2020.



constitucional é um *lócus* que pressupõe uma linha tênue entre democracia e autoritarismo, entre ampliação e restrição das liberdades políticas. Por mais que situações emergenciais dependam de uma resposta jurídica que subentende uma razão de Estado, a plena vigência do direito constitucional e, por conseguinte, de uma jurisdição constitucional democrática, podem ser remédios terapêuticos eficazes contra os motivos que a ensejaram. Por isso, a nossa análise entrelaçará os mecanismos políticos e jurídicos de controle do estado emergencial, assim como uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com especial destaque para a ADI 6363 na qual a jurisdição constitucional defenestrou o texto constitucional com argumentos pragmáticos.

Em segundo plano, buscaremos compreender como a emergência constitucional do direito à saúde suscitou um conflito federativo, cujas respostas para o seu enfrentamento dependem também da compreensão adequada do federalismo em nosso sistema constitucional, assim como da própria organização constitucional da federação. Chamado a solucionar as controvérsias federativas da COVID-19, o Supremo Tribunal Federal ficará responsável por consolidar um modelo de federação simétrica e centrífuga e, portanto, democrática ou, de outro modo, restabelecer uma tradição constitucional-autoritária de uma federação centrípeta e assimétrica.

Por último, o itinerário percorrido irá nos permitir ver quais as consequências no interior do sistema de saúde adotado por nossa Constituição e, ainda, como se agita um falso dilema entre saúde e liberdade, assim como entre saúde e economia, o que nos levará, inclusive, a abordar um enfoque interseccional do direito à saúde e sua devida relação com os demais direitos fundamentais em um suposto contraste e questões sociais, políticas, epistêmicas que rondam a atuação em defesa do sistema de saúde.

O método explorado no presente artigo é uma perspectiva crítico-reflexiva que congrega o pensamento jurídico-social de diversas matizes, movimentos e epistemologias críticas e de coloniais para se pensar o problema aqui ensaiado e, ainda, ofertar uma possível resposta que parte da premissa de uma complexidade, interdisciplinaridade e contextualidade dos problemas enfrentados pela pandemia.

Aqui, portanto, a narrativa histórico-jurídica permitirá desvelar o conteúdo dos problemas enquanto uma epistemologia da hermenêutica-crítica ensaiará as possíveis respostas.



## 1. Estado de emergência e jurisdição constitucional na pandemia do COVID-19

Há muito que os Estados nacionais não se encontravam em um dilema tal que acabasse por levantar questionamentos nas suas próprias estruturas econômicas, sociais, políticas e jurídicas. A pandemia causada por uma nova cepa do vírus corona, denominada COVID-19, e sua respectiva síndrome respiratória aguda grave (SARS-Cov-2), declaradas pela OMS no dia 11 de março de 2020, possibilita pensar nas suas relações e configurações jurídico-políticas e o exercício da liberdade.

Aquele mundo que acreditávamos sólido e pujante se desfez em meio a um elemento natural microscópico. Ironicamente, ao contrário das películas *hollywoodianas* apocalípticas, os dilemas provocados pelo momento pandêmico não nos mostram um lado utópico da coragem e determinação da humanidade, mas desvelam ações de um lado sombriamente real que entrelaça desigualdade política, social, econômica aliada à forma como enxergamos e lidamos com o mundo que nos circunda. Em seu sentido mais amplo, a pandemia coloca em xeque a modernidade, considerando uma reação da natureza enquanto totalidade da vida em virtude de seus múltiplos ataques realizados durante mais de 5 (cinco) séculos “modernos”<sup>2</sup> – temos, de um lado, o legado de uma Modernidade que achou que poderia submeter coisas e pessoas à sua vontade (racional!) aliado paradoxalmente, de outro, a uma nova onda antienterpretativa que nega os efeitos colaterais da superexploração dos recursos naturais e luta contra os esforços e evidências da ciência para minimizar os danos.

No âmbito jurídico, o enfrentamento da pandemia suscitou determinadas respostas dos Estados nacionais consistentes em medidas de emergência constitucionalmente previstas.<sup>3</sup> Neste ponto, é importante distinguir estado de emergência constitucional e estado de exceção. No primeiro, as respostas para as crises e dilemas são fornecidas pela própria ordem jurídica-constitucional e, portanto, o

<sup>2</sup> Em recente texto sobre a pandemia, Enrique Dussel não interpreta o coronavírus somente a partir das mudanças climáticas ou a constantes degradações ambientais, mas a um amplo espelho filosófico que congrega dimensões políticas, econômicas e sociais com a possibilidade de surgimento de uma nova era que ele denomina de Transmodernidade na qual: “[...] partiendo de la experiencia de la necro-cultura de los últimos cinco siglos, debemos ante todo *afirmar la Vida* por sobre el capital, por sobre el colonialismo, por sobre el patriarcalismo y por sobre muchas otras limitaciones que destruyen las condiciones universales de la reproducción de esa vida en la Tierra” DUSSEL, Enrique. Cuando la naturaleza jaquea la orgullosa modernidade. *La Jornada*, 04.04.2020. Disponível em: <https://www.jornada.com.mx/2020/04/04/opinion/008a1pol>, acesso em 11 de abril de 2020.

<sup>3</sup> Para uma ampla e completa análise em diversos países, ver o debate no *Verfassungsblog*: Disponível em: <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>, acesso em 13 de abril de 2020.



enfrentamento pressupõe a plena vigência da Constituição em toda sua plenitude. Embora a denominação, os pressupostos e a própria disciplina possam variar entre as constituições dos países ocidentais, a lógica continua a mesma: a possibilidade de uma disciplina jurídico-política para lidar com eventos que conduzem a uma instabilidade social, econômica, política e jurídica de tal forma a garantir a integridade do projeto constitucional.

Acerca das premissas constitucionais do estado de emergência, Canotilho estabelece:

[...] a) em primeiro lugar, a defesa do Estado e da segurança pública só é compatível com o Estado Constitucional se e na medida em que ela esteja prevista na Constituição e não remetida para o domínio extraconstitucional; (b) a suspensão da Constituição é uma *contradictio in adjectu*, porque ela significa na prática um regime sem Constituição (mesmo limitado a parte do território); (c) a defesa do Estado não exige a suspensão da Constituição, mas sim a de algumas garantias individuais; (d) a constitucionalização do regime de exceção não pressupõe uma normatização constitucional pormenorizada desse regime, podendo a Constituição remeter para a lei os casos de situação excepcional e as formas e medidas a adoptar em tais circunstâncias. Constitucionalização do estado de exceção e remissão para a lei de sua regulamentação são as pedras basílicas da compreensão jurídico-constitucionais do direito de necessidade. O problema está em que a disciplina constitucional é, por vezes, demasiado aberta, permitindo uma complementação legislativa sensivelmente subversiva dos próprios princípios constitucionais.<sup>4</sup>

Em virtude mesmo da própria necessidade de regramento constitucional ou legal dos estados de emergência é que os problemas das necessidades urgentes e perigos iminentes para o Estado precisam ser não só um problema político, mas estar no centro das reflexões de teoria da constituição e de filosofia do direito até mesmo pela inter-relação entre as normas jurídicas e necessidades sociais.

As situações e acontecimentos inesperados são da própria pré-condição do estabelecimento de uma emergência constitucional. Disto decorre que não é possível uma normatização dessas hipóteses, devendo-se manter aberta a disciplina constitucional, como, por exemplo, nos conceitos de “grave e iminente instabilidade institucional” do Estado de Defesa (art. 136 da CF/88) ou “comoção grave de repercussão nacional” prevista para o Estado de Sítio (art. 137, inc. I da CF/88). Contudo,

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 1089-1090.



a impossibilidade de se antever as condições factuais para a deflagração do estado de emergência constitucional não implica que outros fatores não possam ser regulados.

