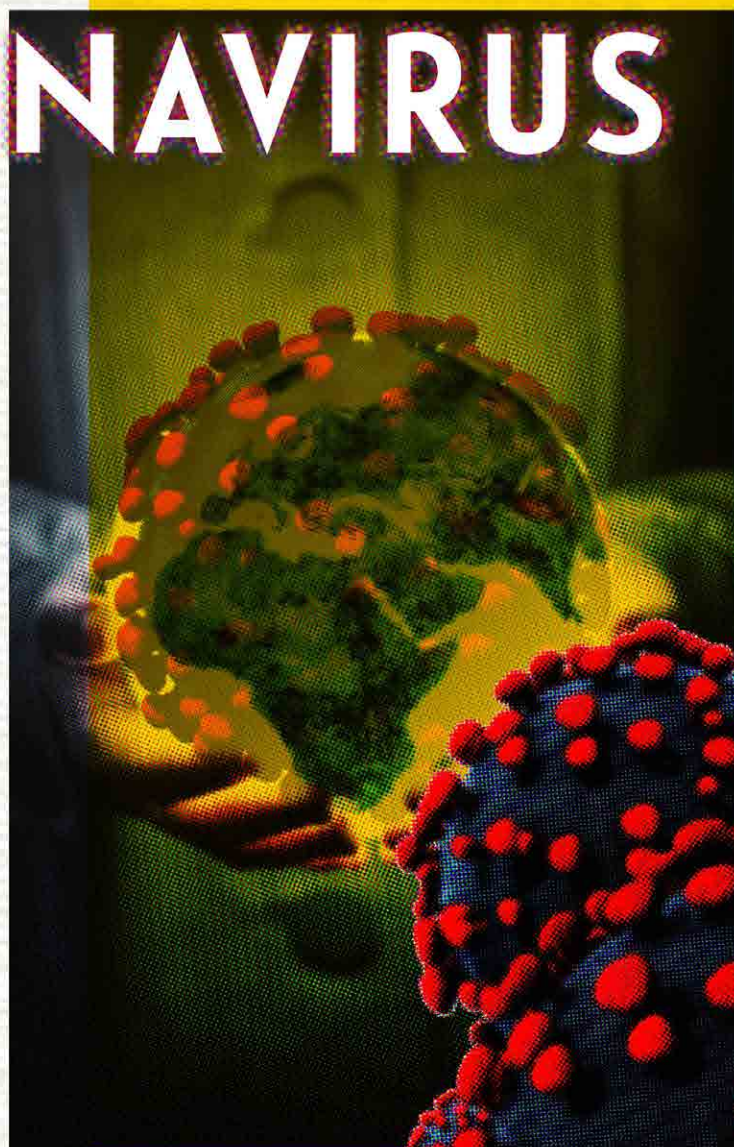


Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de **CORONAVIRUS**

AUTORES:

Adriano Sant'Ana Pedra
Ailton Schramm de Rocha
André Luiz Batista Neves
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
Christianne Moreira Moraes Gurgel
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Gabriel Dias Marques da Cruz
Jaime Barreiros Neto
Joseane Suzart Lopes da Silva
Julio Cesar de Sá da Rocha
Marcos Sampaio
Marcus Borel Silva Moreira
Maurício Requião
Miguel Calmon Dantas
Ricardo Maurício Freire Soares
Romeu da Cunha Gomes
Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda
Saulo José Casali Bahia
Valdir Ferreira de Oliveira Junior



EDITORA
IASP

APRESENTAÇÃO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO:

Saulo José Casali Bahia

Saulo José Casali Bahia
COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO

Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus

1ª Edição

AUTORES:

Adriano Sant'Ana Pedra, Ailton Schramm de Rocha, André Luiz Batista Neves,
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Christianne Moreira Moraes Gurgel,
Fábio Periandro de Almeida Hirsch, Gabriel Dias Marques da Cruz,
Jaime Barreiros Neto, Joseane Suzart Lopes da Silva,
Julio Cesar de Sá da Rocha, Marcos Sampaio, Marcus Borel Silva Moreira,
Maurício Requião, Miguel Calmon Dantas, Ricardo Maurício Freire Soares,
Romeu da Cunha Gomes, Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda,
Saulo José Casali Bahia e Valdir Ferreira de Oliveira Junior.

APRESENTAÇÃO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins



**EDITORA
IASP**

São Paulo - SP

Editora IASP

2020

ISBN 978-65-87082-00-4

DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVIRUS

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e diagramação: Girafo Consultoria

Livro Digital

Dados para catalogação

BAHIA, Saulo José Casali (Org.)

Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / organização de Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora Iasp, 2020. 297p.

ISBN: 978-65-87082-00-4

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais.
3. Coronavírus. I. Autores. II. Título

CDDoris341.27
Cutter B151d

Karina Borsari
CRB-8/4951

Uma publicação do Instituto de Direito Constitucional da Bahia, em associação com o Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

REALIZAÇÃO:

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA



Academia de Letras Jurídicas da Bahia

APOIO:



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**

Sumário

Apresentação

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS _____ 7

Prefácio

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA _____ 10

Participam Desta Obra _____ 13

Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas

ADRIANO SANT'ANA PEDRA _____ 17

A Proibição de Retrocesso como Princípio Constitucional: Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais em Contexto de Emergência Global

AILTON SCHRAMM DE ROCHA _____ 30

A Recusa ao Exame Diagnóstico da COVID-19

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES _____ 42

Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS _____ 51

Medidas Trabalhistas e COVID-19: A Negociação Coletiva de Trabalho Como Garantia dos Direitos Fundamentais

CHRISTIANNE MOREIRA MORAES GURGEL _____ 63

O Dever Fundamental de Fraternidade e a Pandemia

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH _____ 82

Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia

GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ _____ 105

Os Impactos do COVID-19 nas Eleições 2020 e a Proposta de Unificação do Calendário Eleitoral

JAIME BARREIROS NETO _____ 121

A Pandemia COVID-19 e a Resolução Normativa n.º 878/20 editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): a Proteção dos Consumidores como Direito Fundamental e Pilar da Ordem Econômica em Face da Livre Iniciativa	
JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA _____	135
COVID-19, Sopa de Wuhan e a Contribuição dos Modos de Ver da Ancestralidade e Seu Direito	
JULIO CESAR DE SÁ DA ROCHA _____	155
O Constitucionalismo Digital e a COVID-19	
MARCOS SAMPAIO _____	162
Impactos da Pandemia Sobre Agentes Econômicos Brasileiros e o Direito Fundamental ao Desenvolvimento na Recuperação de Empresas em Crise	
MARCUS BOREL SILVA MOREIRA _____	177
COVID-19 e Proteção de Dados Pessoais: o antes, o agora e o depois	
MAURÍCIO REQUIÃO _____	200
Constituição Minoritária e COVID-19	
MIGUEL CALMON DANTAS _____	208
A Constituição em Tempos de Crises e a Pandemia da COVID-19	
ROMEU DA CUNHA GOMES _____	233
Direitos Trabalhistas em Tempos de Pandemia: O Fato do Príncipe e a Força Maior	
ROSANGELA RODRIGUES DIAS DE LACERDA _____	243
Pandemia, Relações Privadas e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: O Caso dos Condomínios Edilícios	
SAULO JOSÉ CASALI BAHIA _____	251
O Estado Constitucional Solidarista e a Pandemia de COVID-19: Breves Lineamentos	
VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR e RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES _____	266

Apresentação

União.

Essa é a palavra chave para que vencamos o mais rápido possível essa pandemia sem precedentes.

Nesse sentido, quatro Instituições baianas das ciências jurídicas (Instituto dos Advogados da Bahia, Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Instituto de Direito Constitucional da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA) se reuniram para cumprir com sua principal atribuição regimental e sentido de suas existências: produzir conhecimento científico em benefício da coletividade.

De fato, desde a sua fundação, em 15 de junho de 1897, a história do Instituto dos Advogados da Bahia - IAB está ligada com a difusão da cultura jurídica no Brasil, a construção de um projeto de sociedade brasileira, e, principalmente, a preservação do Estado Democrático de Direito, incentivando, diuturnamente, a publicação de artigos de seus associados. Seguindo essas mesmas premissas, nasceram o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, em 1953; a Academia de Letras Jurídicas da Bahia, em 7 dezembro de 1983, e o Instituto de Direito Constitucional da Bahia, fundado em 24 de fevereiro de 2014, reunindo professores de Direito Constitucional de várias Instituições de ensino do Estado.

É com grande honra que apresento o primeiro livro de uma série, que será divulgado virtual e gratuitamente, sobre Direitos e Deveres fundamentais em tempos de coronavírus, resultado de artigos elaborados para palestras que vêm sendo proferidas em seminários semanais virtuais.

Com efeito, imbuídos pelo mesmo propósito, desde que o Senado

Federal reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020, professores de várias Instituições de Ensino Jurídico não só do Estado da Bahia, mas também de outras unidades da Federação, capitaneados pelo IDCB, IAB, ALJBA e PPGDUFBA, vêm promovendo discussões diárias virtuais sobre decisões judiciais, artigos científicos, matérias jornalísticas que envolvem as transformações diárias que estão ocorrendo nas diversas áreas do direito, em decorrência da crise pandêmica do COVID-19.

Visando garantir a publicidade destas relevantes discussões travadas em reuniões virtuais, houve a convergência de interesses das três Instituições em realizar, o mais rapidamente, Seminários Virtuais com a publicações dos artigos das palestras apresentadas. Para a grata surpresa dos organizadores, desde a sua primeira edição, ocorrida em 01 de abril de 2020, tendo como moderador o Professor Doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, os eventos virtuais vêm contando com a participação de centenas de espectadores com todas as inscrições disponíveis encerradas.

Entretanto, essa publicação virtual não seria possível se, desde o início dos trabalhos desenvolvidos nos Seminários, não houvesse o imprescindível apoio do Instituto dos Advogados de São Paulo, nas pessoas do seu atual Presidente, o célebre Professor Doutor Renato de Mello Jorge Silveira e o grande líder da advocacia brasileira e ex-Presidente do IASP, o Professor José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, disponibilizando os serviços da conceituada Editora do Instituto dos Advogados de São Paulo, cujas publicações são utilizadas como referências pelos Tribunais em todo o país.

As ciências jurídicas estarão presentes para enfileirar esforços ao lado das ciências médicas, na defesa de argumentos racionais que viabilizem a

segurança jurídica das Instituições. Devemos levar a sério as orientações dos órgãos competentes da área de saúde que estabelecem o prazo e a forma das estratégias necessárias, adequadas e proporcionais que podem inclusive, implicar medidas restritivas de direitos.

Devemos estudar mais. Devemos nos esforçar mais. Devemos publicar mais. Devemos estimular nossos professores e alunos a delinear mais pesquisas e teses jurídicas para minimizar esse período de tantas incertezas, mas com a certeza que sairemos dessa pandemia mais humanos.

Oxalá, os artigos pontuais e informativos aqui apresentados por membros do IAB, ALJBA, IDCB e PPGDUFBA auxiliem os diversos atores da administração da justiça, nas mais diversas áreas (Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Empresarial, Direito Administrativo, Direito Civil, entre outras), para que ultrapassemos com densidade jurídica e fundamentos socialmente aceitáveis, os entraves e obstáculos que estão sendo apresentados diariamente nestes tempos de coronavírus.

Boa leitura!

Salvador, Bahia, aos 8 de abril de 2020

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS

Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil

Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia - IAB

Presidente do Instituto de Direito Constitucional da Bahia – IDCB

Prefácio

O I Seminário Virtual **DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVIRUS** foi realizado em 1o de abril de 2020, poucas semanas após a Organização Mundial de Saúde - OMS haver declarado situação de pandemia, em 11/03/2020, e o Brasil haver ingressado em estado de emergência de saúde pública, referido na Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com o início de medidas forçadas de isolamento social.

O Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia e o Instituto de Direito Constitucional da Bahia, com o apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, perceberam a necessidade premente de proporcionar um ambiente de debates e reflexões jurídicas sobre a pandemia, na medida em que diversas relações intergovernamentais, entre o Poder Público e particulares, e mesmo entre particulares, passaram a ser intensamente afetadas pelas medidas adotadas.

Daí a realização do I Seminário, bem como do II Seminário (em 8 de abril de 2020, que se seguiu em razão do sucesso de participação do primeiro, com centenas de participantes interagindo na plataforma eletrônica escolhida), e que reuniu juristas integrantes das quatro instituições envolvidas, além de alguns convidados. Para que os registros das discussões e o esforço intelectual desenvolvido não se perdesse, decidimos organizar o presente volume, que representa contribuições escritas da maioria dos participantes. Certamente um novo volume será editado, já que o III Seminário já está agendado, e algumas novas contribuições estão sendo finalizadas.

Esta obra reúne dezoito ensaios, sobre diversos aspectos vinculados à pandemia relacionada ao COVID-19, nas mais variadas áreas do direito. Foram textos escritos com a urgência que o momento requer, por vezes

mais objetivos ou curtos em relação a textos presentes em coletâneas mais tradicionais. Mas a emergência de saúde pública o requeria, e assim o fizemos, e espero que possa esta circunstância ser desculpada pelo leitor mais exigente.

Os ensaios perpassam por temas constitucionais, como **os limites ao poder constituinte derivado** (*Reformas constitucionais em tempos de pandemia: sobre a observância das limitações circunstanciais implícitas*), **o direito a prestações** (*A proibição de retrocesso como princípio constitucional: interpretação dos direitos fundamentais sociais em contexto de emergência global; Constituição minoritária e COVID-19; O estado constitucional solidarista e a pandemia de COVID-19: breves lineamentos*), **as restrições a direitos fundamentais** (*A recusa ao exame diagnóstico da COVID-19; Dever geral de recolhimento domiciliar em tempos de coronavírus; O dever fundamental de fraternidade e a pandemia; Calamidade pública, estado de defesa e estado de sítio: características, distinções e limites em tempos de pandemia; COVID-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois; COVID-19, Sopa de Wuhan e a contribuição dos modos de ver da ancestralidade e seu direito; A Constituição em tempos de crises e a pandemia da COVID-19*), **o impacto das medidas de isolamento social nas eleições de 2020** (*Os impactos do COVID-19 nas eleições 2020 e a proposta de unificação do calendário eleitoral*), **e os efeitos em relações contratuais cíveis e trabalhistas** (*A pandemia COVID-19 e a Resolução Normativa n.º 878/20 editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): a proteção dos consumidores como direito fundamental e pilar da Ordem Econômica em face da livre iniciativa; Medidas trabalhistas e COVID-19: a negociação coletiva de trabalho como garantia dos direitos fundamentais; O constitucionalismo digital e a COVID-19; Impactos da pandemia sobre agentes econômicos brasileiros e o direito fundamental ao desenvolvimento na recuperação de empresas em crise; Direitos trabalhistas em tempos de pandemia: o fato do príncipe e a força maior; Pandemia, relações privadas e eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o caso dos condomínios edilícios*).