Ernst-Wolfgang Böckenförde lista, por exemplo, que o regramento constitucional da emergência deve estabelecer: a) as pré-condições e a ocorrência do estado de emergência, isto é, a regulação deve prever que apenas as situações extremas e não apenas problemas difíceis de serem resolvidos se torna um estado de emergência constitucional; b) o exercício dos poderes emergenciais cuja própria Constituição estabelecerá um dos órgãos que receberá o mandato; c) os objetivos e as restrições aos poderes emergenciais, cujo foco será sempre o restabelecimento da normalidade de tal modo a impedir a ocorrência de um “novo” normal.<sup>5</sup>

Além do mais, a estrutura do estado de emergência constitucional pressupõe, então, uma distinção juridificada entre estado normalizado e estado de emergência da qual, desta última, decorrem a possibilidade de tomada de medidas, legislativas ou administrativas, que nada mais são do que uma reação das normas jurídicas dentro de um Estado de Direito para a volta ao estado normalizado. Todavia, a regulação constitucional também deve prever uma separação entre a autoridade que declara o estado de emergência da autoridade que se investe no poder para tomar as medidas adequadas, possibilitando a responsabilização e o controle dessas medidas durante e após a deflagração da necessidade emergencial.<sup>6</sup> Isto é, deve-se distinguir entre a autoridade que declara a emergência constitucional e aquela que executa a emergência constitucional. Exemplificando, no âmbito do Estado de Sítio e Defesa Nacional cabe ao Congresso Nacional à declaração da emergência e ao Poder Executivo a tomada de medidas concretas para debelar a situação fática.

Há, portanto, um caráter eminentemente conservador na operação das emergências constitucionais que implica em uma mais-valia da própria normatividade constitucional. Os poderes emergenciais são outorgados à autoridade para que ela lide com questões temporárias e restaure as condições ordinárias de funcionamento constitucional. É exatamente por isso que, como fala John Ferejohn e Pasquale Pasqualino:

---

<sup>5</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Repressed State of Emergency. In: *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Oxford: Oxford University Press, 2017.p.119-120.

<sup>6</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Repressed State of Emergency. In: *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Oxford: Oxford University Press, 2017.p. 125-131.



Emergency powers in modern constitutions are to be employed to deal with temporary situations and are aimed at restoring the conditions to a state in which the ordinary constitutional system of rights and procedures can resume operation. Typically, the holder of emergency powers is not permitted to make law but is restricted to issuing temporary decrees. And of course, the constitution itself is not to be changed in such periods.<sup>7</sup>

O núcleo essencial do estado de emergência dentro de um Estado Constitucional de Direito é a preservação e o adequado funcionamento da separação de poderes, do exercício dos freios e contrapesos e um design institucional tal que se permita o controle democrático e o resguardo da estrutura de direitos fundamentais como forma de conservar a ordem constitucional.

Em decorrência das próprias normas e com o objetivo de preservação da Constituição, a atuação da jurisdição constitucional é imperiosa mesmo (ou justamente?) nos estados de emergência. Aqui, portanto, a atividade judicial não envolverá a gestão da emergência e a própria aprovação da declaração da emergência constitucional, tarefas constitucionalmente atribuídas aos Poderes Executivos e Legislativo, respectivamente. Entretanto, o exercício da jurisdição constitucional tanto poderá envolver os abusos dos poderes emergenciais, inclusive no que toca ao desvio de finalidade nos motivos que a deflagraram, quanto à proteção dos direitos fundamentais em decorrência da própria gestão<sup>8</sup> e, por último, o resguardo do devido processo legislativo-constitucional como forma de legitimidade e condição democrático-institucional da democracia e do exercício dos direitos fundamentais.<sup>9</sup>

Também há que se falar, ainda, da possibilidade de autorização da própria Constituição para regulamentação da emergência constitucional por meio da legislação infraconstitucional, mantendo-se as estruturas de declaração por meio do poder legislativo e controle das medidas tomadas no período de emergência.

Embora tido como sinônimo das emergências constitucionais, o estado de exceção é substancialmente diferente, encontrando suas balizas teórico-conceituais no pensamento de Carl Schmitt. Na obra *Die Diktatur* de 1921, Carl Schmitt busca a origem

<sup>7</sup> FEREJOHN, John, PASQUALINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. Oxford University Press and New York University School of Law 2004, 210 *I.CON*, Volume 2, Number 2, 2004, pp. 210–239. p. 212.

<sup>8</sup> ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, p. 1029-1091. p. 1066- 1074.

<sup>9</sup> CATTINI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 3.ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



do significado jurídico-estatal de ditadura na República romana em que, a pedido do Senado, um magistrado com poderes extraordinários fosse nomeado pelo cônsul com o objetivo de eliminar as ameaças em tempos de perigo. Sua atuação consistia, então, em eliminar os perigos para a República construindo um *imperium* forte. Não estava ligado às leis e tinha um poder ilimitado sobre a vida e a morte.<sup>10</sup> Na República romana, portanto, estariam presentes duas espécies distintas de magistrados: os ordinários que são limitados pela lei e os extraordinários cujos limites são definidos pela própria delegação. Somente este último pode ser considerado ditador. Essa ditadura para o debelamento de uma crise e de perigo para o estado é chamada por Schmitt de “comissária”.

A partir da revolução francesa, Schmitt vai observar o surgimento de uma nova ditadura, diferente daquela da República romana, que não se funda em um *pouvoir constitué*, por delegação, mas pelo *pouvoir constituant* denominada de “ditadura soberana”. A substancial distinção é a de que na ditadura soberana não se suspende uma Constituição valendo-se do direito fundamentado nela mesmo, senão que cria uma situação que faça possível uma Constituição, a Constituição verdadeira.<sup>11</sup>

A partir dessa relação, o estado de exceção em Schmitt toma forma com a teorização sobre o art. 48 da Constituição de Weimar que, em uma estranha disposição, dispunha sobre ditadura comissária, mas permitia implicitamente a ditadura soberana ao Presidente do *Reich*, já que ali estaria a previsão de manter a homogeneidade do Estado.<sup>12</sup> A conceituação do estado de exceção tomará sua forma mais acabada em *Teología Política* de 1922 com a lógica que o liga à soberania.<sup>13</sup>

O estado de exceção consiste em local de absoluta anomia jurídica que expõe uma violência fundadora do direito, violência pura ou divina, capaz de tecer o fio da história para oprimir, humanamente considerada como revolucionária.<sup>14</sup>

Nem é preciso lembrar como o art. 48 da Constituição de Weimar foi utilizado em 1933 para fundar o *Führerprinzip* a partir do incêndio do *Reichstag* e concentrar todo o poder nas mãos para perseguir os “*inimigos*”.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Trad. José Díaz García. Madri: Alianza editorial, 2017. p. 29-30.

<sup>11</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Trad. José Díaz García. Madri: Alianza editorial, 2017.p.149.

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Trad. José Díaz García. Madri: Alianza editorial, 2017.p. 210-214.

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl. *Teología Política*. Trad. Francisco Javier Conde. Madri: Trotta, 2009.

<sup>14</sup> BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. Brasília: Editora Brasiliense, 1984.

<sup>15</sup> CAENEDEM, R.C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.p. 338 e ss. Assim, o que aprendemos com Schmitt e a experiência de Weimar é que na emergência constitucional não é o momento em que aparece a soberania – na ideia de Schmitt de



Em nosso ordenamento constitucional as emergências constitucionais estão disciplinadas nos arts. 136 a 141 da Constituição Federal como uma ordem de graduação em decorrência do Estado de Defesa e de Sítio, conforme a instabilidade seja territorialmente determinada e advinda de grandes proporções da natureza, assim como a ineeficácia do estado de defesa e a agressão estrangeira podem ensejar medidas mais drásticas. Efetivamente, o estado de emergência é autorizado/declarado pelo Congresso Nacional que, inclusive, designará comissão para o acompanhamento, o que ressalta o caráter democrático da emergência constitucional.<sup>16</sup>

Além do mais, há um rol taxativo de garantias que poderão sofrer impacto com a adoção das medidas necessárias ao debelamento da instabilidade social e política (arts. 136, §1º e 139 da CF/88). Obviamente, o impacto em tais garantias individuais não significa que haverá limitação tal que acabará por restringir o núcleo essencial desses direitos fundamentais que permanecem tendo vigência e eficácia, cabendo ao poder judiciário controlar a constitucionalidade, in concreto, das medidas adotadas.

Tão logo declarada, a pandemia em razão do COVID-19 foram necessárias ações céleres dos poderes públicos e, com isso, a discussão acerca da utilização dos mecanismos de emergência constitucional. Como encarar jurídica e democraticamente um desafio de tal monta na saúde pública?