Agradecemos a todos os autores que participaram deste volume, conscientes da importância de alimentar os debates sobre as implicações e efeitos jurídicos da pandemia: Adriano Sant’Ana Pedra; Ailton Schramm de Rocha; André Luiz Batista Neves; Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins; Christianne Moreira Moraes Gurgel; Fábio Periandro de Almeida Hirsch; Gabriel Dias Marques da Cruz; Jaime Barreiros Neto; Joseane Suzart Lopes da Silva; Julio Cesar de Sá da Rocha; Marcos Sampaio; Marcus Borel Silva Moreira; Maurício Requião; Miguel Calmon Dantas; Romeu da Cunha Gomes; Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda; Saulo José Casali Bahia; Valdir Ferreira de Oliveira Junior e Ricardo Maurício Freire Soares.

Agradecemos ao Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB e do Instituto de Direito Constitucional da Bahia – IDCB, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, e ao Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Rodolfo Pamplona Filho. Ambos, inclusive, funcionaram como moderadores nos I e II Seminários Virtuais DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVIRUS.

Com a sensação de dever cumprido por ora, oferecemos os textos adiante.

Boa leitura!

Salvador, Bahia, aos 8 de abril de 2020

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA (ORGANIZADOR)

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

Participam Desta Obra:

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

Doutor em Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV); Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Procurador Federal (Advocacia-Geral da União); Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL) e da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC). E-mail: adrianopedra@fdv.br.

AILTON SCHRAMM DE ROCHA

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Jorge Amado.

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES

Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDUFBA). Professor Assistente de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da FDUFBA. Procurador da República.

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS

Advogado. Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da UFBA e da UEFS. Autor do Livro *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. E-mail: carlosratis@behrmannratis.com.

CHRISTIANNE MOREIRA MORAES GURGEL

Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direitos Sociais da OAB-Ba. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Católica do Salvador. Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados da Bahia. Diretora Cultural da Associação Baiana dos Advogados Trabalhistas e do Instituto dos Advogados da Bahia.

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Membro do IDCB – Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Advogado e Árbitro. Email: academico@fabioperiandro.adv.br.

GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ

Mestre e Doutor em Direito do Estado – USP. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade. E-mail: gabriel_dmc@yahoo.com.br.

JAIME BARREIROS NETO

Doutor em Ciências Sociais e Mestre em Direito (UFBA), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Analista Judiciário do TRE-BA. Membro associado da ABRADep e do Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Titular da Cadeira nº. 06 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA

Promotora de Justiça (MPBA). Professora (FDUFBA).

JÚLIO CESAR DE SÁ DA ROCHA

Professor e Diretor da Faculdade de Direito da UFBA. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). Pós-doutorado em Antropologia pela Universidade Federal da Bahia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA (PPGD/UFBA). Coordenador do Grupo de Pesquisa Historicidade do Estado, Direito e Direitos Humanos (GPHEDDH). E-mail: julior@ufba.br.

MARCOS SAMPAIO

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Procurador do Estado da Bahia e Advogado. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

MARCUS BOREL SILVA MOREIRA

Bacharel em Direito e mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado. Pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Unyahna. Email: marcusborel@gmail.com

MAURÍCIO REQUIÃO

Doutor em Direito. Professor de Direito Civil da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Líder do grupo de pesquisa “Autonomia e Direito Civil contemporâneo”. Advogado.

MIGUEL CALMON DANTAS

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, ocupante da cadeira nº 35. Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular da Universidade Salvador (Unifacs). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas (*stricto sensu*). Professor Adjunto de Ciência Política e de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Procurador do Estado da Bahia e Advogado.

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Pesquisador vinculado ao CNPQ. Membro da Academia de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia e do Instituto de Direito constitucional da Bahia.

ROMEU DA CUNHA GOMES

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana.

ROSANGELA RODRIGUES DIAS DE LACERDA

Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Professora Adjunta da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP.

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Doutor em Direito (PUC-SP, 1999). Professor Associado de Direito Internacional Público na Universidade Federal da Bahia. Juiz Federal (Seção Judiciária da Bahia). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania (PPGD/UFBA). E-mail: saulo.bahia@trf1.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7398414546353246>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3768-3664> .

VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR

Doutor e Mestre em Direito Público pela UFBA. Professor Convidado nas Pós-graduações da UFBA, LFG, Juspodivm, FAINOR, UESB e UNIME. Professor de Direito Constitucional da FAINOR – Vitória da Conquista. Sócio-membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas

ADRIANO SANT'ANA PEDRA ^[1]

Sumário: 1. Considerações iniciais sobre o cenário de pandemia e a necessidade de reformas; 2. As limitações circunstanciais; 3. Atos que não podem ser realizados; 4. Limites circunstanciais explícitos; 5. Limites circunstanciais implícitos; 6. Amplitude dos conteúdos protegidos; 7. Utilidade das limitações circunstanciais; 8. Conclusões; 9. Referências.

1. Considerações iniciais sobre o cenário de pandemia e a necessidade de reformas

Desde que a Organização Mundial de Saúde - OMS declarou situação de pandemia, em 11/03/2020, a rápida expansão da crise sanitária, econômica e social fez com que inúmeras questões jurídicas precisassem ser (re)pensadas no Brasil. Entre elas, destacam-se aquelas questões que envolvem a realização de reformas na Constituição.

À guisa de exemplo, a ideia de separar o orçamento e os gastos realizados para o combate à pandemia do orçamento geral da União ensejou a proposta de emenda constitucional - PEC nº 10/2020 (chamada de PEC do “orçamento de guerra”) ^[2]. Segundo o seu texto, a União

1. Doutor em Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV); Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Procurador Federal (Advocacia-Geral da União); Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL) e da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC); e-mail: adrianopedra@fdv.br.

2. A PEC do “orçamento de guerra” foi aprovada em dois turnos de votação na Câmara dos Deputados no mesmo dia, em desacordo com a intenção do constituinte originário. Infelizmente isso não é novidade no Brasil. O mesmo aconteceu, por exemplo, na aprovação da PEC do teto dos gastos públicos, que instituiu o “novo regime fiscal” pela Emenda Constitucional nº 95. Veja-se a respeito: PEDRA, Adriano Sant’Ana. *O futuro dos gastos*. A Gazeta, 27 dez. 2016, p. 15.

adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender as necessidades decorrentes da pandemia pública de importância internacional, durante a vigência de calamidade pública nacional, naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular.

Não obstante, a pandemia impôs que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal deliberassem em plenário virtual (Sistema de Deliberação Remota - SDR) e também impediu que os cidadãos frequentassem aquelas Casas de representantes. Vale mencionar que até o presidente do Senado ficou em isolamento por ter contraído o novo vírus. Além disso, as medidas sanitárias restringem a liberdade de reunião porquanto impedem aglomerações de pessoas. Deve ser mencionado que a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, estabelece que para enfrentamento da emergência de saúde pública podem ser adotadas, entre outras, medidas de isolamento, quarentena, restrição de entrada e saída do país, de locomoção interestadual e intermunicipal, e requisição de bens e serviços.

Essas medidas sanitárias restritivas de locomoção e reunião de pessoas podem levar inclusive, a depender da evolução do quadro de contágio no Brasil, ao adiamento das eleições municipais previstas no texto constitucional para ocorrer em outubro (artigo 29, II) de 2020; o que também depende de uma emenda constitucional.

Além disso, a Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, suspendeu prazos de respostas a pedidos de acesso a informação, em inobservância aos princípios da publicidade e da transparência da Administração Pública. Nessa toada, através do Decreto Legislativo nº 6, de 20/03/2020, o Congresso Nacional reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, para fins específicos.

Embora o Estado brasileiro não tenha se utilizado até então de medidas como o estado de emergência em Portugal (Decreto presidencial

nº 14-A, de 18/03/2020) ou o estado de alarme na Espanha (Decreto real nº 463, de 14/03/2020), merece ser levado em consideração que as restrições adotadas no Brasil para reduzir o risco de contágio geram uma situação de anormalidade social e política. Neste contexto, este breve estudo busca analisar se a ocorrência de uma pandemia pode constituir uma limitação circunstancial implícita ao poder reformador bem como as decorrências desta conclusão.

2. As limitações circunstanciais

As limitações circunstanciais são obstáculos para emendar a Constituição enquanto durarem certas circunstâncias excepcionais que comprometem a legitimidade do processo de alteração no texto constitucional. Tais limites objetivam colocar a Constituição a salvo de modificações contaminadas por um ambiente de perturbação na liberdade e na independência dos órgãos responsáveis pela reforma constitucional, pois em tais circunstâncias os membros do órgão reformador presumidamente estarão sob coação ou sob forte emoção.

A ideia é impedir que ocorram mudanças na Constituição em um momento em que os cidadãos ou os seus representantes não tenham liberdade para decidir, diante de fatos de grande potencial de instabilidade social. O constituinte preocupou-se em evitar que houvesse reforma constitucional nessas circunstâncias, haja vista que a produção constitucional exige serenidade, estabilidade e equilíbrio, que se ausentam em ocasiões dessa natureza^[3].

Por isso são vedadas alterações na Constituição nesses “momentos de séria excepcionalidade política”^[4], ou seja, em “situações anormais durante

3. PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição Viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 54.

4. BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 99.

as quais o poder de reforma constitucional não pode ser validamente exercido”^[1].

Pretende-se, assim, que qualquer alteração no texto da Constituição ocorra em um ambiente de plena normalidade constitucional e democrática. Somente em uma situação de tal estabilidade é possível ser aferida a vontade popular que irá direcionar as mudanças que serão realizadas. Por isso, as Constituições comumente estabelecem vedações para que ocorram modificações nelas próprias em momentos de sínopes constitucionais.

3. Atos que não podem ser realizados

Há certa discussão sobre o alcance dessas limitações circunstanciais, ou seja, sobre quais atos (proposição, discussão, votação nas comissões e no plenário, promulgação, etc.) – até mesmo todos – estariam vedados de serem praticados pelo órgão reformador da Constituição durante essas circunstâncias impeditivas.

O artigo 169 da Constituição espanhola de 1978 determina que não se poderá iniciar a reforma constitucional em tempo de guerra ou de vigência dos estados de alarme, de exceção e de sítio. Nestes termos, Pedro de Vega anota que se trata de um limite à iniciativa, e não ao procedimento em si^[2]. De fato, desse modo não haveria casuísmo com a alteração do texto da Constituição, pois a proposta de emenda constitucional apresentada antes do início da situação de anormalidade teria normal prosseguimento. Ademais, tal dispositivo impede que um estado de exceção tenha início com o objetivo de barrar a tramitação de uma proposta de emenda constitucional perante o órgão reformador.

1. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.

2. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1999, p. 160.

De outro modo, a Constituição francesa de 1958 proíbe qualquer procedimento de revisão enquanto houver um ataque contra a integridade do território francês (artigo 89). Tal limitação teve como motivação a ocupação de grande parte da França, inclusive Paris, pelo exército do *III Reich* durante a Segunda Guerra Mundial, quando o Parlamento, reunido em Vichy, resolveu nomear o marechal Pétain como novo chefe de governo, com poderes extraordinários para modificar a Constituição ou até mesmo preparar outra.

A proibição de realização de qualquer ato de reforma constitucional está expressamente prevista nas Constituições de Cabo Verde (artigo 287), Portugal (artigo 289), São Tomé e Príncipe (artigo 155) e Timor-Leste (artigo 157). Sobre o texto constitucional português, escrevem Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A fórmula constitucional – “não pode ser praticado *nenhum* ato de revisão” – e a própria *ratio* deste preceito indicam que o estado de sítio e o estado de emergência implicam a suspensão de todo o processo de revisão constitucional, não podendo este ser iniciado (*v.g.*, mediante a apresentação de projetos de revisão), nem continuado (*v.g.*, discussão dos projetos), nem concluído (*v.g.*, votação da lei de revisão), enquanto aqueles se mantiverem; duvidosa é a questão dos atos posteriores à aprovação da lei de revisão (promulgação e publicação). A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência tem, assim, por efeito suspender o exercício do próprio poder de revisão, o qual volta a ser automaticamente retomado após o termo daquelas situações^[3].

A Constituição de Guiné-Bissau especifica que nenhuma proposta de emenda constitucional pode ser apresentada, debatida ou votada (artigo 131). A Constituição de Moçambique estabelece que a alteração do texto constitucional não pode ser aprovada (artigo 294). A Constituição

3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, v. II, p. 1020.

da Bélgica prevê que a reforma constitucional não pode ter início nem prosseguimento (artigo 196).

A Constituição brasileira estabelece que o texto constitucional não pode ser emendado nas circunstâncias previstas no artigo 60, § 1º, mas não individualiza acerca dos atos de reforma (proposição, discussão, votação, promulgação, etc.). Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior escrevem que “não pode haver trâmite de emenda constitucional, justamente diante da necessidade de tranquilidade social”^[4].

Nesse sentido também escreve Ingo Wolfgang Sarlet:

Entendemos que a melhor alternativa é a que veda a realização de qualquer ato que envolva, desde a iniciativa, o processo legislativo reformador, salvo quando já iniciado, hipótese na qual a tramitação da emenda deverá ser imediatamente suspensa, aguardando-se o final do período de exceção^[5].

De fato, uma situação de anormalidade constitucional macula os atos praticados durante a sua ocorrência, o que impõe que os limites circunstanciais impeçam a realização de qualquer ato na tramitação da proposta de emenda constitucional. Não faz sentido a realização de atos de discussão e votação em momentos de pouca ou nenhuma serenidade para, ao final, aguardar a promulgação quando a normalidade retornar.

4. Limites circunstanciais explícitos

A Constituição brasileira de 1988 estabelece que seu texto não pode ser emendado na vigência de *intervenção federal*, de *estado de defesa* ou de

4. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

5. SARLET, Ingo Wolfgang. Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133-134.

estado de sítio (artigo 60, § 1º, CF). Nestas situações são executadas medidas necessárias para a preservação da própria ordem constitucional.

A *intervenção federal* é uma medida drástica e excepcional que decorre da própria lógica da estrutura federativa e constitui uma restrição ao princípio da autonomia dos Estados-membros ao interferir no próprio equilíbrio federativo^[6]. A regra geral é de não intervenção, e a União só poderá intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal na hipótese de ocorrência das situações estabelecidas na Constituição Federal (artigo 34), sem margem para alargamento. Vale ressaltar que não constitui limitação circunstancial ao poder reformador a intervenção realizada pelos Estados em seus municípios e pela União naqueles municípios localizados em Territórios Federais (artigo 35, CF).

O *estado de defesa* e o *estado de sítio* constituem um estado de legalidade extraordinária, e são decretados quando a suspensão do exercício de determinados direitos fundamentais é necessária à defesa da própria ordem democrática. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito estabelece categorias de defesa da própria Constituição, a fim de evitar situações anormais inimigas do regime democrático. Pode parecer contraditório, mas não é: as restrições de direitos fundamentais em um estado de exceção constitucional objetivam defender as instituições democráticas. A defesa política do texto constitucional justifica determinadas medidas. Por isso é possível, no Brasil, a suspensão coletiva de direitos fundamentais no estado de defesa e no estado de sítio (artigos 136 a 141, CF), e, frise-se, somente nestes casos. Como se nota, nessa situação de exceção haverá “um ambiente em que a livre circulação das ideias é restringida, senão impedida”^[7].

6. Vale dizer que a primeira intervenção federal ocorrida na vigência da Constituição Federal de 1988 ocorreu mediante o Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, quando foi decretada intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de “pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública”, que ficou limitada à área de segurança pública.

7. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 136.

Além do Brasil, as limitações circunstanciais estão previstas nas Constituições de muitos outros países. “A maioria das Constituições atualmente vigentes reputa inconstitucionais as alterações constitucionais introduzidas em períodos de anormalidade institucional”^[8]. Com efeito, as limitações circunstanciais são fixadas de acordo com o contexto histórico de cada país^[9].

As circunstâncias geralmente previstas como limitadoras da reforma constitucional são: *estado de sítio* (Angola: art. 237; Cabo Verde: art. 287; Espanha: arts. 116 e 169; Guiné Bissau: art. 131; Moçambique: art. 294; Portugal: art. 289; Romênia: art. 152; São Tomé e Príncipe: art. 155; Timor Leste: art. 157); *estado de emergência* (Angola: art. 237; Cabo Verde: art. 287; Georgia: art. 77; Guiné Bissau: art. 131; Lituânia: art. 147; Moçambique: art. 294; Moldávia: art. 142; Montenegro: art. 156; Portugal: art. 289; Romênia: art. 152; São Tomé e Príncipe: art. 155; Sérvia: art. 204; Timor Leste: art. 157; Ucrânia: art. 157); *estado de alarme* (Espanha: arts. 116 e 169); *estado de exceção* (Espanha: arts. 116 e 169); *guerra* (Angola: art. 237; Bélgica: art. 196; Cabo Verde: art. 287; Espanha: art. 169; Moldávia: art. 142; Montenegro: art. 156; Romênia: art. 152; Sérvia: art. 204); *regência* (Bélgica: art. 196; Luxemburgo: art. 115); *lei marcial* (Georgia: art. 77; Lituânia: art. 147; Moldávia: art. 142; Ucrânia: art. 157); *perigo à integridade do território* (França: art. 89); e *outras medidas extraordinárias* (Albânia: art. 177). Vale dizer que, embora os nomes se repitam, não há necessariamente coincidência de natureza, requisitos e efeitos dessas circunstâncias nos diversos países.

8. KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61.

9. AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 2000, p. 168.

5. Limites circunstanciais implícitos

Um ponto que merece discussão é a possibilidade de haver limitações circunstanciais implícitas, porquanto o legislador constituinte não seria capaz de prever todas as hipóteses de crises que coloquem em risco a própria subsistência da Constituição, nas quais, portanto, deve ser neutralizado o procedimento reformador.

Como exemplo, pode-se questionar se o Congresso Nacional brasileiro pode aprovar uma emenda constitucional com um processo de *impeachment* em curso, haja vista não estar presente a estabilidade constitucional necessária para tanto^[10]. Em verdade, a instauração de um processo de crime de responsabilidade – *impeachment* – com o afastamento do Presidente da República de suas funções (artigo 86, CF) é mais grave que uma intervenção federal, pois esta (intervenção do poder central da União em um Estado-membro) é mais pontual que aquela (intervenção dos Estados-membros, através do Senado Federal, no poder central). A instabilidade democrática causada pela instauração e duração de um processo de crime de responsabilidade impõe a irreformabilidade da Constituição, porquanto, sem a serenidade e o equilíbrio necessários para tanto, não há um ambiente adequado para se promoverem alterações normativas tão relevantes.

Também no que concerne ao direito constitucional brasileiro, o que dizer de uma guerra ou uma agressão armada estrangeira? Embora sejam hipóteses que podem ensejar o estado de sítio (artigo 137, II), esta decretação não necessariamente pode ocorrer. Ainda assim haverá uma situação de grave perturbação da ordem apta a impedir uma reforma constitucional.

10. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reforma temerária. *Zero Hora*, Porto Alegre, 21 e 22 mai. 2017.

6. Amplitude dos conteúdos protegidos

Em geral, as limitações circunstanciais não se prestam a proteger conteúdos específicos, mas buscam proteger toda a Constituição de determinadas arbitrariedades que poderiam ser cometidas nesses períodos, porquanto não haveria consenso e estabilidade na sociedade e não se poderia garantir um normal desenvolvimento democrático^[11]. É o que ocorre com a Constituição brasileira.

Não obstante, há Constituições em que os limites circunstanciais impedem a reforma apenas em um ponto particular^[12]. A Constituição de Luxemburgo (artigo 115), por exemplo, impede mudanças no texto constitucional em períodos de regência no que concerne às prerrogativas constitucionais do Grão-Duque assim como à ordem de sucessão. A Constituição da Bélgica (artigo 197), de forma similar, impede mudanças no texto concernentes aos poderes constitucionais do Rei também durante o período de regência.

7. Utilidade das limitações circunstanciais

Sem embargo, Pedro de Vega compreende a limitação circunstancial como uma “cláusula tão improcedente quanto inútil”^[13]. Explica o autor que, embora tal limite tenha o objetivo de garantir a autonomia e a independência de qualquer operação de reforma diante das anomalias previsíveis em situações de exceção, não se sabe ao certo o que – nem diante de quem – se quer assegurar. Pois, como a reforma constitucional tramita no Parlamento, assim como a aprovação das circunstâncias impeditivas

11. MURÚA, Ignacio Colombo. *Límites a las reformas constitucionales*. Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 32.

12. RICCI, Sergio M. Diaz. *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 647.

13. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1999, p. 161-162.

(estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal, no Brasil), se o Parlamento decide aprovar a circunstância excepcional não decidirá acerca da reforma, e também o inverso.

8. Conclusões

A situação excepcional vivenciada durante o período de pandemia no Brasil permite concluir que se trata de uma circunstância apta a limitar a atuação do poder reformador, porquanto a restrição à liberdade de reunião imposta pelas medidas sanitárias, a dificuldade da livre circulação de pessoas e de ideias para atingir o consenso, e até mesmo as restrições ao funcionamento das Casas de representantes^[14], tornam o ambiente inadequado para a discussão e aprovação de emendas à Constituição.

Mesmo quem entende que as limitações circunstanciais precisam estar explicitadas no texto constitucional, considerará que seria prudente que o Parlamento adotasse uma postura de autocontenção independentemente da declaração formal da existência de uma circunstância impeditiva.

No mesmo sentido está o raciocínio de Ingo Wolfgang Sarlet:

É de no mínimo considerar que em casos de aguda crise político-institucional, marcada por expressiva instabilidade e desprestígio das instituições e crise de confiança nos atores estatais, somada por vezes a uma crise econômica e pressão de atores econômicos poderosos, emendas constitucionais de maior expressão, notadamente que impliquem reformas que afetam setores inteiros da população, impacto sobre direitos fundamentais ou mesmo ajustes importantes no desenho estrutural e organizatório do Estado, não devem ser objeto de deliberação pelo Congresso^[15].

14. Vale mencionar que a Constituição da Bélgica veda a reforma constitucional quando as Câmaras se acharem impedidas de se reunirem livremente no território federal (artigo 196).

15. SARLET, Ingo Wolfgang. Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133-134.

Dessa forma, e sem esquecer que a própria situação excepcional em si pode exigir a adoção de alterações no texto constitucional – inclusive se fosse o caso de uma limitação circunstancial explícita –, como no caso de adiamento do processo eleitoral, mormente em se tratando de uma Constituição analítica como a brasileira, conclui-se que o órgão reformador deve se restringir à elaboração de normas constitucionais transitórias necessárias para atravessar o período de anormalidade. A atuação do órgão reformador deve ser a mais comedida possível, especialmente quanto a deliberar sobre normas materialmente constitucionais. Não se deve jamais agir com oportunismo e pautar propostas de emendas constitucionais que não teriam chances de serem aprovadas em tempos de normalidade por não representarem a vontade do povo.

9. Referências

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, v. II.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MURÚA, Ignacio Colombo. *Límites a las reformas constitucionales*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição Viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *O futuro dos gastos*. A Gazeta, 27 dez. 2016, p. 15.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reforma temerária. *Zero Hora*, Porto Alegre, 21 e 22 mai. 2016, p. 30.
- RICCI, Sergio M. Diaz. *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1999.

A Proibição de Retrocesso como Princípio Constitucional: Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais em Contexto de Emergência Global

AILTON SCHRAMM DE ROCHA ^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos sociais e proibição de retrocesso; 3. Progressividade dos direitos sociais na constituição brasileira; 4. Proibição de retrocesso no presente contexto de emergência global; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

A proibição de retrocesso preconiza um avançar incessante na concretização dos direitos fundamentais. É cláusula contemplada implicitamente na Constituição de 1988 que orienta para que constantes esforços sejam empreendidos na luta pela afirmação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, cuja carência no que se refere a sua assertividade é tão notória, sobretudo em razão de uma enorme desigualdade social e econômica. No contexto atual de grande emergência global, em razão dos transtornos causados pela pandemia do coronavírus, as atenções voltam-se evidentemente ao enfrentamento de terrível doença que pode dizimar a população brasileira e mundial em poucos meses. Trata-se de situação que só reforça e atualiza a importância da constante concreção dos direitos fundamentais, para que a coletividade

1. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Jorge Amado.

possa inclusive se preparar com maior dignidade para o cenário de graves mazelas que certamente acontecerão.

Neste breve texto, pretende-se discutir a importância do princípio da proibição de retrocesso especialmente no tocante aos direitos sociais e algumas interferências na interpretação desse princípio no contexto da grave crise de saúde pública que o Brasil e o mundo hoje enfrentam.

2. Direitos sociais e proibição de retrocesso

Existe uma associação quase imediata, embora não exclusiva ^[2], entre o princípio da proibição de retrocesso e os direitos sociais, ou, como são preferencialmente denominados no direito internacional, os direitos econômicos, culturais e sociais. Os direitos econômicos referem-se à produção e à distribuição de riqueza e, portanto, ligados às relações de trabalho. Os direitos sociais se preocupam em estabelecer um padrão de vida digno à população, com acesso aos serviços básicos como saúde, educação e moradia (MEYER-PFLUG E LISBOA, 2013, p. 29). Já os direitos culturais estão ligados a um ideal de consciência de identidade individual e coletiva, inserção presente no mundo, reconhecimento da história e valorização das manifestações simbólicas da humanidade.

A intervenção dos direitos sociais nas relações humanas se baseia na convicção de que resolve uma necessidade do indivíduo que impede o seu desenvolvimento como pessoa e a livre eleição de planos de vida de quem quer que se encontre nessa situação. (PECES-BARBA, 1999, p. 28)

Böckenförde (2000, p. 129) afirma que o Estado social se caracteriza por uma “intervenção apropriadora sobre o produto social” da qual

2. Inclusive porque não há diferença de substância entre os chamados direitos civis e os direitos sociais. Nesse sentido, ABRAMOVICH e COURTIS, 2004, p. 23; NOVAIS, 2010, p. 43.

decorrem prestações econômicas públicas com o fim de redistribuição. Trata-se de uma visão da realidade constitucional alemã, cuja promoção do Estado social se dá em sede de normas infraconstitucionais. Na realidade brasileira, o direito social é intensamente constitucionalizado.

José Afonso da Silva (2009, p. 287) chega a afirmar que os direitos sociais valem como “pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

O princípio da vedação ao retrocesso se origina com a crise do Welfare State, na segunda metade do século XX. Na lição de Boaventura Sousa Santos (1997):

A crise do Estado-Providência assenta basicamente na crise do regime de acumulação consolidado no pós-guerra, o ‘regime fordista’, como é hoje conhecido. Este regime de acumulação caracteriza-se por uma organização taylorista da produção (total separação entre concepção e execução no processo de trabalho) acoplada à integração maciça dos trabalhadores na sociedade de consumo através de uma certa indexação dos aumentos de salários aos ganhos de produtividade.

Explica o autor que a crise do regime fordista consistiu numa crise econômico-política, porque como estava centrada no estado nacional, sofreu com a globalização da economia, além de uma crise político-cultural, como uma revolta da subjetividade e criatividade individual ante à tendência burocrática e repressiva do Estado-social.