Com efeito, a pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde em razão do coronavírus deve ser categorizada juridicamente de acordo com cada ordenamento

que é na situação de exceção que aparece quem tem o poder. Como dito, ao revés, estados de emergência constitucional devem reafirmar a autoridade da Constituição, ainda que pareça repetitivo dizer, isso é fundamental ser repisado num país como o Brasil. Basta lembrar a decisão que o TRF-4 em procedimento administrativo aberto contra atuação do (então) juiz Sérgio Moro de divulgar áudios entre um réu e a Presidente da República sobre temática que escapava ao objeto da ação; fora de sua competência (porque um dos interlocutores possuía foro de prerrogativa de função) e cujo único objetivo era político. Sobre isso: CATTONI, Marcelo; SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre. Autocracia judicial? O poder judiciário e o risco do estado de exceção. *Empório do Direito*, 27.09.2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/autocracia-judicial-o-poder-judiciario-e-o-risco-do-estado-de-excecao-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>.

<sup>16</sup> Um bom exemplo da diferença entre Estado de Emergência Constitucional e Estado de Exceção pode ser visto na Hungria, onde o Primeiro-Ministro Viktor Orbán, do partido de ultradireita FIDESZ, conseguiu aprofundar a crise na democracia daquele país valendo-se da pandemia para aumentar ainda mais seus poderes, podendo agora governar por decreto sem necessidade de aprovação do Parlamento e por prazo. Sobre o que ocorre na Hungria ver: HABERMAS, Jürgen. A solidariedade é a única cura. *Instituto Humanitas Unisinos*, 13.04.2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597983-a-solidariedade-e-a-unica-cura-entrevista-com-juergen-habermas>; SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *Chicago Law Review*, vol. 85, i. 2, Art. 2, p. 545-583 e CARVALHO, Nathalia B. de. Da distopia à realidade: o avanço do autoritarismo e o necessário reforço da cultura democrática em perspectiva comparada. In: MEYER, Emilio P. Neder (org.). *Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 73-97. Disponível em: <https://www.editorafi.org/55direitoconstitucional>.



jurídico.<sup>17</sup> À ausência de melhor definição jurídica em nosso ordenamento, a pandemia foi tratada juridicamente como uma situação de emergência. A Lei 12.340/2010 prevê as respostas para as situações de desastre e de emergência, reconhecendo que tais respostas decorrerão de estado de emergência ou calamidade provocada por desastres (art. 3º, §1º).

O Decreto 7.257/10 conceitua desastre como “*resultado de eventos adversos, naturais ou provocado pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais*” (art. 2º, inc. II), além de diferenciar entre situação de emergência e estado de calamidade pública, conforme o comprometimento seja parcial ou substancial da capacidade de resposta do poder público (arts. 2º, incs. III e IV).

O Congresso Nacional e o Governo Federal optaram por combater a emergência pandêmica com a decretação do estado de calamidade pública feita por meio do Decreto Legislativo 6/2020. Com ela, o Poder Legislativo outorgou ampla margem econômico-financeira para que o Poder Executivo pudesse enfrentar o coronavírus e o impacto econômico-social dentro e além do sistema de saúde. Além da decretação do estado de calamidade pública, antes mesmo da pandemia e seguindo a orientação dos órgãos internacionais de saúde, o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.979/2020 como ato normativo central para o enfrentamento da emergência sanitária. Dentre os diversos mecanismos para o enfrentamento, a lei prevê isolamento, quarentena, realização compulsória de exames, testes, vacinação e tratamentos específicos, estudo epidemiológico, restrição temporária de rodovias, portos e aeroportos para a saída e entrada de pessoas no país e a locomoção interna.

A edição da Lei 13.979/2020 como ato normativo central para o enfrentamento da pandemia foi promulgado de uma maneira casuística sem o necessário debate parlamentar-democrático. O Poder Executivo condicionou a aprovação da mencionada

<sup>17</sup> A declaração de uma pandemia ocorre a partir das balizas da Regulamentação Sanitária Internacional da Organização Mundial de Saúde. Sendo normativamente considerado como um risco para a saúde de propagação internacional que exige uma resposta coordenada dos Estados-membros. Em breve síntese, o Regulamento acima noticiado prevê que os Estados têm o dever de notificar a ocorrência de eventos extraordinários, mas a própria OMS poderá, de ofício, sem notificação, a partir do conhecimento da situação extraordinária, depois da oitiva de um comitê de especialistas declarar a pandemia emitindo recomendações temporárias que poderão ser adotadas e justificadas pelos Estados-membro (VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil”. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: link para o artigo. acesso em 17 de maio de 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180, p. 7)



lei ao resgate de brasileiros na cidade de Wuhan, epicentro do coronavírus na China, sob a alegação de que não haveria amparo legislativo para a determinação da quarentena dos mesmos após a chegada ao território nacional.

Portanto, é necessário destacar a importância de uma democracia sanitária em que os processos de tomada de decisão em relação a medidas de saúde tenham a efetiva participação dos interessados e com supedâneo científico:

As tensões entre interesses legítimos, mas eventualmente diversos ou até antagônicos, põem em relevo a importância de uma “democracia sanitária” que compreenda a positivação de direitos de participação popular em processos decisórios relacionados à saúde; a organização do Estado para a prática de processos decisórios participativos; além da ampliação dos espaços e processos de argumentação, possibilitando que todas as partes interessadas consigam apresentar seus argumentos e influenciar no processo decisório. Daí decorre que, em Estados democráticos, medidas restritivas de direitos e liberdades fundamentais devam ser reguladas de forma detalhada, a fim de garantir que sejam devidamente motivadas, razoáveis e proporcionais, além de potencialmente eficientes; no campo da saúde, em particular, é imperativo que sejam baseadas em evidências científicas.<sup>18</sup>

Ao mesmo tempo, o Governo Federal insistia em negar/deslegitimar medidas de confinamento social, como falaremos mais à frente. De qualquer forma, mesmo com a negativa da necessidade do *lockdown*, o mesmo Governo Federal passou a legislar em substituição ao Congresso Nacional, editando várias Medidas Provisórias que tiveram como objeto uma série de medidas de exceção que lhe permitiram, por exemplo, fazer compras sem licitação (MP. n. 926/2020), impedir o acesso aos gastos via lei de transparência (MP. n. 928/2020) e, inclusive, a erosão de normas constitucionais protetivas dos direitos dos trabalhadores (MP. n. 927<sup>19</sup> e MP. n. 936/2020).

<sup>18</sup> VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil”. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: [link para o artigo](#). acesso em 17 de maio de 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180. p. 10.

<sup>19</sup> Vale o registro de que a MP. n. 927/2020, publicada na noite do dia 22.03 (um domingo) chegou ao absurdo de permitir a suspensão do contrato de trabalho por até 4 meses sem salário durante a pandemia gerou tanta polêmica que logo nas primeiras horas da segunda-feira o trecho foi “revogado” via *tweet* do Presidente da República – tecnicamente essa parte da MP foi revogada pela MP. n. 928/2020. Dizia o texto revogado: “Art. 18. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o contrato de trabalho poderá ser suspenso, pelo prazo de até quatro meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional não presencial oferecido pelo empregador, diretamente ou por meio de entidades responsáveis pela qualificação, com duração equivalente à suspensão contratual. § 1º A suspensão de que trata o caput: I - não dependerá de acordo ou convenção coletiva; II - poderá ser acordada individualmente com o empregado ou o grupo de empregados; e III - será registrada em carteira de trabalho física ou eletrônica. § 2º O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual nos termos do disposto no caput, com valor definido livremente entre empregado e empregador, via negociação individual. § 3º Durante o



Tais medidas provisórias têm sido contestadas no Supremo Tribunal Federal. A MP. n. 928/20, na parte que restringia o acesso à informação, foi suspensa pelo STF na decisão monocrática proferida na ADI. n. 6.351 pelo Ministro Alexandre de Moraes,<sup>20</sup> ainda pendente de confirmação pelo Plenário.

O STF, através do Ministro Roberto Barroso, mandou suspender a campanha “*O Brasil não pode parar*”, feita por órgão de imprensa da Presidência da República (ADPF. n. 669)<sup>21</sup>.