De fato, a complexidade da vida atual põe obstáculos à preservação do Estado Social. Robert Alexy observa que “a extensão do exercício

dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que parece haver pouco a ser distribuído.” (2008, p. 513). O cenário de escassez ainda maior de recursos eleva a demanda por prestações sociais.

Conforme destaca Sarlet (1999), existe uma demanda cada vez maior por prestações sociais e paradoxalmente um decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade. Nesse contexto, a perspectiva de se proteger a sociedade ante as dificuldades que a vida impõe a todos fica evidente e didaticamente exposta quando se depara com as agruras que o país atravessa hoje, em razão da escassez de serviços essenciais de saúde e restrição da mobilidade social. É reconhecido o fracasso mundial em relação à prevenção da pandemia que hoje o mundo enfrenta.

A proibição de retrocesso determina que políticas públicas em prol da promoção de direitos como a saúde, educação e moradia não retrocedam. Quando se preconiza a proibição de retrocesso é porque pressupõe a carência desses direitos na realidade. Exatamente por isso está muito associado aos direitos sociais.

Como explica Manoel Jorge e Silva Neto:

Convictamente, se o dado de realização social já foi obtido mediante a ponência no sistema do direito positivo de norma mais favorável a grupo social caracterizado por notória e histórica vulnerabilidade, torna-se evidente a impossibilidade de a conquista social normativamente consolidada “andar para trás” – como se poderia coloquialmente afirmar.

Os direitos sociais atuam no acesso a bens da vida que são escassos. A escassez impõe um custo e esse custo implica redistribuição de renda em alguma medida. Amaral (2010, p. 172) observa:

A escassez pode se dar não apenas quanto a recursos financeiros, mas também quanto a recursos não financeiros. Falta de especialistas, falta de equipamentos etc. Conquanto no médio-prazo isto seja uma questão resolvida com recursos, no curto prazo, não resolvem.

Para um Estado de Direito que pretenda fazer frente à complexa rede de relações na vida atual, a alocação de recursos públicos deve ser precedida de estratégias que consigam acompanhar a complexidade da distribuição social de recursos.

A progressividade não é elemento intrínseco ao direito social, mas circunstâncias externas de ordem social, econômica, política e cultural que condicionam e limitam a sua concretização.

3. Progressividade dos direitos sociais na constituição brasileira

Historicamente é oportuno lembrar que a proteção dos direitos sociais foi constitucionalizada no Brasil a partir do ano de 1934. A Carta Constitucional à época foi fortemente influenciada pela Constituição alemã de Weimar de 1919. Embora de curta vigência, a referida Carta refletia em seu texto a preocupação com um Estado social. “A Constituição de 1934 teve uma longevidade ideológica maior do que prática. Ela só ficou em vigor por três anos. Mas seus valores serão resgatados nas Constituições de 1946 e 1988” (MENDES, 2019).

A Constituição de 1988 incorporou em seu conteúdo extenso rol de direitos sociais, como a saúde, educação, moradia, lazer, alimentação, trabalho, previdência e assistência social, proteção à maternidade, à infância, juventude e velhice.

Exatamente em razão da extensa previsão dos direitos sociais na Constituição, a proibição de retrocesso ganha projeção especial.

Assim é que a proibição de retrocesso ganha ainda maior relevância no tocante à aplicabilidade dos direitos sociais. Com a Carta Constitucional de 1988, a proibição de retrocesso é princípio interpretativo dos direitos sociais e no Brasil é alçado à qualidade de norma fundamental. Mas o seu significado ainda está longe de encontrar conceito uniforme na doutrina e jurisprudência. Existe controvérsia sobre o alcance das normas que protegem os direitos sociais contemplados constitucionalmente, embora prevaleça a orientação de que configuram direitos fundamentais e dotados de aplicabilidade imediata. (SARLET, 2009, p. 280)

A Constituição de 1988 garante o mínimo existencial, bem como estabelece uma teia de proteção social com o intuito de enfrentar o quadro de elevada desigualdade econômica e social.

O princípio da proibição de retrocesso se aplica às políticas de redução da desigualdade social e combate à extrema pobreza, na medida em que não se pode cogitar em progressividade dos direitos sociais num ambiente em que esses fenômenos sociais, indicativos de profundo desarranjo social, estejam avançando.

Em sentido amplo, proibição de retrocesso significa não admitir regressão na concretização de direitos. Em sentido mais restrito, quer dizer a não supressão de direitos que foram garantidos pela Constituição.

Como princípio de interpretação da Constituição, a proibição de retrocesso tem uma posição essencialmente negativa, na medida em que normalmente impõe ao Estado um não fazer normativo. O Estado não deve legislar para suprimir direitos fundamentais conquistados.

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. (DERBLI, 2007, p. 202)

É a conclusão também externada pelo Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello (2014):

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo incorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

A progressividade dos direitos sociais não deixa de ser o reconhecimento de sua frágil coercitividade. Ao mesmo tempo deve significar um movimento para modificação da realidade mas orienta para um lugar diferente, de uma construção paulatina e mediata dos direitos sociais, naquilo que HESSE (1991, p. 24) define como uma ponte entre ser e dever ser, mas sem admitir retrocesso do que já se conquistou.

A importância da progressividade dos direitos sociais deve ser pensada não para tempos de crescimento econômico, mas para momentos de crise.

A proibição do retrocesso impede que se desproteja o núcleo essencial dos direitos. Desse modo são evidentemente inconstitucionais mudanças

na lei que suprimam direitos fundamentais e isso acontece quando há restrição de direitos sem mecanismos compensatórios. (CANOTILHO, 2000, p. 339)

Com razão Marcos Sampaio de Souza (2011), quando afasta a possibilidade de retrocesso no que já foi implementado de direito social:

Exatamente em razão da sua fundamentalidade material, da existência de objetivos sociais inscritos no artigo 3º da Constituição Brasileira, a impulsionar um desenvolvimento da cidadania, bem como os diversos dispositivos em que a proteção da confiança e a proteção das posições jurídicas de direito público se apresentam.

4. Proibição de retrocesso no presente contexto de emergência global

A crise que o Brasil e o mundo hoje enfrentam, pelo que dizem os especialistas e líderes mundiais, só tem paralelo com a da Segunda Guerra Mundial. É o que defende, por exemplo, a primeira ministra alemã Angela Merkel, que salienta a exigência de uma ação conjunta e solidária para se enfrentar esse enorme desafio^[3]. E Estados que se encontrem mais bem preparados para atender a prestações de saúde certamente enfrentarão a crise com dificuldades, menores, porém, do que aquelas soberanias que deixaram em segundo plano a preocupação com o Estado Social.

O que está acontecendo agora é uma demonstração cabal de como o suporte de garantias sociais é importante. Evidencia como é fundamental ter uma rede de proteção social à disposição do indivíduo para que possa enfrentar as dificuldades que se apresentam.

3. Em discurso televisionado da primeira ministra alemã, esta assim se pronunciou: "The situation is serious. Take it seriously. Since German unification, no, since the Second World War, there has been no challenge to our nation that has demanded such a degree of common and united action." (2020)

Em razão da epidemia do coronavírus, as prestações sociais na área de saúde e assistência social ganham no momento maior urgência.

No contexto do direito à saúde, a proteção deve ser ampla e irrestrita. Se por um lado o fechamento de fronteiras e a restrição de medidas de mobilidade social são hoje medidas indispensáveis e urgentes para conter o avanço da epidemia, é preciso atentar para a importância da universalidade de cobertura e de atendimento, tal como determina a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 194, I.

É sabido que no terreno do acesso à saúde, a proteção por mais efetiva que seja não é completa^[4], mas extensos esforços hão de ser promovidos no sentido de se garantir um universo de atenção à população.

Olhar atento ainda não pode ser esquecido em relação aos grupos sociais mais expostos, pessoas idosas ou que tenham comorbidades, que são mais suscetíveis de desenvolver quadro mais severo, precisam por isso de proteção de toda a comunidade e do Estado.

Também no campo da assistência social, é fundamental a iniciativa do Estado em promover renda mínima para as camadas desfavorecidas, sem prejuízo de outras medidas que possam atenuar o impacto negativo da desmobilização social ora vivenciada.

Mas o maior desafio de aplicação do princípio da proibição de retrocesso poderá surgir num segundo momento, quando os esforços para a reconstrução de tudo o que foi paralisado ou prejudicado pelos efeitos sociais e econômicos da pandemia possam fazer ressurgir com ainda mais vigor o espírito em torno da relativização dos direitos sociais a partir da escusa de que se deve priorizar a retomada de crescimento econômico.

4. Como adverte Diane Roman, em termos de direito sanitário e de acesso aos serviços de saúde em geral, deve ser um fato verificável, mensurável, embora suscetível de gradações, uma vez que jamais é total. (2010, p. 185)

É certo que o direito fundamental, e portanto o direito social, pode ser restringido em face de outro direito fundamental, dada a sua característica relatividade, mas nunca suprimido. E mesmo a ponderação restritiva deve ser episódica e guiada pelo senso de excepcionalidade. José Joaquim Gomes Canotilho destaca que

o recorte de um 'núcleo essencial' de direitos, liberdades e garantias perfilava-se como o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas desses direitos. Hoje, parece-se reconhecer-se que a determinação da essência de um direito não é tarefa fácil, sobretudo quando ela se coloca perante os juízos de balanceamento de bens de direitos em caso de conflito. (2010, p. 26/27)

De fato, a relativização excessiva da proteção social é perigosa e pode expor a coletividade ainda mais a riscos. O que se vivencia hoje é a evidência de que nem todos os riscos sociais são previsíveis e tampouco contam com o planejamento de sua mitigação.

5. Conclusão

Como ensina Bobbio, os direitos fundamentais não surgiram todos de uma só vez e nem de uma vez por todas (1992, p. 7). Foram frutos de lutas históricas e conquistas sociais. A proibição de retrocesso é princípio essencial na formação de uma constituição efetiva, que faça valer todo o seu conteúdo como norma jurídica a ser cumprida.

Se o contexto atual exige atenção com prioridades e proteção social em face da grave crise que se apresenta, não se pode desviar a atenção da importante e permanente necessidade de proteção de toda a conquista civilizatória que os direitos fundamentais representam, neles incluídos e sem ressalvas os direitos sociais.

6. Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La Democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745745*. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. CANOTILHO, JJ. Gomes et al (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.11/32.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

DEUTSCH WELLE. *Merkel: Coronavirus is Germany's greatest challenge since World War Two*. Disponível em: <https://www.dw.com/en/merkel-coronavirus-is-germanys-greatest-challenge-since-world-war-two/a-52830797>. Acesso em 30 mar. 2020. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar. [Entrevista concedida a] Sérgio Rodas. *Constituição alemã de Weimar influenciou Cartas brasileiras de 1934 e 1988*. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-07/constituicao-weimar-influenciou-cartas-brasileiras-34-88>. Acesso em: 29 de mar. 2020.

MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro e LISBOA, Roberto Senise. *Artigo 1^a*. In *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. BALERA, Wagner Balera e SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.) e COUTO, Mônica Bonetii (org.). Curitiba: Clássica, 2013. p. 27-37.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010.

PECES BARBA, Gregorio. *Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto. In Derechos económicos, sociales y culturales y Positivismo Jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

ROMAN, Diane. *L'effectivite des droits fondamentaux dans le secteur de la sante, sous le prisme de l'Union Europeenne*. BAHIA, Saulo José Casali (Coord.) *A Efetividade dos Direitos Fundamentais no Mercosul e na União Européia*. Salvador: Paginae, 2010. p. 165/200.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *A proteção constitucional à pessoa com deficiência no âmbito das relações de trabalho – Comentários ao Artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal*. Disponível em: <http://profmanojorge.com.br/wp-content/uploads/2019/04/Artigo-sobre-30-Anos-da-CF-a-Protec%C3%A7%C3%A3o-a-Pessoa-com-Deficie%C3%82ncia-e-o-artigo-7%C2%BA-XXXI-da-CF-1.pdf> Acesso em: 25 mar. 2020.

SOUZA, Marcos Sampaio de. *O Conteúdo Essencial Dos Direitos Sociais No Constitucionalismo Brasileiro*. Dissertação de mestrado (2011), p. 206. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8973/1/MARCOS%20SAMPAIO%20DE%20SOUZA%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

A Recusa ao Exame Diagnóstico da COVID-19

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES ^[1]

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Breve análise dos precedentes do STF; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Considerações iniciais

Em 10 de março de 2020, a 8ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal proferiu decisão liminar, que compeliu o réu à realização de exames laboratoriais para diagnóstico da COVID-19 ^[2] - ^[3]. O caso foi amplamente divulgado ^[4], até mesmo porque se tratou da primeira vez em que foi necessária a intervenção do Judiciário para a aplicação do art. 3º, III, “b”, da recente Lei n. 13.979/2020 ^[5].

Em sociedades como as latino-americanas, marcadas pelo desrespeito estrutural a direitos e deveres ^[6], a própria ideia de compulsoriedade já traz consigo certo grau de controvérsia. Mas quando se fala desse tema no

1. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDFUBA). Professor Assistente de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da FDFUBA. Procurador da República.

2. DISTRITO FEDERAL. 8ª Vara da Fazenda Pública. **Processo n. 0701858-04.2020.8.07.0018**. Requerente: Distrito Federal. Requerido: omitido. Juíza de Direito: Raquel Mundim Moraes Oliveira Barbosa, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-df-determina-isolamento-advogado.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

3. A pandemia fez com que praticamente todos os habitantes deste planeta tenham alguma noção do que vem a ser a COVID-19, mas não custa lembrar: cuida-se de uma doença infecciosa causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda SARS-CoV-2, cujos principais sintomas são febre, tosse e dificuldade para respirar (BRASIL. Ministério da Saúde. O que é coronavírus? Disponível em: <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-de-a-a-z/46490-novo-coronavirus-o-que-e-causas-sintomas-tratamento-e-prevencao-3>. Acesso em: 28 mar. 2020.

4. CORONAVIRUS: GDF pede e juíza obriga marido de paciente infectada a passar por exames. *In*: G1. Brasília, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/03/10/coronavirus-apos-determinacao-da-justica-marido-de-paciente-infectada-passa-por-exames-no-df.ghtml>. Acesso em: 28 mar. 2020.

5. BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

6. Sobre o tema, veja-se, p. ex., NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2 (2002). Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>. Acesso em: 28 mar. 2020.

Brasil, ela pode ser ainda maior, por causa das correntes jurisprudenciais que, em nome da intangibilidade do corpo humano, exigem a expressa concordância de alguém para a retirada de seu material orgânico.

2. Breve análise dos precedentes do STF

No Supremo Tribunal Federal, essa linha de pensamento aparentemente teve início com o habeas corpus n. 71.373/RS, julgado pelo Plenário em 10-11-1994^[7]. A propósito, vale transcrever trecho do voto vencedor, da lavra do Ministro Marco Aurélio de Mello:

(...) a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a “Carta Cidadã” – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (art. 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante, e em boa hora deu-se a impetração deste *habeas corpus*. É irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido mediante coerção física ao laboratório. É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservada ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. **Assim o é porque a hipótese não daquelas em**

7. Assim ementado: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 71.373/RS**. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Ministro Relator: Marco Aurélio, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066> . Acesso em: 28 mar. 2020).

que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em épocas de epidemias, ou mesma da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade (sem negrito no original) ^[8] - ^[9].

A leitura dessa passagem deixa claro que, malgrado de fato se defenda a impossibilidade de se obrigar uma pessoa a ter seu sangue retirado, indiretamente foi admitido que a solução haveria de ser outra, caso vidas estivessem em jogo.

Ainda que em outras bases, a discussão foi reavivada ao se aventar da possibilidade ou não de recusa à medição da alcoolemia com etilômetros, popularmente conhecidos como bafômetros. Contudo, por ser crime ^[10] a condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, houve incidência um outro direito/princípio fundamental, o da vedação da autoincriminação obrigatória. Muito em razão dele, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou tese para o tema 446 dos recursos repetitivos, estatuinto que o indivíduo “não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do ‘bafômetro’ ou do

8. *Ibidem*. Outrossim, confira-se VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 88.

9. Essa posição divergia da externada pelo relator originário, Ministro Francisco Rezek, *in verbis*: “(...) vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse público. Não foi sem razão que o legislador atribuiu ao *Parquet*, à vista da importância da determinação do vínculo de filiação, a iniciativa para que, em determinadas circunstâncias, intente a investigatória de paternidade (§§ 4º e 5º do art. 2º da Lei n. 8.560/1992). A Constituição é clara ao preceituar: ‘Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’. A Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, por seu turno, é categórica ao afirmar que: ‘Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça’. (...) O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado”.

10. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2020).

exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*)”^[11].

Esse posicionamento não é infenso a críticas, bem resumidas no voto vencido do Min. Marco Aurélio Bellizze no recurso especial repetitivo 1.111.566/DF, que ensejou a adoção da tese anteriormente colacionada^[12]. Deixando-se de lado as atinentes à proibição da autoincriminação compulsória, não pertinentes a este texto, elas recordam que a norma almeja proteger vidas, ceifadas pelas condições de trânsito brasileiras^[13].

A proteção da existência humana foi invocada, outrossim, no habeas corpus n. 149.146/SP, decidido pela 6ª Turma do STJ. Em caso de tráfico internacional de entorpecentes, cometido mediante a ingestão de cápsulas que continham cocaína, foi afastada a pretensa nulidade da prova pericial, que decorreria do fato de terem sido os pacientes compelidos a se submeterem a exame radiológico e aos procedimentos necessários a expelir a droga. Naquela oportunidade, o Tribunal Superior lembrou que

a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz

11. O plenário do STF examinará a questão quando enfrentar o mérito do RE 1.224.374-RS, cuja repercussão geral foi reconhecida em 27-02-2020. Nele se discute a constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (“Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: Infração – gravíssima”). Geralmente citado como precedente, o HC 93.916/PA, julgado pela primeira turma em 10-06-2008, em verdade tratou das consequências jurídicas da negativa de submissão a teste de alcoolemia, sem nenhuma menção no seu inteiro teor ao método que seria empregado nesse exame (p. ex., mediante a extração de sangue ou com uso de etilômetro).

12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.111.566/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Luiz Ferreira. Ministro relator para acórdão: Desembargador Adilson Vieira Macabu, 28 de março de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=APARELHOS>. Acesso em: 29 mar. 2020. Vide também ARAS, Vladimir Barros. **A lei seca e o direito de não se incriminar**. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/04/21/a-lei-seca-e-o-direito-de-nao-se-incriminar/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

13. A Declaração de Estocolmo, adotada pela Terceira Conferência Ministerial Global sobre Segurança Viária, realizada nos dias 19 e 20 de fevereiro de 2020, qualifica as mortes e lesões mundialmente causadas pelos crimes e acidentes de trânsito como “uma crise e uma epidemia evitáveis, que necessitarão de ações, liderança e engajamento político muito mais significativos em todos os níveis, na próxima década” (NAÇÕES UNIDAS. **Déclaration de Stockholm**. Disponível em: <https://www.roadsafetysweden.com/contentassets/b37f0951c837443eb9661668d5be439e/stockholm-declaration-french.pdf> . Acesso em: 29 mar. 2020 – tradução livre).

em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento^[14].

Esta é a chave para a correta compreensão do tema. O art. 3º, III, “b”, da Lei n. 13.979/2020 inequivocamente se amolda à Constituição, pois tutela a vida humana. Isso não se esgota apenas na obrigação de não infligir a morte, exigindo deveres de proteção, concretizadores de uma obrigação positiva de proteger a vida^[15], especialmente importante em um contexto de enfrentamento a uma pandemia.

Tais deveres^[16] não são exclusivamente estatais. Em decorrência da dimensão objetiva^[17] do direito à vida e mesmo do dever fundamental de fraternidade, bem descrito por Fábio Periandro de Almeida Hirsch^[18], eles se projetam sobre todos. E exigem que doenças infectocontagiosas que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena – e potencialmente ameaçam a sobrevivência de outros indivíduos, a começar pelos mais vulneráveis – sejam devidamente comunicadas às autoridades sanitárias, nos termos dos arts, 7º e 8º da Lei n. 6.259/1975^[19].

14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 149.146/SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Pacientes: Fernando Lando Mbala e outros. Ministro relator: Og Fernandes, 05 de abril de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901918430&dt_publicacao=19/04/2011. Acesso em: 29 mar. 2020. Esse acórdão também foi citado na decisão do Judiciário do Distrito Federal de que adrede se falou.

15. HENETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, ROMAN, Diane. **Droits de l’Homme et libertés fondamentales**. Paris: Dalloz, 2013, p. 326.

16. Como ensina Carlos Rátis, os deveres especificamente ligados à pandemia da COVID-19 são “i) o dever de cooperação entre os povos (art. 4o., parágrafo único da CF/88); ii) o dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis (art. 9º, § 1º da CF/88); iii) o dever da família em assistir, criar e educar os seus filhos, assim como o dever dos filhos em amparar os pais (art. 229); iv) dever de proteção ao meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida (art. 225) e, principalmente, o v) o dever de proteger a saúde, que envolve diversos deveres conexos para atender os interesses da coletividade, entre eles, neste período excepcional, com vista a prevenir a transmissão do vírus, o *dever geral de recolhimento domiciliar*” (RÁTIS, Carlos. **Dever fundamental de ficar em casa em tempos de coronavírus**. Trabalho inédito não publicado).

17. Vieira de Andrade explica que é na dimensão objetiva, “enquanto normas constitucionais e *valores comunitários*, que se justifica e exprime a eficácia *fora do âmbito dessas relações* [entre particulares e o Estado], em especial nas relações dos particulares entre si” (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 141).

18. HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **O dever fundamental de fraternidade e a pandemia**. Trabalho inédito não publicado.

19. “Art 7º São de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados: I - de doenças que

3. Conclusão

Tudo isso justifica não apenas a obrigatoriedade do exame diagnóstico da COVID-19, como também a eventual imposição de sanções específicas, desde que venham a ser previstas na legislação, para caso de descumprimento^[20]. Em outras palavras, é constitucional o art. 3º, III, “b”, da Lei n. 13.979/2020, assim como também o são, desde que previamente dispostas em lei e proporcionais, as punições decorrentes de sua infração.

Para a pessoa que experimenta a doença, ela é *sua*^[21]. Trata-se de sentimento inerente ao ser humano que, no Brasil, infelizmente muitas vezes se vê exacerbado por alguns, face à débil compreensão de pertencimento à comunidade^[22]. Mas situações extremas, como a da presente pandemia, fazem com que se perceba a indissociabilidade do direito à saúde de seus aspectos coletivos e preventivos, cujas defesas somente se tornam possíveis com o engajamento de toda a comunidade^[23].

podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional. II - de doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente. § 1º Na relação de doenças de que trata o inciso II deste artigo será incluído item para casos de “agravo inusitado à saúde”. § 2º O Ministério da Saúde poderá exigir dos Serviços de Saúde a notificação negativa da ocorrência de doenças constantes da relação de que tratam os itens I e II deste artigo. Art 8º É dever de todo cidadão comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de fato, comprovado ou presumível, de caso de doença transmissível, sendo obrigatória a médicos e outros profissionais de saúde no exercício da profissão, bem como aos responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino a notificação de casos suspeitos ou confirmados das doenças relacionadas em conformidade com o artigo 7º” (BRASIL. **Lei n. 6.529, de 30 de outubro de 1975**. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em: 30 mar. 2020).

20. Por ora, a recusa pode acarretar o isolamento compulsório, mas como fruto de decisão autônoma, e não a título de consequência expressa do não cumprimento das obrigações impostas no art. 3º, III, da Lei n. 13.979/2020. Para as repercussões penais, NUNES, Leandro Bastos. **Crimes relacionados à pandemia do coronavírus**. Disponível em: <https://www.leandrobastosnunes.com.br/coronavirus-consequencias-no-ambito-penal-relativas-ao-descumprimento-das-determinacoes-do-poder-publico/>. Acesso em: 29 mar, 2020.

21. “De todos os discursos, o dos indivíduos do senso comum é o único para o qual a saúde e a doença constituem um fato interno e um discurso em primeira pessoa: o discurso da *minha* saúde ou da *nossa* saúde ou doença” (LEFÈVRE, Fernando, LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti. Saúde e doença: notas sobre alguns dilemas que afetam seu exercício na sociedade brasileira atual. In: ALVES, Sandra Mara Campos, DELDUQUE, Maria Célia, DINO NETO, Nicolau (org.). **Direito Sanitário em perspectiva**. Vol. 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013, p. 48).

22. A propósito, vide SILVA NETO, Manoel Jorge e Silva. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

23. “A realização dos direitos, sua defesa em sentido amplo, é impossível sem o povo, a multidão associada por um consenso e uma utilidade comum. De fato, se são os cidadãos que fazem a cidade, como dizia Cícero, é o povo que faz o direito e que assegura sua realização. E se isso é verdade para os direitos em geral, pode-se afirmar, com segurança, que é mais real quando se focaliza no direito à saúde, termo que só encontra sentido quando em sociedade” (DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, Sandra Mara Campos, DELDUQUE, Maria Célia, DINO NETO, Nicolau (org.). **Direito Sanitário em perspectiva**. Vol. 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013, p. 29).

Com a propriedade de quem se defrontou com a pandemia da influenza A (H1N1), Arturo Chimal Arechavala ressaltou que os cidadãos detêm vital importância para que vença uma emergência sanitária ^[24]. Nisso talvez resida o maior desafio no caso brasileiro: convencer alguns de que eles também são cidadãos.

4. Referências

ARAS, Vladimir Barros. *A lei seca e o direito de não se incriminar*. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/04/21/a-lei-seca-e-o-direito-de-nao-se-incriminar>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.529, de 30 de outubro de 1975*. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em: 30 mar. 2020

_____. *Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. *Lei n. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.111.566/DF*. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Luiz Ferreira. Ministro relator para acórdão: Desembargador Adilson Vieira Macabu, 28 de março de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/...> Acesso em: 29 mar. 2020).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 71.373/RS*. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Ministro Relator: Marco Aurélio, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>. Acesso em: 28 mar. 2020.

24. CHIMAL ARECHAVALA, Arturo. Las políticas públicas frente a las emergencias sanitarias a partir de la experiencia mexicana frente a la pandemia de la influenza A (H1N1). In: BRENA SESMA, Ingrid (coord.). *Emergencias sanitarias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2013, p. 146.

CHIMAL ARECHAVALA, Arturo. *Las políticas públicas frente a las emergências sanitárias a partir de la experiencia mexicana frente a la pandemia de la influenza A (H1N1)*. In: BRENA SESMA, Ingrid (coord.). *Emergencias sanitárias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2013, p. 137-158.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Poderes Republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil*. In: ALVES, Sandra Mara Campos, DELDUQUE, Maria Célia, DINO NETO, Nicolau (org.). *Direito Sanitário em perspectiva*. Vol. 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013, p. 21-44.

DISTRITO FEDERAL. 8ª Vara da Fazenda Pública. *Processo n. 0701858-04.2020.8.07.0018*. Requerente: Distrito Federal. Requerido: omitido. Juíza de Direito: Raquel Mundim Moraes Oliveira Barbosa, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-df-determina-isolamento-advogado.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

G1. *CORONAVIRUS: GDF pede e juíza obriga marido de paciente infectada a passar por exames*. In: G1. Brasília, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/03/10/coronavirus-apos-determinacao-da-justica-marido-de-paciente-infectada-passa-por-exames-no-df.ghtml> . Acesso em: 28 mar. 2020.

HENETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, ROMAN, Diane. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2013.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. *O dever fundamental de fraternidade e a pandemia*. Trabalho inédito não publicado.

LEFÈVRE, Fernando, LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti. *Saúde e doença: notas sobre alguns dilemas que afetam seu exercício na sociedade brasileira atual*. In: ALVES, Sandra Mara Campos, DELDUQUE, Maria Célia, DINO NETO, Nicolau (org.). *Direito Sanitário em perspectiva*. Vol. 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013, p. 44-52.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 3, n. 2 (2002). Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246> . Acesso em: 28 mar. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Déclaration de Stockholm*. Disponível em: <https://www.roadsafetysweden.com/contentassets/b37f0951c837443eb9661668d5be439e/stockholm-declaration-french.pdf> . Acesso em: 29 mar. 2020.