É importante percebemos que os estados de emergência são, não raras vezes, situações perfeitas para o oportunismo político de líderes autoritários com o objetivo de diminuir o exercício democrático e implantar seu projeto político pessoal.<sup>22</sup>

Para chancelar juridicamente o oportunismo político, o governo federal tenta se valer da jurisdição constitucional. Em primeiro lugar, ajuíza a ADPF. n. 663 com o intuito de que as Medidas Provisórias que estejam submetidas à deliberação e aprovação do Congresso Nacional não tenham o prazo de validade determinado na Constituição e possam ter validade indefinidamente até que o Congresso Nacional retome à normalidade. O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, indeferiu pedido da Presidência da República (ADPF. n. 663) e do Partido Progressista (ADPF. n. 661) que se insurgiam contra normas da Câmara e do Senado para permitir a continuidade do processo legislativo por via remota durante a pandemia. No caso do Presidente, como dito, ainda

período de suspensão contratual para participação em curso ou programa de qualificação profissional, o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador, que não integrarão o contrato de trabalho. § 4º Nas hipóteses de, durante a suspensão do contrato, o curso ou programa de qualificação profissional não ser ministrado ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, a suspensão ficará descharacterizada e sujeitará o empregador: I - ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período; II - às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor; III - às sanções previstas em acordo ou convenção coletiva; § 5º Não haverá concessão de bolsa-qualificação no âmbito da suspensão de contrato de trabalho para qualificação do trabalhador de que trata este artigo e o art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.”

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>.

<sup>21</sup> (...) Defiro a cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que O Brasil Não Pode Parar ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim (...). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>.

<sup>22</sup> Tal aspecto na Hungria, onde o Primeiro-Ministro Viktor Orbán, do partido de ultradireita FIDESZ, conseguiu aprofundar a crise na democracia daquele país valendo-se da pandemia para aumentar ainda mais seus poderes, podendo agora governar por decreto sem necessidade de aprovação do Parlamento e por prazo indeterminado. Sobre o que ocorre na Hungria ver Kim Lane Schepple Autocratic Legalism. *Chicago Law Review*, vol. 85, i. 2, Art. 2, p. 545-583 e CARVALHO, Nathalia B. de. Da distopia à realidade: o avanço do autoritarismo e o necessário reforço da cultura democrática em perspectiva comparada. In: MEYER, Emilio P. Neder (org.). *Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 73-97. Disponível em: <https://www.editorafi.org/55direitoconstitucional>.



se pedia cautelar para que as Medidas Provisórias feitas no período tivessem suspenso o prazo de validade (de até 60 dias – art. 63, §3º – CR/88); é dizer, pretendia-se manter *sine die* a validade de atuação legislativa excepcional do Poder Executivo, algo similar ao que o 1º Ministro da Hungria fez e é amplamente criticado pela comunidade internacional (como supracitado). As Casas do Congresso Nacional se defenderam nas Ações mostrando que criaram procedimentos para garantir, na medida do possível, o funcionamento normal do Parlamento, inclusive com um procedimento para a tramitação das Medidas Provisórias. O Relator, por sua vez, reconstrói o significado da Separação de Poderes e do exercício de funções típicas e atípicas dos mesmos, lembrando ainda que a inspiração das Medidas Provisórias vem do regime parlamentarista italiano no qual o Primeiro Ministro pode sofrer moção de censura caso os “*decreti-legge in casi straordinari di necessità e d’urgenza*” sejam rechaçados pelo Parlamento – já o Presidente, no nosso caso, não possui responsabilidade política pela não aprovação de tais atos, o que reforça ainda mais seu caráter provisório e dependente de aprovação do Congresso para que mantenha a validade, razão pela qual não faz sentido a pretensão presidencial<sup>23</sup>.

Igualmente, o governo federal ajuizou a ADI. n. 6.357 para que o STF conferisse interpretação conforme aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal de tal modo a afastar a aplicação dos referidos artigos que exigem a adequação e a complementação orçamentária. O Ministro Alexandre de Moraes afastou a aplicação dos artigos, atingindo no âmago a própria possibilidade de controle legislativo do orçamento e restringindo direitos que nem mesmo seria constitucionalmente permitido acaso houvesse declaração de estado de sítio e de defesa.<sup>24</sup>

Ainda, o Conselho Federal da OAB se insurgiu – através da ADPF. n. 672 – contra ações/omissões do Governo Federal face à ameaça deste em invalidar/inviabilizar as

<sup>23</sup> “Exatamente pela ausência de responsabilização política na edição de medidas provisórias, a Constituição Federal estabeleceu rigoroso procedimento para sua validade e eficácia, prevendo requisitos formais e materiais para sua edição e aprovação, entre eles a expressa determinação de rejeição tácita da medida provisória não deliberada no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias pelo Congresso Nacional, correspondente a edição por 60 (sessenta) dias e reedição por mais 60 (sessenta dias) da medida caso não analisada. A decadência da medida provisória, pelo decurso do prazo constitucional, opera a desconstituição, com efeitos retroativos, dos atos produzidos durante sua vigência. Assim, caso o Congresso Nacional não a aprecie em tempo hábil, este ato normativo perderá sua eficácia, no que se denomina de rejeição tácita”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF663liminar.pdf>.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio, CATTONI, Marcelo, BACHA E SILVA, Diogo. STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisdicao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>, acesso em 14 de abril de 2020.



medidas face a pandemia tomadas pelos Governos Estaduais e Municipais conforme será tratado abaixo.

Percebe-se que é necessário, mesmo em tempos de crises e emergências, o funcionamento de uma jurisdição constitucional que realize um forte escrutínio no controle de constitucionalidade do design institucional dos poderes e proteja de forma efetiva os direitos fundamentais e sociais como forma de proteção da própria liberdade política.<sup>25</sup> É necessário que a jurisdição constitucional se atente contra eventual abuso sobre a situação de emergência constitucional para a produção de normas autoritárias como um grave perigo para qualquer democracia,<sup>26</sup> *vis-à-vis* a lição de Weimar ou o que hoje ocorre na Hungria.

Infelizmente nem todas as decisões tomadas pelo STF na crise da pandemia respeitaram a Constituição. No caso da MP. n. 936/2020, que permite que empresas possam fazer negociações individuais de redução de salários/jornadas de trabalho – portanto, sem passar pela negociação coletiva junto aos sindicatos –, o STF, ao deliberar sobre a liminar “*ad referendum*” do Relator na ADI. n. 6363 – viola flagrantemente a Constituição ao julgar válida tal medida (podem ser citados os arts. 7º, VI, XIII e XXVI, 8º, III e VI, 1º, III e IV da CR/88). Vale anotar que a liminar monocrática dada pelo Ministro Ricardo Lewandowski já tinha sérios problemas: o Relator começa seu voto reconhecendo que há “*ainda num exame perfunctório da inicial*”, razão ao autor da ação quanto à inconstitucionalidade das previsões da Medida Provisória que permitem a negociação individual, uma vez que os (citados) dispositivos constitucionais mostram que:

Os constituintes, ao elaborá-los, pretenderam proteger os trabalhadores – levando em conta a presunção jurídica de sua hipossuficiência – contra alterações substantivas dos respectivos contratos laborais, sem a assistência dos sindicatos que os representam. (...) [O] afastamento dos sindicatos de negociações, entre empregadores e empregados, com o potencial de causar sensíveis prejuízos a estes últimos, contraria a própria lógica subjacente ao Direito do Trabalho, que parte da premissa da desigualdade estrutural entre os dois polos da relação laboral.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, (22), 107-154.

<sup>26</sup> MEYER, Emilio P. Neder; BUSTAMANTE, Thomas. Authoritarianism Without Emergency Powers: Brazil Under COVID-19. *Verfassungsblog*, 08.04.2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/authoritarianism-without-emergency-powers-brazil-under-covid-19>.

<sup>27</sup> Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/F690FC055CFCE3\\_ADI6363.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/F690FC055CFCE3_ADI6363.pdf).



Para corroborar a “*suspeita de constitucionalidade*”, o Min. cita textos da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) e da ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho) contra a MP, além de documentos da OIT sobre a necessidade do “*diálogo tripartite envolvendo governos, entidades patronais e organizações de trabalhadores constitui ferramenta essencial para o desenvolvimento e implementação de soluções sustentáveis, desde o nível comunitário até o global*”.<sup>28</sup> Assim, a previsão da norma provisória de que os sindicatos serão apenas “*comunicados*” dos acordos viola a Constituição, continua o Ministro.