NUNES, Leandro Bastos. *Crimes relacionados à pandemia do coronavirus*. Disponível em: <https://www.leandrobastosnunes.com.br/coronavirus-consequencias-no-ambito-penal-relativas-ao-descumprimento-das-determinacoes-do-poder-publico/> . Acesso em: 29 mar, 2020.

RÁTIS, Carlos. *Dever fundamental de ficar em casa em tempos de coronavirus*. Trabalho inédito não publicado.

SILVA NETO, Manoel Jorge e Silva. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS ^[1]

Sumário: 1. Introdução: A importância do estudo dos deveres fundamentais em tempos de coronavírus; 2. Densidade jurídica do dever geral de recolhimento domiciliar; 3. Deverosidade diferenciada e o dever geral de recolhimento domiciliar; 4. Conflitos entre o dever geral de recolhimento domiciliar e outros deveres fundamentais; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

“...os deveres reforçam os direitos e propõem a sua defesa e promoção como um compromisso a assumir ao serviço do bem. Se, pelo contrário, os direitos do homem encontram o seu fundamento apenas nas deliberações duma assembleia de cidadãos, podem ser alterados em qualquer momento e, assim, o dever de os respeitar e promover atenua-se na consciência comum... A partilha dos deveres recíprocos mobiliza muito mais do que a mera reivindicação de direitos”. Papa Benedicto XVI, Carta Encíclica “Caritas in Veritate” de 29 de julho de 2009, número 43

1. Introdução: A importância do estudo dos deveres fundamentais em tempos de coronavírus

Em dezembro de 2000, o filósofo italiano Norberto Bobbio, nascido em Turim, já profetizando sua morte em 2004, concedeu entrevista ao professor Maurizio Viroli, que se transformou, posteriormente, no livro *Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*,

1. Advogado. Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da UFBA e da UEFS. Autor do Livro *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. E-mail: carlosratis@behrmannratis.com

e revelou: “se eu ainda tivesse alguns anos de vida, coisa que não terei, estaria tentando escrever – A era dos deveres”^[2].

Com efeito, não há garantia dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade, em respeito à solidariedade. É inerente ao Estado Social que os titulares dos direitos fundamentais passem a cumprir uma tarefa de redistribuição, assumindo os indivíduos uma série de obrigações concretas para contribuir na ordem social, visando proteger interesses transindividuais.

A evolução do reconhecimento dos deveres fundamentais remonta à história do Constitucionalismo, desde a antiguidade, observando-se que as palavras Constituição e deveres foram utilizadas no tempo para designar ideias diferentes, consoante às épocas, aos contextos e ao pensamento político.

Os questionamentos são inesgotáveis: Quem estabelece os deveres? Deveres para quem? A quem servem os deveres? Existem direitos sem deveres? E deveres sem direitos? Qual é a nova tendência política sobre os deveres fundamentais? Será necessária a criação de uma Declaração Universal dos deveres fundamentais?

De fato, a construção de um Estado de Direitos Fundamentais ultrapassa necessariamente um Estado atento à aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais que se colocam ao serviço da pessoa humana: o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais é tão essencial para a tutela do ser humano e da sua dignidade como os próprios direitos fundamentais – se é certo que os direitos pressupõem deveres, também é verdade que os deveres escondem direitos^[3].

2. Cf. BOBBIO, Norberto. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

3. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 539. Nesse mesmo sentido, CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 315.

Entretanto, o estudo dos deveres fundamentais é tema desmerecido pelo direito constitucional contemporâneo, em face à preocupação dos legisladores constituintes em instaurar regimes que afirmaram Constituições dos direitos para esquecer as Constituições dos deveres dos períodos totalitários e autoritários^[4].

Sucede que, em tempos de estado de calamidade pública, em decorrência da proliferação de casos registrados de contágio de COVID-19, em que pese já ter sido publicada a Lei no. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020^[5], destacam-se determinadas normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais para combater essa pandemia, no âmbito internacional e interno, dentre as quais:

- i)** o dever de cooperação entre os povos (art. 4o., parágrafo único da CF/88);
- ii)** o dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis (art. 9º, § 1º da CF/88);
- iii)** o dever da família em assistir, criar e educar os seus filhos, assim como o dever dos filhos em amparar os pais (art. 229);
- iv)** dever de proteção ao meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida (art. 225);
- v)** o dever de proteger a saúde, que envolve diversos deveres conexos

4. Cf. CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade ...*, p. 109, aponta que o *esquecimento dos deveres fundamentais* nas Constituições do segundo pós-guerra “explica-se basicamente com a preocupação, senão mesmo com a obsessão, de instaurar regimes constitucionais que, de uma vez por todas, dessem predominância clara e efectiva aos direitos fundamentais, que os regimes totalitários e autoritários haviam postergado a favor dos deveres fundamentais, que polarizaram, quando não monopolizaram totalmente, o estatuto constitucional do cidadão”.

5. A Lei n. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020 estabelece medidas que as autoridades competentes podem adotar, objetivando o enfrentamento do coronavírus, entre elas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

para atender os interesses da coletividade, entre eles, neste período excepcional, com vista a prevenir a transmissão do vírus, o *dever geral de recolhimento domiciliar*.

2. Densidade jurídica do dever geral de recolhimento domiciliar

Os deveres fundamentais são deveres jurídicos (*officia iuris*) que traduzem as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas ^[6], reconhecidas e efetivadas em legislação que nasce do poder soberano.

Ao contrário do que se sucede com os direitos, os deveres fundamentais são, em larga medida, criação do legislador constituinte, pois correspondem a posições jurídicas passivas subjetivas imputadas ao indivíduo pela própria Constituição ^[7].

As normas constitucionais relativas aos *deveres fundamentais* ^[8] consistem em deveres jurídico-constitucionais que afirmam opções ético-sociais, decorrentes de dimensões estruturais coexistentes - na própria consistência do ser humano - quanto de um contexto histórico específico, definidas pelo poder constituinte, que inspirarão toda construção do arcabouço infraconstitucional relativo à matéria.

Entretanto, a criação de novos deveres fundamentais não pode fazer tábua rasa dos princípios ordenadores em que se assenta a práxis da comunidade eventualmente carecida de uma nova Constituição, ou seja, dos princípios constitutivos da ideia de Direito dessa comunidade

6. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 76.

7. Cf. CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, pp. 255 e 294. O autor consigna que —os deveres fundamentais são expressão da estatualidade ao seu mais alto nível — isto é, ao nível da soberania constitucional (constituente e de revisão constitucional) e ao nível da soberania legislativa.

8. O Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, liderado pelos professores ADRIANO SANT'ANA PEDRÁ e DAURY CESAR FABRIZ, do Programa *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, formulou o conceito de dever fundamental como “uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais”.

concreta, uma vez que há princípios preexistentes e ordenadores da práxis comunitária.

É o caso do *dever geral de recolhimento domiciliar* em tempos de coronavírus, que para ser admitido como novo dever fundamental, precisa apresentar densidade jurídica suficiente, até porque os deveres fundamentais não são meras imposições assentadas em virtudes humanas^[9]. Constituem, em verdade, num modelo recíproco próprio do contrato social, onde por fim, os cidadãos terão dever de obediência ao Estado. O Estado por sua vez terá o dever de garantia de direitos e assim se desenvolverá a sociedade política^[10].

O dever geral de recolhimento domiciliar se traduz em sujeições à limitação de circulação em espaços e vias públicas, ou em espaços e vias privadas equiparadas a vias públicas, buscando conter os efeitos do crescimento desenfreado do número de casos de COVID-19 e inevitável sobrecarga de atendimentos nas unidades hospitalares. Essas imposições só poderão ser consideradas compatíveis com a Constituição se forem essenciais, adequadas e proporcionais, objetivando restringir o direito de locomoção para proteger o bem maior que é a saúde pública e a vida de todos brasileiros^[11]. As medidas de isolamento social sempre deverão ser justificadas, em termos de necessidade e razoabilidade.

Além disso, havendo ou não a previsão de sanção pelo descumprimento do dever geral de recolhimento domiciliar, haverá consequências jurídicas em decorrência da sua inobservância, haja vista a sua relevância ao dever de

9. Cf. IMMANUEL KANT, *Metafísica dos Costumes, Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, Edições 70, 2004.

10. Cf. PECES-BARBAS, *Los deberes Fundamentales*, Doxa, Alicante, n. 4, 1987, p. 337.

11. O dever geral de recolhimento domiciliar que corresponderia ao dever fundamental de ficar em casa não se confunde com o recolhimento domiciliar previsto no art. 319, V do CPP, qual seja uma medida cautelar distinta da prisão e que corresponde no recolhimento domiciliar, no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

proteção à saúde coletiva^[12]. Independentemente da aplicação de sanção, em desfavor daquele que descumpriu o dever geral de recolhimento domiciliar, a desobediência às estratégias em saúde determinadas pelas autoridades competentes, com base em evidências científicas, poderá prejudicar o bem-estar de diversas outras pessoas, em desrespeito à promoção e à preservação da saúde pública.

Outrossim, o dever geral de recolhimento domiciliar é dever fundamental trans dimensional conexo ao dever fundamental de proteger a saúde^[13] (dever de segunda dimensão) e inerente à lógica de solidariedade responsável do Estado social, influenciados pelos ideais de solidariedade (dever de terceira dimensão), assumindo os indivíduos uma série de obrigações concretas para proteger interesses transindividuais^[14].

3. Deverosidade diferenciada e o dever geral de recolhimento domiciliar

Os destinatários dos deveres fundamentais assumem graus de *deverosidade diferenciada*. Entretanto, há um mínimo de eficácia que deve ser respeitada, independentemente de excludentes de responsabilidade que venham a ser justificadas pelo sujeito obrigado à sua proteção, sendo necessário *a proteção do mínimo existencial dos deveres fundamentais*.

Com efeito, esse nível *mínimo de deverosidade* decorre do padrão mínimo de eficácia de toda e qualquer norma constitucional indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana a partir do grau de vinculação

12. Sobre a desnecessidade de sanção para o cumprimento de deveres fundamentais, conferir as lições de ADRIANO SANT'ANA PEDRA, *A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos, Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*, Joaçaba, UNOESC, 2013.

13. Para VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 159, o estabelecimento do dever de proteger a saúde não afeta o conteúdo do direito individual à proteção da saúde, justificando-se restrições da liberdade por via legislativa, tais como proibição de fumar, obrigatoriedade de vacinação etc.

14. Sobre a evolução das dimensões dos deveres fundamentais, cf. nosso livro *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*, 2009.

pessoal do destinatário dos deveres fundamentais, que seriam modulados a partir dos parâmetros definidos pelo princípio da proporcionalidade^[15].

Sem embargo, mesmo que o destinatário dos deveres fundamentais venha a suscitar critérios racionais para se desvencilhar de suas obrigações^[16], há um núcleo mínimo de proteção dos deveres fundamentais que não poderá ser desmerecido, na medida em que poderá haver prejuízo irreparável ao direito fundamental associado, neste caso a proteção da saúde individual e coletiva. Em outras palavras, todos os cidadãos estão sujeitos em maior ou menor grau ao dever geral de recolhimento domiciliar, verificando-se que inúmeras atividades econômicas devem continuar a ser exercidas.

Sucedem que quanto maior o grau de proteção a que estiver sujeito o cidadão, maiores serão as expectativas criadas no cumprimento do seu dever de recolhimento domiciliar, seja junto à Administração Pública, seja na horizontalidade com os demais particulares, criando-se graus diversos de deverosidade como em relação a qualquer dever fundamental.

Para contextualizar essa deverosidade diferenciada em relação ao *dever geral de recolhimento domiciliar*, em Portugal, no dia 20 de março de 2020, foi publicado o Decreto nº 2-A/2020, que procedeu à execução da declaração do estado de emergência efetuada pelo Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18 de março, com vigência até o dia 02 de abril, tendo sido renovado pelo Decreto nº 17-A/2020 por mais quinze dias.

O Decreto lusitano no. 14-A/2020 estabeleceu quem são as pessoas que ficam em confinamento obrigatório (art. 3o.); as pessoas que ficam

15. Para CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p. 185, “o nível mínimo de deverosidade ambiental, de simples abstenção de causar dano, decorre imediatamente do princípio da solidariedade, ou seja, do facto de cada um usar uma parcela indivisa de um bem colectivo e de ter, por isso, o dever de o fazer de forma racional”.

16. Para CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p. 141, “a existência de deveres corresponde ao preço a pagar pelas vantagens da vivência comunitária, é uma contrapartida de responsabilidades em face aos benefícios resultantes da organização das liberdades individuais no seio da comunidade”.

sujeitas a um dever especial de proteção (art. 4o.) e 20 (vinte) propósitos que justificam a livre circulação em espaços públicos e vias públicas, ou em espaços e vias privadas equiparadas a vias públicas, para todas as demais, em face ao *dever geral de recolhimento domiciliar*, entre eles, locomover-se: a) para aquisição de bens e serviços; b) para efeitos de desempenho de atividades profissionais ou equiparadas; c) para procura de trabalho ou resposta a uma oferta de trabalho; d) por motivos de saúde; para assistência de pessoas vulneráveis, pessoas com deficiência, filhos, progenitores, idosos ou dependentes; e) para acompanhamento de menores; f) para atividades físicas de curta duração, sendo proibido o exercício de atividade física coletiva, dentre outras hipóteses (art. 5o.).

Observa-se, pois, que a deverosidade diferenciada está associada à fundamentalidade dos valores constitucionais em conflito, devendo-se proteger o conteúdo essencial do dever, pois ele existe para proteger o mínimo existencial do direito. No caso do dever geral de recolhimento domiciliar em tempos de coronavírus, tanto a proteção integral da saúde dos denominados grupos de risco, como a necessidade da continuidade dos serviços essenciais serão parâmetros que definirão a amplitude do isolamento social.