No entanto, visando preservar a Constituição e a Medida Provisória, o Relator “*cria*” – afirmando que não está fazendo uma decisão manipulativa-aditiva e sim uma “*interpretação conforme a Constituição*”<sup>29</sup> – um procedimento diferente do que consta na norma, de sorte que o acordo pode ser, de fato, feito entre empresa e empregado mas que o sindicato deve ser avisado do mesmo no prazo previsto no art. 617 da CLT, podendo este, então, se manifestar contra ou, em seu silêncio, fica valendo o acordado. Quando a questão foi decidida pelo Plenário o Relator foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. No entanto, foi aberta divergência pelo Ministro Alexandre de Moraes e acompanhada pelos demais (ausente o Ministro Celso de Mello). Segundo o Ministro não está previsto na MP que a validade do acordo fique sob a “*condição resolutiva*” de participação dos sindicatos, mas somente sua comunicação, inclusive porque, uma vez feito o acordo, o Poder Público irá complementar (parte) da perda salarial, o que poderia gerar a situação do trabalhador receber o valor e depois o acordo não ser referendado pelo sindicato.

<sup>28</sup> Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/F690FC055CFCE3\\_ADI6363.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/F690FC055CFCE3_ADI6363.pdf).

<sup>29</sup> O Supremo Tribunal Federal, regra geral, reduz todas as sentenças intermediárias a uma “*interpretação conforme a Constituição*” seja pela atecnicidade da Corte ou, ainda, por um motivo ideológico haja vista que, do ponto de vista da legitimidade das decisões proferidas na jurisdição constitucional, as sentenças manipulativas tendem a ser enfrentadas como uma modificação da vontade do legislador. Sobre a necessidade do Supremo Tribunal Federal traçar maiores diferenças veja: MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Método, 2008. p. 66. As sentenças manipulativas são aquelas em que a Corte Constitucional interferem diretamente na função do legislador na medida em que, não se limitando a declarar a inconstitucionalidade, modifica o conteúdo pretendido originalmente. Uma das principais espécies ao lado da sentença substitutiva, a sentença aditiva, desenvolvida pela Corte Constitucional Italiana, “declara a ilegitimidade constitucional de uma disposição legislativa dada, na parte em que não expressa certo conteúdo, conteúdo este que deveria estar expresso e contido no texto legislativo para que ele fosse conforme a Constituição” (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 565). No caso analisado, o relator declara a ilegitimidade da norma, mas ao mesmo tempo, mantendo sua vigência, adiciona texto que deveria constar na MP que é a exigência de negociação coletiva entre Empresa e Sindicato de empregadores para a redução salarial ou de jornada de trabalho. Nessa medida, embora negue o caráter aditivo, a decisão monocrática reveste-se das características de uma sentença intermediária de efeito aditivo.



A maioria, aparentemente, entende que a Constituição pode ceder em face situações excepcionais. Em determinado ponto o Ministro Alexandre de Moraes diz que “[às] vezes é importante ceder para sobreviver”. Já o Ministro Barroso, que acompanhou a maioria, se vale da retórica de que, como a MP teria sido feita com a contribuição de profissionais (experts) de várias áreas do conhecimento, o STF deve ter “uma posição de deferência para com as decisões que foram tomadas por pessoas que têm expertise nos assuntos” Daí a constitucionalidade da norma passa a depender de uma questão pragmática sobre a (suposta) incapacidade dos sindicatos de darem conta do volume de negociações coletivas que seriam necessárias. Também votando com a maioria, o Ministro Fux disse que os acordos individuais têm a vantagem de “otimizar os relacionamentos” entre empresas e empregados. Com questões pragmáticas similares os demais Ministros que formaram a maioria.<sup>30</sup>

O que se percebe aqui, como em outras oportunidades, é que o STF (ou sua maioria) não comprehende o papel da jurisdição constitucional, como dissemos, como lócus em que direitos fundamentais devem ser colocados, justamente, como trunfos (como uma questão de princípio) contra argumentos metajurídicos (econômicos, de expertises, pragmáticos, etc.), tais como “crise na economia” ou mesmo a própria situação excepcional da pandemia<sup>31</sup>.

## 2. Federalismo, pandemia e direitos fundamentais

A partir do quadro normativo geral de enfrentamento à pandemia, Estados e Municípios editaram atos normativos próprios para o enfrentamento da pandemia visando à execução dessas medidas de enfrentamento ao COVID-19, seguindo a orientação da Organização Mundial da Saúde e suas respectivas Secretarias de Saúde e Comitês específicos para o combate ao coronavírus. Para citar alguns exemplos, o Decreto 64.88, de 22 de março de 2020, do Estado de São Paulo instituiu a quarentena e a restrição de atividades que não fossem enquadradas como essenciais em todo o território; o Decreto

<sup>30</sup> Trechos citados em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/325001/stf-reducao-de-salario-pode-ser-feita-sem-aval-de-sindicatos>.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 132 e 274 e ss.



10.282 do Estado de Minas Gerais, de 20 de março de 2020, define as atividades essenciais; o Decreto 35.677, de 21 de março de 2020, do Estado do Maranhão; etc.

O Governo Federal, com sua incapacidade de enfrentar de forma adequada as demandas econômicas e sociais em decorrência da única e efetiva medida terapêutica, até então, eficaz contra o coronavírus, o isolamento social, passou a contrariar as recomendações regionais e locais dos entes federativos, instaurando um conflito federativo em meio à crise pandêmica.

Dessa forma, alguns encararam que as medidas dos Estados e Municípios estariam restringindo direitos fundamentais, algo que deveria ser reservado à União ou ao governo central e, mesmo assim, desde que houvesse uma declaração formal de estado de sítio ou estado de defesa. O conflito federativo, portanto, não se esgota na compreensão estática das normas constitucionais sobre estado de emergência, vai além determinando uma compreensão adequada do federalismo e federação.

Para enfrentar os dilemas decorrentes da pandemia do COVID-19 é preciso partir da premissa de que o federalismo não se esgota na técnica da repartição de competências. Ou, como alguns denotam, federalismo é diferente de federação. Enquanto na primeira hipótese se trata de uma categoria normativa que têm referência a uma ideia de um governo múltiplo congregando elementos de governo comum e regional, a federação é uma categoria descritiva que se apresenta como uma espécie do gênero sistema político federal em que há governos com dois ou mais sistemas políticos.<sup>32</sup> Além disso, o federalismo significa muito mais do que uma categoria normativa, sendo um conceito de valor que expressa uma heterogeneidade, reciprocidade e mútua confiança.<sup>33</sup> Uma teoria constitucionalmente adequada do federalismo é bem expressa nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho:

constitui uma receita para assegurar a diversidade na unidade, tendo em vista a variedade das necessidades locais, sendo que não se abandona certo controle do poder central; contribui para descongestionar a administração central; possibilita à administração melhor conhecimento dos problemas administrativos de ordem local; a descentralização territorial é sobretudo fruto de fator político, [...] relacionando a organização constitucional com a administrativa.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> LIZIERO, Leonam Baesso da Silva; CARVALHO, Fabrício. Federalismo e centralização no Brasil: contrastes na construção da federação brasileira. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 10, nº 3, pp. 1483-1503.

<sup>33</sup> LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Por um Estado Federal Assimétrico. *Insight Inteligência*. n. 78, pp. 132-152, 2017.

<sup>34</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 117-118.



Em caso de conflitos entre os diversos governos dentro de um Estado que adota o modelo federativo, estes devem ser resolvidos à luz de uma teoria constitucionalmente adequada do federalismo que leva em conta uma hermenêutica constitucional desses valores do federalismo com a organização federativa à luz das repartições das competências. Dentro desta arquitetura de construção jurídico-política complexa, a estruturação do Estado Federal assegura a coexistência de diversas ordens jurídicas caracterizando-se como uma pluralidade de centros decisórios cuja engenharia constitucional deve prover segurança suficiente para religar-se a um único ordenamento jurídico.<sup>35</sup>

Influenciado por essa concepção normativa de federação de Kelsen, Raul Machado Horta adverte que:

Assegurar a coexistência entre esses múltiplos ordenamentos, o da Federação, que é central, e o dos Estados-membros, que são parciais, é a função da Constituição Federal, ao mesmo tempo, como [...] a Constituição da Federação ou União e a Constituição dos Estados-membros.<sup>36</sup>

Por isso, a repartição de competências não esgota a questão de como vai se comportar o federalismo nas situações concretas. A própria Constituição Federal possibilita outras decisões que marcará o trajeto do federalismo brasileiro em sua atuação concreta.<sup>37</sup> A Constituição de 1988 foi influenciada de maneira decisiva pela repartição de competências adotada na Lei Fundamental de Bonn de 1949, superando o modelo de repartição de competências dos poderes enumerados e reservados do federalismo clássico, para a adoção de uma federação cooperativa.<sup>38</sup>

A disciplina da organização das competências na Constituição Federal de 1988 obedeceu a um propósito de descentralização das competências legislativas outorgadas à União por meio da competência concorrente (art. 24 da CF/88) na qual incumbiria à União o estabelecimento de normas gerais (§1º do art. 24) com a competência suplementar ou exclusiva (§§2º e 3º do art. 24) dos Estados, além do alargamento da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios face à formulação de um cooperativismo federalista como forma de alcançar o federalismo de equilíbrio.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

<sup>36</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 274.