4. Conflitos entre o dever geral de recolhimento domiciliar e outros deveres fundamentais

A temática relativa à superação das antinomias entre os deveres é tão antiga quanto à sua existência^[17].

17. Para solucionar os conflitos entre deveres, MARCO TÚLIO CÍCERO, *Dos Deveres*, São Paulo, Martin Claret, 2007, já apontava no século I antes de Cristo, que há de se observar qual é o dever mais relevante, na medida em que há uma ordem no seu cumprimento. No Livro I, XVIII, fala sobre a ordem do cumprimento dos deveres – há serviços que devem ser prestados antes de outros. No Livro I, XLV, ele constatou que o dever de proteger à pátria não pode estar acima de outros deveres, ficando claro a existência de graus entre os deveres. Para ele, o dever mais relevante era para com os deuses imortais, depois à pátria, em seguida os pais e, após, o restante.

De fato, assim como as normas relativas aos direitos, também aquelas que tratam sobre os deveres podem se deparar com conflitos que devem ser ultrapassados pelo intérprete, cuja solução ultrapassa a *tutela do bem mais valioso*.

O dever geral de recolhimento domiciliar enquanto direito-dever fundamental pode ingressar em conflito tanto com direitos (liberdade de locomoção; liberdade econômica; liberdade de reunião), como com outros deveres fundamentais (o dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis; o dever da família em assistir, criar e educar os seus filhos, assim como o dever dos filhos em amparar os pais), entre outras tantas situações que podem ser invocadas.

Sucedem que, havendo conflito entre deveres fundamentais, os critérios das colisões de direitos serão úteis para enfrentar as colisões de deveres. Entretanto, qualquer que seja a resposta, *a dignidade de pessoa humana* será a norma orientadora na ponderação enquanto método de solução que transcende e direciona a convergência entre os deveres conflitantes, em face à necessidade de salvaguarda dos próprios direitos fundamentais envolvidos, observando-se que quaisquer medidas restritivas de direitos somente poderão ser adotadas “com base em evidências científicas e em análise sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à proteção da saúde pública” (art. 3o., parágrafo 1o. da Lei n. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020).

Vale dizer, a Administração Pública está vinculada às orientações dos órgãos competentes da área de saúde que estabelecem as estratégias necessárias ao prazo e a forma que devem ser observados para o cumprimento do dever geral de recolhimento domiciliar. A tecnicidade reduz, portanto, o exercício de discricionariedade, não havendo juízo de oportunidade e

conveniência diante das orientações do Ministério da Saúde e diretivas da OMS, quando adotar medidas para preservar a saúde pública, em respeito inclusive ao dever de cooperação entre os povos em tempos de pandemia (art. 4o, IX da CF/88), não permitindo que arbitrariedades sejam praticadas, evitando-se um verdadeiro estado de exceção.

5. Conclusão

O ser humano é essencialmente gregário.

A atividade humana implica viver em sociedade, exigindo, portanto, que determinados comportamentos sejam adotados pelos seus membros para que os mesmos possam coexistir. Nasce, pois, a necessidade dos sujeitos integrantes desse sistema em obedecer a determinadas circunstâncias para que os seus próprios interesses sejam protegidos, surgindo o senso de dever.

O senso de dever é manifestação, essencialmente, humana, que existe através de um processo de transmissão entre gerações, assim como a vida biológica. A transmissão ocorre dos mais velhos para os mais novos, por meio da comunicação de hábitos de proceder, pensar e sentir. Sem esta comunicação de ideias, esperanças, expectativas, padrões e opiniões por parte dos membros da sociedade que estão a deixar a vida do grupo àqueles que estão a entrar, a vida social não podia sobreviver.

A superação de uma crise pandêmica sem precedentes ocorrerá pelo respeito aos deveres fundamentais, onde os cidadãos devem exercer suas liberdades com responsabilidade, preocupando-se com o bem-estar dos demais, até porque os deveres servem para garantir o respeito dos direitos. As necessidades políticas de convivência social e de proteção da pessoa humana protegidas pelo Estado Democrático vêm exigindo que o cidadão permaneça em casa e evite sair além do necessário.

O dever geral de recolhimento domiciliar traduz-se num *compromisso constitucional* na efetividade do dever de proteção da saúde, em benefício individual e coletivo, visando minimizar os efeitos avassaladores de pessoas infectadas pelo COVID-19 e mortes, cujo número cresce exponencialmente, conforme dados diariamente revelados pela Organização Mundial da Saúde.

A *Era dos Deveres*^[18] (que BOBBIO não teve tempo para escrever) demonstraria que a democracia se fortalece com a conjugação harmônica dos direitos e dos deveres dos cidadãos. Essa conjugação harmônica sustenta a própria democracia, mediante o exercício de uma *cidadania responsável*, que respeite os princípios e os valores constitucionais em tempos de crise. Fiquemos em casa. Observando as orientações das autoridades médicas competentes internacionais e nacionais, ultrapassaremos este período de pandemia do COVID-19, sem maiores restrições aos direitos fundamentais. O dever geral de recolhimento domiciliar não é um risco para os direitos; é indispensável à sua efetividade.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

GOMES, CARLA AMADO. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes, Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004.

18. Em *Direitos e Deveres na República*, BOBBIO explica a MAURIZIO VIROLI a importância dos deveres nas seguintes linhas: “não existem direitos sem deveres correspondentes. Portanto, para que a Declaração dos Direitos do Homem não seja, como disseram tantas vezes, um elenco de desejos pios, deve existir uma correspondente declaração dos deveres e das responsabilidades daqueles que fazem valer esses direitos”. Para BOBBIO, o primeiro dever dos governantes é o “senso do Estado, ou seja, o dever de buscar o bem comum e não o bem particular ou individual”.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 76.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I*. Coimbra: Almedina, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes Fundamentales*. Doxa: Alicante, n. 4, 1987, p. 329-341.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos*. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). *Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: UNOESC, 2013.

RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. *O ensino obrigatório como dever fundamental no Estado Constitucional Democrático*. 2017. 342 f. Tese (Doutorado em Direito. Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

_____. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016.

Medidas Trabalhistas e COVID-19: A Negociação Coletiva de Trabalho Como Garantia dos Direitos Fundamentais

CHRISTIANNE MOREIRA MORAES GURGEL ^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A autonomia privada coletiva de trabalho; 3. A negociação coletiva de trabalho: princípios e funções; 4. A negociação coletiva no direito interno e internacional; 5. COVID-19 e as medidas provisórias 927/2020 e 936/2020 em face da negociação coletiva; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

A negociação coletiva de trabalho apresenta-se, no mundo jurídico, como instrumento de estabilização dos antagônicos interesses decorrentes da relação capital – trabalho. Os atores da relação coletiva, sindicatos da categoria econômica e profissional, além das empresas, gozam da autonomia privada para determinar direitos e deveres trabalhistas que, em determinados casos, o negociado pode se sob repor ao legislado.

O estudo avança nas funções e princípios da negociação coletiva, com a finalidade de compreender o alcance da sua imprescindibilidade para legitimar as alterações contratuais, salvaguardando os direitos fundamentais trabalhistas, inclusive no momento de estado de calamidade decretado em face da pandemia do COVID-19.

1. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direitos Sociais da OAB-BA. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Católica do Salvador. Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados da Bahia. Diretora Cultural da Associação Baiana dos Advogados Trabalhistas e do Instituto dos Advogados da Bahia.

A relevância da negociação, no presente estudo, é analisada no cenário jurídico do Direito interno brasileiro, bem como do Direito Internacional do Trabalho, o que permite verificar a sua necessidade mundial como instrumento pacificador da tensão entre os interesses oriundos da relação capital-trabalho.

Entre as fontes mais importantes do Direito do Trabalho, indubitavelmente, destaca-se a negociação entre os entes coletivos laborais. Alocado na Carta Magna, como verdadeiro instrumento de concretude do princípio da progressão social, a negociação coletiva de trabalho recebe o título de direito social fundamental (art.7º, XVII e art.8º, inciso)^[2].

No âmbito da legislação infraconstitucional, a Consolidação das Leis Trabalhistas, ao conservar espaço especial para os instrumentos coletivos de trabalho, expressa o princípio da compulsoriedade negocial, estabelecendo que os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas não podem se recusar à negociação coletiva, em demonstração inequívoca da relevância deste mecanismo para colaboração da paz social.

No Direito Internacional do Trabalho, não é diferente o mérito atribuído à negociação coletiva, inclusive como solução ideal para as controvérsias nas relações trabalhistas. Como tratados internacionais exemplificativos, destacam-se a Declaração da OIT (1944); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996) e, por fim, ainda a título exemplificativo, as Convenções Internacionais da OIT no 98 e 154.

Tomadas as experiências doutrinárias supramencionadas, a investigação avança para análise da posição da negociação coletiva de trabalho em face das alternativas trabalhistas de enfrentamento do estado

2. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19).

Medidas Provisórias foram editadas para estabelecer regras flexibilizatórias nas relações de trabalho, além de plano de emergência para assegurar emprego e renda, em face do alto impacto da Pandemia do COVID-19 no vínculo laboral entre empregado e empregador.

O fio condutor da tensão resume-se a autonomia da vontade individual e coletiva de trabalho. Em meio à calamidade, os questionamentos se debatem no seguinte: O que pode ser alterado por meio de acordo individual entre as partes? o que só pode ser feito por meio da negociação coletiva de trabalho? Poder-se-ia reduzir jornada e salário sem acordo coletivo ou convenção coletiva?

A Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020 ^[3], permite a utilização do acordo individual de trabalho escrito em preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais. Por sua vez, a Medida Provisória n.936, de 01/04/2020 ^[4], que institui o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares, trata da negociação coletiva de trabalho como instrumento facultativo, até mesmo para redução salarial.

Acontece que, a insegurança permanece, inclusive porque a Constituição Federal prevê o processo negocial coletivo como garantidor

3. BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

4. BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-936-de-1-de-abril-de-2020-250711934>. Acesso em: 06 abr. 2020.

dos direitos fundamentais trabalhistas, a exemplo de identifica-lo como único meio legítimo para reduzir salário^{5]}.

2. Autonomia privada coletiva de trabalho

No Direito do trabalho, a autonomia da vontade e autonomia privada sempre foram elementos decisivos para validade dos ajustes nas relações individuais e coletivas.

A desigualdade jurídica entre empregado e empregador, determina que, na relação individual de emprego, aplique-se o princípio da inalterabilidade contratual lesiva para o empregado. O art.468 da CLT prevê, expressamente, que a alteração contratual só é lícita se houver mútuo consentimento e, ainda assim, não houver prejuízo, direto ou indireto, para o empregado, sob pena de nulidade da cláusula. A referida imposição celetista, permite a defesa da inexistência de autonomia de vontade na relação individual do trabalhador, o que difere totalmente da autonomia da vontade no domínio coletivo.

As relações coletivas de trabalho orientam-se pelo princípio da equivalência dos contraentes coletivos laborais, ou seja, a relação entre entidade sindical da categoria profissional e, do outro lado, sindicato da categoria econômica ou empresa(s). A natureza dos entes (ambos coletivos) e os seus instrumentos de pressão encontram-se em igual patamar.

Relembre-se que, a consciência de grupo ou de classe nasceu da concentração de operários num mesmo espaço, no período da revolução industrial, que fez despertar que suas necessidades e seus interesses eram comuns, gerando assim um laço de união para, mais adiante, permitir o surgimento do fenômeno social das ações sindicais.

5. Art.7o, VI. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Uma aglomeração de indivíduos vivendo uma mesma precária realidade profissional, ao lado de realidades econômicas e jurídicas análogas, deu ensejo aos interesses coletivos ou de grupos que, então, passaram a ser geridos e defendidos por organizações representativas. Este fenômeno de associação profissional faz surgir a autonomia privada coletiva de trabalho. Como afirma Ronaldo Santos Lima, o fundamento essencial da autonomia privada coletiva é a consciência coletiva dos trabalhadores^[6].

A autonomia privada coletiva de Trabalho não veio contrariar o princípio da proteção, mas sim, potencializá-lo, conceder-lhe maior efetivação, até porque seu surgimento se dá por força da necessidade da ampliação ou efetivação dos instrumentos de tutela jurídica de proteção à classe trabalhadora. Do sindicato se espera uma relevante contribuição para o robustecimento do espírito conciliador de interesse entre capital e trabalho, cujo estuário natural será sempre a negociação coletiva^[7].

Entre as várias fontes do direito do trabalho, a autonomia privada coletiva é uma das que mais se destaca como criadora de normas jurídicas trabalhistas, exercendo a grande missão de adequar os interesses econômicos e profissionais, ligados à relação capital-trabalho, às peculiaridades das categorias envolvidas.

Sobre o tema, Gino Giugni, Pietro Curzio e Maria Giovani Girofalo explicam que essa forma particular de autonomia privada tem natureza coletiva porque os seus sujeitos (associações sindicais) são portadores do interesse de uma pluralidade de pessoas, por um bem idôneo para satisfazer a necessidade comum de todos (interesse coletivo), e não há necessidade individual de uma ou de algumas pessoas^[8].

6. SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 135.

7. PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Sindical e Coletivo de Trabalho**. São Paulo: LTR, 1998.

8. GIUGNI, Gino; CURZIO, Pietro; GIROFALO, Maria Giovanni. **Direito Sindical**. Trad. Ekio Lucio Etioka. Rev. José Francisco Siqueira Neto. São Paulo: LTr. 1991, p. 117.

No Brasil, a autonomia coletiva de trabalho é privada desde a Constituição Federal de 88. O fundamento se assenta na liberdade sindical, assegurada no seu art. 8º que, expressamente, veda a interferência estatal na organização e atuação dos sindicatos^[9], além de estabelecer como obrigatória a participação destas entidades coletivas nas negociações coletivas de trabalho^[10].

Dessa forma, a autonomia, na esfera do direito coletivo do trabalho, é o poder que os sindicatos detêm de produzir regras de conduta e equilíbrio, no confronto de interesses divergentes, defendidos pelos participantes do processo de negociação. A materialização deste poder se faz através das normas coletivas, oriundas da negociação coletiva exitosa, que, como visto, têm reconhecimento constitucional como verdadeiros instrumentos jurídicos^[11].