<sup>37</sup> HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 22, n.87, p. 5-22, 1985

<sup>38</sup> HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. *Revista do Legislativo da ALMG*, p. 14-25, jan-mar/99. p.17. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.



De qualquer sorte, a concretização na práxis constitucional do federalismo tem uma estreita relação com o regime político e com os direitos e garantias individuais. A técnica de repartição das competências, inclusive com a criação constitucional de um ente político não previsto originariamente na federação clássica, visa a possibilitar que os entes mais próximos do cidadão possam atuar de forma a evitar a lesão aos direitos fundamentais ou garantir a integridade de direitos ligados ao desenvolvimento social.

A relação entre as diversas formas de federação tem uma relação entre o regime político e democrático. Assim, por exemplo, a federação de tipo descentralizada e centralizada ou simétrica e assimétrica sustenta-se na dinâmica jurídico-política do desdobramento prático das normas constitucionais.

Quanto aos direitos fundamentais, uma federação será mais ou menos simétrica ou assimétrica se a proteção dos direitos é conferida a órgãos mais próximos dos indivíduos. Assim, a própria possibilidade de uma política de desenvolvimento a ser executada pelas regiões, a teor dos arts. 43 e 25, §3º da CF/88, constituída por ato da União ou do Estado-membro, assim como o planejamento urbano municipal, nos termos do art. 182 da CF/88, indicam peculiaridades regionais e locais que informam a necessidade do federalismo brasileiro se adequar às reivindicações de grupos sociais que reclamam uma atenção voltada para o atendimento de seus direitos sociais.<sup>39</sup> Neste sentido, a Constituição Federal aponta para uma concretização de federalismo assimétrico.

De outro lado, a centralização ou não dependerá do próprio caráter do regime político. Um poder político autocrático tende a tomar decisões e exercer o poder de tal modo a instituir um federalismo centralizador, transformando a federação em mera fachada.<sup>40</sup> De outro modo, um regime político democrático tenderá a dividir os poderes com os entes territoriais de tal modo a fornecer uma coordenação política.

Assim, as disputas federativas no caso das medidas contra o coronavírus devem estar de acordo com o quadro geral traçado pela Constituição Federal em torno de um federalismo cooperativo e de equilíbrio, possibilitando a concretização através de decisões que respondam e tentem debelar, democraticamente, a emergência suscitada pelo COVID-19. A Lei 13.979/2020 estabeleceu as normas gerais a respeito do combate

<sup>39</sup> BONIZZATO, Luigi; BOLONHA, Carlos; SOUSA JÚNIOR, Manuel Rodrigues. Saúde, educação e pessoas com deficiência: o advento da microcefalia. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 303-329, jul./dez. 2017.

<sup>40</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 213.



ao COVID-19 e, assim, esgotou a competência legislativa da União (art. 24, inc. VII da CF/88), ao traçar as normas gerais de enfrentamento da pandemia. Lado outro, caberá aos Estados-membros e aos Municípios (art. 30, II) legislarem supletivamente em relação aos interesses regionais/locais. Embora possam ampliar o quadro de ações possíveis, o Estado-membro/Município não poderá restringir legislativamente as medidas de combate ao coronavírus.

De outro lado, a questão acerca da proteção dos direitos fundamentais no caso do COVID-19 restará, pela importância constitucional atribuída às questões sanitárias, na competência comum de todos os entes federados. A execução da política de assistência à saúde, individual ou comunitária, depende da atuação cooperada e comum da União, Estados-membros, Distrito Federal e Município (art. 23, inc. II da CF/88). Certamente, a proteção ao direito à saúde demandará dos entes medidas administrativas e normativas para atender aos interesses respectivos, nacionais, regionais e locais. O enfrentamento da pandemia, portanto, envolve todos os entes de acordo com as competências acima traçadas.<sup>41</sup>

Não obstante, uma vez mais se aproveitando do momento, o governo federal, face a sua incapacidade para lidar com as questões econômicas e sociais, pretendeu restringir as competências dos Estados-membros e Municípios no combate ao coronavírus. Houve diversos discursos oficiais em que o Presidente da República realizou críticas públicas às determinações regionais e locais da quarentena e o distanciamento social.

Assim, diante do perigo da centralização federativa, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma ADPF de caráter preventivo.

Foi exatamente por este retrato constitucional que o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática liminar na ADPF. n. 672 do Ministro Alexandre de Moraes, garantiu a validade das medidas restritivas levadas a efeito pelos entes regionais e locais nos moldes do enfrentamento da pandemia, tais como a imposição de

---

<sup>41</sup> Em sentido semelhante ao aqui defendido, ver: MAFFINI, Rafael Da Cás. COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências / COVID-19: a critical analysis of the constitutional division of powers. *Revista Direito e Práxis*, [S.I.], abr. 2020. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702>>. Acesso em: 19 abr. 2020. Ver também: MEDINA, Janaína; MEDINA, José Miguel. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro: bases constitucionais para a solução de conflitos relacionados à pandemia (covid-19, coronavírus) – breves considerações. *Revista dos Tribunais*, vol. 1017, julho 2020.



distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas.<sup>42</sup>

Na fundamentação de sua decisão, o Ministro bem elucida o caráter de preceito fundamental das cláusulas da separação de poderes e do federalismo como aptos a limitar o exercício do poder discricionário:

A fiel observância à Separação de Poderes e ao Federalismo – cláusulas pétreas de nossa Constituição Federal e limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder – é essencial na interpretação da Lei 13.979/20 (Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019), do Decreto Legislativo 6/20 (Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020) e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020 (Regulamentam a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais), sob pena de ameaça a diversos preceitos fundamentais do nosso texto constitucional.

Nesse contexto, é juridicamente possível a utilização do presente mecanismo de Jurisdição Constitucional, pois, caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL com o objetivo de se evitar condutas do poder público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde e o respeito ao federalismo e suas regras de distribuição de competências, consagrados como cláusula pétreas da Constituição Federal.<sup>43</sup>

Atendendo, portanto, à técnica de separação de poderes e admitindo o controle de constitucionalidade de ações e omissões do Presidente da República, o Ministro “[...] *em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente*” defere o pedido de liminar “*para que seja determinado o respeito às determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração*” que se mantêm válidas, inclusive se sobrevier ato federal em sentido contrário.

---

<sup>42</sup> Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>, acesso em 11 de abril de 2020.

<sup>43</sup> STF, ADPF 672/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>, acesso em 14 de abril de 2020.



### 3. Covid-19 e a saúde em uma perspectiva interseccional: o desafio da ampliação conceitual do direito à saúde para o enfrentamento do coronavírus

O Poder Executivo Federal, escondido sob as vestes da incompetência para a formulação de uma política pública de saúde, lançou um dilema que, como veremos, é falso e enganoso entre uma suposta escolha entre a garantia dos empregos e da economia ou da saúde no sentido de abandono da única política atualmente eficaz contra o covid-19 que é isolamento social. Em primeiro lugar, a falsidade já ocorre na própria premissa. Como os dados econômicos já indicavam o que país já enfrentava, no começo do ano, uma alta taxa de desemprego e de indivíduos fora do mercado de trabalho que contava com mais da metade da população em situação de desemprego ou informalidade.<sup>44</sup> Além do mais, no ano de 2019, a economia já se encontrava em um franco processo de desaceleração sem nenhum crescimento.<sup>45</sup>

A falsidade não é só da premissa, mas também na conclusão do suposto dilema e na própria visão constitucional dos direitos fundamentais. Como esse vírus demonstrou de maneira inofismável, a saúde do ser humano depende de sua própria visão sobre o mundo.<sup>46</sup> Não se trata apenas de evitar a propagação de doenças ou de receber tratamento terapêutico adequado. O direito à saúde depende da relação do homem com a natureza e com o próximo, o outro, o diferente em uma relação interdependente e intercomplementar com os demais direitos fundamentais. Não basta apenas evitar disfuncionalidades ou restaurar o funcionamento biológico do próprio corpo.

Uma saúde “moderna”, com a visão egoísta e restrita ao próprio corpo do sistema moderno/colonial/patriarcal/heterossexual, não é capaz de enfrentar os dilemas provocados pela pandemia. Mais do que nunca, o direito à saúde depende de uma ampliação da própria visão epistêmica do direito, da sociedade e do Estado para

<sup>44</sup> Dados do IBGE de fevereiro de 2020, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/02/taxa-de-desemprego-fica-em-112-em-janeiro-diz-ibge.shtml>, acesso em 11 de abril de 2020.

<sup>45</sup> O crescimento de 1,1% do PIB indica que não houve crescimento econômico.

<sup>46</sup> Maristella Svampa elucida importantes causas ocultas na discussão sobre o surgimento do coronavírus. Embora a maioria dos órgãos e líderes políticos falem das possíveis consequências, há uma causa ambiental latente na mudança climática e na forma como o homem lida com a natureza. O futuro dependerá de uma articulação entre justiça ambiental, justiça social e justiça racial (SVAMPA, Maristella. Reflexões para um mundo pós-coronavírus. Disponível em: <https://www.editoraelefante.com.br/reflexoes-para-um-mundo-pos-coronavirus/>, acesso em 14 de abril de 2020).



enxergar os problemas da desigualdade política, social e jurídica e enfrentar o recorte interseccional.<sup>47</sup>

A dogmática jurídico-constitucional sempre enxergou o direito à saúde como uma prestação dada pelo Estado ao indivíduo. Estruturado a partir de uma dimensão subjetiva e colocado sob a égide de um direito social, apenas outorgariam um conteúdo mínimo a ser desenvolvido pela legislação, além de um núcleo essencial que não poderia ser vulnerado.<sup>48</sup> Essa definição jurídica serviu a um propósito técnico-pragmático de conferir justiciabilidade aos direitos sociais e poderem ter ainda que um conteúdo mínimo exigível do poder público.<sup>49</sup>

Contudo, se houve uma conquista no plano prático-jurídico, a dimensão epistêmica ficou empobrecida, já que o conteúdo não abarcaria a ideologia-cultural que emanaria de uma postura técnica.<sup>50</sup> Ademais, o âmbito conceitual restringe a possibilidade de que o Estado possa fornecer não só prestações individuais, mas políticas públicas que exijam disposições multifacetárias como forma de emancipação daqueles que não comungam do mesmo dispositivo de poder.

Vale trazer o que a OMS estabeleceu/reafirmou em 2011 quanto às determinantes sociais de saúde:

[A] maior parte da carga de doenças (...) acontece por conta das condições em que as pessoas nascem, vivem, crescem, trabalham e envelhecem. esse conjunto de condições é chamado “determinantes sociais da saúde”, um termo que resume os determinantes sociais, econômicos, políticos, culturais e ambientais da saúde. Os determinantes mais importantes são aqueles que estratificam a sociedade – os determinantes estruturais –, tal como a distribuição de renda, a discriminação (por exemplo, baseada em gênero, classe, etnia, deficiência ou orientação sexual) e a existência de estruturas políticas ou de governança que reforcem ao invés de reduzir as iniquidades relativas ao poder econômico. Esses mecanismos estruturais que influenciam a posição social ocupada pelos indivíduos são a causa mais profunda das iniquidades em saúde. As discrepâncias atribuíveis a esses mecanismos moldam a saúde dos indivíduos através de determinantes

<sup>47</sup> CRENSHAW, Kimberle. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. The University of Chicago Legal Forum, 1989, p. 139-167.

<sup>48</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 361 e ss.

<sup>49</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra editora, 2006; COURTIS, Victor, ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

<sup>50</sup> HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, Walter, HORKHEIMER, Max, ADORNO, Theodor W., HABERMAS, Jürgen. *Textos escolhidos*. (Col. Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983.



intermediários, como as condições de moradia e psicossociais, fatores comportamentais e biológicos, além do próprio sistema de saúde<sup>51</sup>.

O direito à saúde é, pois, uma questão de raça, classe, gênero e sexo. Embora se possa pensar que o vírus em si mesmo não escolhe os hospedeiros com base na classe, raça, sexo e gênero, a atuação “moderna”<sup>52</sup> e neoliberal do Estado, da sociedade e do direito escolhe aqueles que sofrerão as piores consequências da ausência de políticas públicas amplas para a proteção da saúde. No Brasil, sociedade fundada e estabelecida no racismo que perpetua uma discriminação institucional<sup>53</sup>, não é de espantar que o COVID-19 tenha os efeitos de letalidade e de gravidade em decorrência do coronavírus maiores entre os negros, conforme informa recente dado divulgado pelo Ministério da Saúde.<sup>54</sup> Embora minoritários na infecção pelo vírus, os negros são maioria entre os mortos e hospitalizados. Algo similar ocorre hoje também nos EUA quanto a negros e latinos<sup>55</sup>, demonstrando um aspecto assustador: se em princípio as condições biológicas não são atravessadas pela dimensão ideológica, os efeitos das relações biológicas são também uma faceta de imposição de uma lógica dominante e, portanto, atravessadas por uma dimensão ideológica-cultural.

Na verdade, a atuação no combate à pandemia segue a mesma lógica “moderna” da necropolítica decorrente do sistema moderno/capitalista/patriarcal/colonial/sexual/gênero. O falso dilema<sup>56</sup>, portanto, esconde na verdade as

<sup>51</sup> OMS. Diminuindo Diferenças: a prática das políticas sobre determinantes sociais da saúde. *Conferência Mundial sobre Determinantes Sociais da Saúde*, RJ., 19-21 de out. de 2011, p. 2. Em sentido similar a Resolução n. 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, chamando a atenção para que questões como discriminação, desigualdade, pobreza e violência podem tornar ainda mais grave a pandemia no continente. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

<sup>52</sup> Quando falamos moderna, estamos nos referindo à modernidade no sentido legado por Aníbal Quijano: Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

<sup>53</sup> MOREIRA, Adilson. *Pensando como um negro: ensaio de hermenéutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

<sup>54</sup> Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/coronavirus-e-mais-lethal-entre-negros-no-brasil-apontam-dados-da-saude.shtml>, acesso em 11 de abril de 2020.

<sup>55</sup> Ver: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/04/08/maioria-dos-mortos-por-novo-coronavirus-em-nova-york-sao-latinos.htm> e <https://extra.globo.com/noticias/mundo/negros-com-menos-acesso-saude-sao-maioria-dos-infectados-mortos-nos-eua-rv1-1-24360676.html>.

<sup>56</sup> Não há, pois, um conflito real entre os princípios do direito à vida/saúde de um lado e ordem econômica/liberdade de iniciativa de outro. Ainda que *prima facie* esse dilema possa aparecer, as particularidades do caso mostram que os primeiros representam uma demanda legítima e os segundos, nesse caso, se mostram abusivos. Cf. GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, p. 85-102, 2000. Ver também: PEDRON, Flávio Q. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Rev. Bras. de Est. Const.*, v. 2. n. 6. abr./jun. 2008. p. 109-125.



intenções ideológicas por trás daqueles defensores do abandono do isolamento social em defesa da economia como conservadores que atuam em defesa da desigualdade política, social e a reafirmação de uma necropolítica do neoliberalismo ou aqueles que defendem o direito universal à existência para além dos processos biológicos.<sup>57</sup> Com Mbembe vemos que a “arte” da política tem sido, desde sempre, a de escolher entre quem vive e quem é deixado à própria sorte (ou, efetivamente, é morto) pelo Estado. No caso do coronavírus não é diferente: como já dito, ele não atinge a todos de forma isonômica – ao contrário do que pretendiam romanticamente alguns, ele não nos equalizou. Os discursos de políticos e empresários sobre quem é descartável, sobre que “assim é a vida” ou que “*alguns milhares devem morrer para que se salve a economia*” são justamente, a confirmação da desigualdade reafirmada na pandemia. Como respondeu o autor em entrevista:

P - Outro debate que evoca a necropolítica é a questão sobre qual deveria ser a prioridade política neste momento, salvar a economia ou salvar a população. O governo brasileiro tem acenado pela priorização do resgate da economia.

AM - Essa é a lógica do sacrifício que sempre esteve no coração do neoliberalismo, que deveríamos chamar de necroliberalismo. Esse sistema sempre operou com um aparato de cálculo. A ideia de que alguém vale mais do que os outros. Quem não tem valor pode ser descartado. A questão é o que fazer com aqueles que decidimos não ter valor. Essa pergunta, é claro, sempre afeta as mesmas raças, as mesmas classes sociais e os mesmos gêneros<sup>58</sup>.

A resposta que o Direito precisa dar é a da proteção da vida e da saúde de todos, independentemente de cor, raça, sexualidade, renda, etc. Nem a lógica da economia nem a da política podem *colonizar* o sistema do direito, sob pena de perda de sua autonomia – no sentido dado por Luhmann<sup>59</sup>. Assim é que a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, III – CR/88) não permite que *pessoas sejam usadas como meio*, ainda que *para se obter fins maiores*. Pessoas são fins

<sup>57</sup> MBEMBE, Achilles. *Le droit universel à la respiration*. Disponível em: <https://aoc.media/opinion/2020/04/05/le-droit-universel-a-la-respiration/>, acesso em 11 de abril de 2020.

<sup>58</sup> MBEMBE, Achilles. Pandemia democratizou poder de matar, diz autor da teoria da 'necropolítica'. *Gaúcha ZH*, 31.03.2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2020/03/pandemia-democratizou-poder-de-matar-diz-autor-da-teoria-da-necropolitica-ck8fpqew2000e01ob8utoadx0.html>. Em sentido similar a Resolução n. 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre como diferenças sociais, desemprego, discriminação e violência agravam o problema. Disponível em: <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

<sup>59</sup> SIMIONI, Rafael L.; BAHIA, Alexandre. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequência*, n 59, dezembro 2009, p. 61-88. Disponível em: <http://migre.me/vOuDA>.



em si mesmas e o Estado de Direito deve possuir mecanismos para que os direitos à vida e à saúde sejam usados como *trunfos* contra questões de política.

Disputas políticas por poder/vaidade de “*quem tem a caneta*” em mãos não podem dispor sobre a vida/saúde de todos. A ciência, tão desprezada no Brasil desde sempre, mas mais ainda nos últimos tempos, tem mostrado que o isolamento é, por hora, a única forma de minimizar o contágio e evitar o colapso do sistema público de saúde – aliás, por falar em SUS, além das várias lições que precisamos (re) aprender com a atual pandemia, outra é a da importância da um sistema público de saúde de qualidade como *conditio sine qua non* para qualquer país soberano. De outro lado, se algo de bom é possível ver da atual situação, é a afirmação de independência e centralidade do Congresso Nacional de um lado, e dos governos regionais e locais, de outro, que nos levam a pensar se, finalmente, poderemos ver superado o superpresidencialismo e uma federação centrífuga e assimétrica.

Ou levamos a sério o direito à saúde, ampliando e alargando seu conceito para abranger a dimensão ideológica, ou veremos o vírus exterminar os pobres, negros, índios, população em situação de rua, LGBTQ+ perpetuação uma dominação cultural branca, europeia, heterosexual, católica e dos mais abastados.

## Conclusões

Embora atinja diretamente o mundo jurídico e político, a pandemia não é um momento em que possamos descartar conquistas civilizatórias mínimas. O enfrentamento democrático da pandemia exige da sociedade como um todo, em especial dos poderes públicos, um reforço adicional na proteção que a Constituição confere a certos direitos, a adstrição a certos limites institucionais impostos como garantia de liberdades políticas, assim como possibilita pensar de modo enfático como a tradição jurídica hegemônica ideologicamente domina e mantém a desigualdade em relação ao próximo, o outro, o diferente.

A jurisdição constitucional em tempos de emergência constitucional deve realizar um escrutínio forte em relação aos atos dos poderes públicos, evitando a normalização de perdas efetivas na proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sociais, econômico e culturais conquistado à duras penas ao longo do



tempo. Se, pois, vidas são perdidas em prol dessas conquistas civilizatórias, então é exatamente em tais momentos, que nos colocam à prova como levamos a sério a Constituição, que devemos homenagear todos aqueles que lutaram anos a fio contra uma ditadura, que foram violentados, sacrificados em prol de um futuro melhor.

Ademais, como sabemos, a pandemia irá passar, mas o que restará de nós? Restará o aprendizado, restará à solidariedade, restará o respeito à diferença, ao outro como ser que nos constitui, se afinal quisermos sair fortalecidos.

### Referências bibliográficas

- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional brasileiro*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, p. 1029-1091. p. 1066- 1074.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 361 e ss.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 117-118.
- BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. Brasília: Editora Brasiliense, 1984.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Repressed State of Emergency. In: *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- BONIZZATO, Luigi, BOLONHA, Carlos, SOUSA JÚNIOR, Manuel Rodrigues. Saúde, educação e pessoas com deficiência: o advento da microcefalia. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 303-329, jul./dez. 2017.
- CAENEDEM, R.C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.



CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Nathalia B. de. Da distopia à realidade: o avanço do autoritarismo e o necessário reforço da cultura democrática em perspectiva comparada. In: MEYER, Emilio P. Neder (org.). *Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 73-97. Disponível em: <https://www.editorafi.org/55direitoconstitucional>.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 3.ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016

CATTONI, Marcelo; SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre. Autocracia judicial? O poder judiciário e o risco do estado de exceção. *Empório do Direito*, 27.09.2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/autocracia-judicial-o-poder-judiciario-e-o-risco-do-estado-de-excecao-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>.

DUSSEL, Enrique. Cuando la naturaleza jaquea la orgullosa modernidad. *La Jornada*, 04.04.2020. Disponível em: <https://www.jornada.com.mx/2020/04/04/opinion/008a1pol>, acesso em 11 de abril de 2020.

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

HABERMAS, Jürgen. A solidariedade é a única cura. *Instituto Humanitas Unisinos*, 13.04.2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597983-a-solidariedade-e-a-unica-cura-entrevista-com-juergen-habermas>;

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, Walter, HORKHEIMER, Max, ADORNO, Theodor W., HABERMAS, Jürgen. *Textos escolhidos*. (Col. Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. *Revista do Legislativo da ALMG*, p. 14-25, jan-mar/99.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 274.



HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 22, n.87, p. 5-22, 1985.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Por um Estado Federal Assimétrico. *Insight Inteligência*. n. 78, pp. 132-152, 2017.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva; CARVALHO, Fabrício. Federalismo e centralização no Brasil: contrastes na construção da federação brasileira. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 10, nº 3, pp. 1483-1503.

MAFFINI, Rafael Da Cás. COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências / COVID-19: a critical analysis of the constitutional division of powers. *Revista Direito e Práxis*, [S.I.], abr. 2020. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MEDINA, Janaína; MEDINA, José Miguel. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro: bases constitucionais para a solução de conflitos relacionados à pandemia (covid-19, coronavírus) – breves considerações. *Revista dos Tribunais*, vol. 1017, julho 2020.

MEYER, Emilio P. Neder (org.). *Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 73-97. Disponível em: <https://www.editorafi.org/55direitoconstitucional>.

MEYER, Emilio P. Neder; BUSTAMANTE, Thomas. Authoritarianism Without Emergency Powers: Brazil Under COVID-19. *Verfassungsblog*, 08.04.2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/authoritarianism-without-emergency-powers-brazil-under-covid-19>.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

MOREIRA, Adilson. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, (22), 107-154.



NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra editora, 2006; COURTIS, Victor, ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

QUÍJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *Chicago Law Review*, vol. 85, i. 2, Art. 2, p. 545-583.

SCHMITT, Carl. La dictadura. Trad. José Díaz García. Madri: Alianza editorial, 2017.

SCHMITT, Carl. Teología Política. Trad. Francisco Javier Conde. Madri: Trotta, 2009.

STRECK, Lenio, CATTONI, Marcelo, BACHA E SILVA, Diogo. STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisdicao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>, acesso em 14 de abril de 2020.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. "A emergência do novo coronavírus e a "lei de quarentena" no Brasil". *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: link para o artigo. acesso em 17 de maio de 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180.

### **Sobre os autores**

#### **Diogo Bacha e Silva**

Estágio de pós-doutorado na UFMG, Doutor em Direito pela UFRJ, Mestre em Direito Constitucional pela FDSM, Professor Universitário do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9748-0714>. E-mail: diogobacha@ig.com.br

#### **Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes Bahia**

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto e do IBMEC-BH. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>. E-mail: alexandre@ufop.edu.br

**Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.**