Pode-se sintetizar a autonomia provada coletiva de trabalho como sendo o poder atribuído aos grupos profissionais e econômicos, através das suas organizações representativas de estabelecer condições que regerão suas relações laborais.

A Constituição de 88 empoderou a autonomia privada coletiva de trabalho, de tal ordem, a ponto de, somente através dos seus instrumentos (convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho), permitir a redução salarial.^[12] Essa possibilidade de alteração de condição de trabalho, em grave prejuízo para o trabalhador, para ser considerada lícita, portanto, não basta que seja transportada do âmbito individual para o âmbito coletivo,

9. Art. 8º, I. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

10. Art.8º, VI. *Idem*.

11. Art. 8º -XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...].BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

12. Art.7ºo, VI. BRASIL. *Idem*.

imprescindível que se formalize através de norma coletiva de trabalho, ou seja, acordo ou convenção coletiva. Significa, pois, o mais alto prestígio a autonomia privada coletiva laboral.

Destarte, não resta dúvida que a autonomia privada coletiva de trabalho, portanto, se apresenta como um poder, dos entes coletivos laborais, de estipular regras jurídicas para regulação dos interesses concretos, próprios e específicos das categorias profissionais e econômicas, criando normas vinculantes para as classes envolvidas, mas limitada pelo ordenamento jurídico. O instrumento desta autonomia é, portanto, a negociação coletiva, e as normas coletivas de trabalho são seu produto^[13].

A autonomia coletiva pode ser pública (poder derivado do estado como ente soberano) ou privada que, por sua vez, é poder dos particulares de criar regras próprias em função dos seus interesses (auto-regulem-se), dentro de uma esfera de conformidade com o ordenamento jurídico^[14].

Saliente-se que, os efeitos do exercício da autonomia privada coletiva de trabalho recaem diretamente sobre as relações individuais de trabalho, pois as normas coletivas produzem condições de trabalho e regras que devem ser respeitadas por todos seus representados e signatários.

3. Negociação coletiva de trabalho: princípios e funções

O Princípio do contraditório surge como ponto de partida necessário, pois o diálogo tem que decorrer sempre da contradição de pretensões e teses que se busca harmonizar. A negociação coletiva sem contraditório de pretensões constitutivas de um contencioso a eliminar padece de um vazio absoluto de objeto^[15].

13. SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 123.

14. CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. n. 19, ano.5, jul./set. 2004, p. 111

15. PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

Como processo dialético que é, a negociação deve orientar-se pela garantia e ambas as partes expressem as razões da defesa dos seus interesses, até mesmo porque os interesses entre os entes coletivos quase sempre são antagônicos.

Os sujeitos da relação coletiva devem estar dispostos a trabalhar no sentido de solucionar um contraditório, obedecendo, assim, ao princípio da cooperação das vontades - ou da transacionalidade. A negociação coletiva utiliza-se de concessões recíprocas para se alcançar um acordo, o que deve ser estimulado pela sensibilidade de cooperação das partes.

A compulsoriedade negocial também se revela como princípio da negociação coletiva, sendo de suma importância para o nosso estudo, posto que determina a ordem de negociar para os sujeitos coletivos.

No Direito brasileiro, o princípio da compulsoriedade negocial encontra-se fixado no art.114 da Constituição Federal do Brasil que, no seu § 1º, impõem que a negociação coletiva deva preceder aos demais meios de solução de conflitos coletivo, inclusive à arbitragem^[16]. No § 2º, do mesmo dispositivo constitucional, evidencia-se esse princípio quando impõe a necessidade da recusa, por qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, para que seja facultado às mesmas, de comum acordo, suscitar dissídio coletivo^[17]. Saliente-se, ainda por oportuno, que é requisito indispensável para deflagração da greve (Lei 7.783 de 1889)^[18].

Ainda como expressão legal do princípio da obrigatoriedade negocial, a CLT, no seu art. 616, estabelece que os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não

16. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

17. *Idem*.

18. BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. Nos demais parágrafos, o dispositivo estabelece o procedimento que pode ser adotado no caso de recusa.

Como todo negócio jurídico, a negociação deve ser orientada pelo princípio da boa-fé, imprescindível para uma convivência pacífica entre as partes no curso da negociação. A ética conduz à mútua obrigação, entre os entes sindicais, de aderir ao processo dialético para tentar resolver o conflito de interesses e, ajustado o pacto, devem cumprir o acordado.

Por fim, o Princípio da igualdade ou da equivalência entre os entes coletivos de trabalho informa que os sujeitos da relação coletiva laboral, quais sejam, sindicatos de categoria profissional e econômica ou empresa(s), encontram-se num mesmo grau de poder de persuasão e transação, o que, inclusive, faz incidir princípio da autonomia privada coletiva.

A equivalência dos contraentes coletivos, segundo Maurício Godinho Delgado, resulta de dois aspectos fundamentais: a natureza e os processos característicos aos seres coletivos trabalhistas^[19]. Os sujeitos da negociação coletiva têm a mesma natureza, pois são todos seres coletivos. Em segundo, ambos os seres coletivos contam com instrumentos eficazes de atuação e pressão e, portanto, de negociação.

Por fim, o princípio da paz social. Ao pretender o assentamento de interesses antagônicos, por meio de diálogo pacífico, a relação coletiva de labor gera consequências para além dos sujeitos envolvidos, posto que alcança toda sociedade.

Melhor seria que os conflitos existentes sempre fossem objeto de conciliação entre os próprios conflitantes, sem a necessidade de interveniência judicial, operando-se assim a autocomposição. A negociação

19. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

coletiva laboral, ao cumprir sua função compositiva e jurídica (estabelecendo normas através de convenções e acordos coletivos), expressa a autonomia privada coletiva no âmbito do direito do trabalho e, sem dúvida, com efeitos econômicos, sociais e políticos.

Entre as funções da negociação coletiva de trabalho, convém destacar, inicialmente, a função jurídica, que se subdivide em função normativa (criação de normas jurídicas), a obrigacional (estabelecer cláusulas obrigacionais dos instrumentos jurídicos provenientes da negociação coletiva) e, por fim, como uma das mais nobres funções, a jurídica compositiva (permitir o acordo de vontades instrumentalizado pelo convênio coletivo).

A função política da negociação refere-se ao processo em que as partes convenientes exercitam o poder por intermédio do diálogo social. Este processo dialético é inerente à processo negocial de interesses divergentes.

A atribuição econômica encontra-se consubstanciada na luta por melhores condições de trabalho e salário para categoria profissional, atendendo assim a um objetivo econômico, adequando as condições laborais ao atual quadro econômico do País. Ao lado disso, a função social da negociação coletiva, que se traduz pela busca de uma harmonização e equilíbrio entre os grupos com a efetiva participação. Mostrando-se, nesta hipótese, como instrumento de conciliação dos conflitos sociais, assegurando a participação, ainda que indireta, pelas entidades sindicais, no processo de tomada e implementação de decisões que afetam o seu próprio desenvolvimento.

4. A negociação coletiva no direito interno e internacional

No Direito interno brasileiro, a Constituição Federal de 1988 é marco na história da negociação coletiva de trabalho, na medida em que atribuiu significativo valor e autonomia a este instrumento negocial normativo. A Carta Magna reconhece, como um direito social dos trabalhadores urbanos e rurais, as convenções e acordos coletivos de trabalho (Art. 7º, inciso XVII) ^[20].

Sobre o tema, vale destacar a expressão do Supremo Tribunal Federal, em face do dispositivo acima evidenciado, registrando que o “reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida”, em julgamento do recurso extraordinário 590.415 ^[21].

A Consolidação das Leis do Trabalho define a convenção coletiva de trabalho como sendo o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. Por sua vez, o acordo coletivo de trabalho estipula condições de trabalho aplicáveis, no âmbito da empresa ou empresas acordantes, às respectivas relações de trabalho (Art. 611 § 1º da CLT) ^[22].

No domínio do Direito Internacional, o alargamento da valorização da negociação coletiva se deu com a Declaração da OIT, aprovada na Conferência da Filadélfia em 1944 e incorporada à sua Constituição em

20. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

21. BRASIL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 590.415 Santa Catarina**. Ministro Luís Roberto Barroso – relator. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308967943&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2019.

22. BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

1946; além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1996.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Código de princípios e valores universais, preconiza que o direito coletivo do trabalho é uma das mais eficazes garantias de condições dignas para o trabalhador e sua família.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com vigência em 03 de janeiro de 1976, compromete, os Estados Partes, a garantir o direito de fundação e filiação a sindicatos, de livre escolha, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. Adverte, ainda, que o exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.

Outros importantes tratados internacionais refletiram nas relações coletivas de trabalho, como a carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que traz capítulo das Normas Sociais, assim a Convenção Americana de Direitos Humanos. Em 1998, a Organização Internacional do Trabalho adotou a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que, dentre eles, estão a liberdade sindical e direito à negociação coletiva. Em sede de Negociação Coletiva do trabalho, a OIT assina que a liberdade sindical e a negociação coletiva são direitos fundamentais no trabalho essenciais para o exercício da democracia, do diálogo social e do tripartismo.

A Convenção Internacional n. 98, da OIT, resguarda a proteção ao direito de sindicalização e de negociação coletiva de trabalho, com a finalidade de proteger os direitos sindicais dos trabalhadores perante os

empregadores e suas organizações, assim como garantir a independência da associação de trabalhadores em face a de empregadores, e vice-versa, bem como fomentam a negociação coletiva de trabalho como solução ideal para a solução das controvérsias coletivas de trabalho.

Por fim, e com especial relevo ao tema, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 154 prevê sobre o Incentivo à Negociação Coletiva. O referido tratado internacional foi adotado em Genebra, em 19 de junho de 1981, e aprovada pelo Brasil em decreto legislativo nº 22, de 1992. Para esta Convenção, a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: fixar as condições de trabalho e emprego; ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Apreende-se, do cenário nacional e internacional do Direito do Trabalho, que a negociação coletiva ocupa espaço de célebre importância, sendo considerada como um dos instrumentos mais democráticos do Direito, a base de todo o diálogo social.

5. COVID-19 e as Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 em face da negociação coletiva

Em razão do reconhecimento do estado de calamidade pública, declarado por conta da Pandemia do COVID-19 (Decreto n.6 de março de 2020), com alto impacto nas relações de trabalho, medidas de urgências

se tornaram imprescindíveis para preservação de emprego, renda e estabilidade destes vínculos. Foram editadas, portanto, como forma de enfrentamento do estado de calamidade, as Medidas provisórias números 927 e 936.

A medida provisória n.926, de 22/03/ 2020, permite a utilização do acordo individual de trabalho escrito em preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais. Através de acordo individual de trabalho, a medida provisória, em evidência, flexibilizou, dentre outros institutos, o teletrabalho, a concessão de férias individuais e coletivas e antecipação de feriados.

Certo é que a situação suplica medidas urgentes, sendo salutar a permissão de relativização de algumas regras, como o prazo mínimo de aviso de férias que, segundo a CLT, é de 30 dias, passando a Medida provisória para 48hs; assim como, a flexibilização no uso de banco de horas. Por outro lado, a MP 927 não fomenta a negociação coletiva de trabalho, o meio mais eficaz e legítimo para adequar as condições de trabalho, neste momento de calamidade, de modo a preservar a relação de emprego, de forma legítima e por um processo negocial entre sujeitos iguais.

Assim, para viabilizar o alívio das empresas, transfere o Governo da regulação heterônoma da lei e autônoma das normas coletivas para a autonomia contratual individual a disciplina das medidas de enfrentamento da crise do coronavírus na área trabalhista.

O que mais se enxerga na medida provisória é a ideia socialmente perversa de prevalência da vontade dos empregados e empregadores sobre a lei e os pactos coletivos. Ou seja, considerando a total falta de equilíbrio nas relações de emprego, equilíbrio mais fragilizado ainda em épocas de terror social pelo medo da pandemia, a conta da COVID-19, no mundo do trabalho, será paga pelas vítimas mais vulneráveis diante da escolha de Sofia

entre aceitar permanecer empregado em condições precarizantes e perder o emprego e receber algo para a subsistência imediata (se não se tratar de empregador com seus recursos em frangalhos)^[23].

A Medida Provisória n. 936, de 01/04/2020, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e, também, dispõe sobre medidas trabalhistas complementares, trata a negociação coletiva de trabalho como instrumento facultativo, até mesmo para redução salarial.

A MP, em destaque, elenca como objetivos: I - preservar o emprego e a renda; II - garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e III - reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

Para tanto, estabelece como medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda: I - o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e III - a suspensão temporária do contrato de trabalho.

A MP 936 faz menção à negociação coletiva e/ou acordos coletivos em quatro dos seus dispositivos. Veja-se.

No art. 8º, quando trata da suspensão temporária do contrato de trabalho a MP invoca possíveis sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo. No art. 9º, a MP trata de ajuda compensatória mensal, estabelecendo que “[...] i - deverá ter o valor definido no acordo individual pactuado **ou** em negociação coletiva”^[24].

23. SOUZA JUNIOR, Antonio Humberto *et al.* E-book. **COVID-19 e os Impactos na Área Trabalhista**. Thomas Reuters. 2020. Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/legal-one/biblioteca-de-conteudo-juridico/medida-provisoria-927.html?fbclid=IwAR3cufSBOmF-s3QtKhYvVuEXw0VDZNrtLrjHwMDe6MYldUZECD26ffscW Mw>. Acesso em: 06 abr. 2020.

24. BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-936-de-1-de-abril-de-2020-250711934>. Acesso em: 06 abr. 2020.

Ainda sem transferi para negociação o lugar que realmente merece, no art. 11, a MP 936 prevê que as medidas de redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e a suspensão temporária do contrato de trabalho, poderão ser celebradas por meio de negociação coletiva, no seu § 1º, indica que a convenção ou o acordo coletivo de trabalho poderão estabelecer percentuais de redução de jornada de trabalho e de salário diversos dos previstos.

Por fim, ainda sem expressão maior, a negociação aparece no art. 12 da MP, determinando que as medidas serão implementadas por meio de acordo individual OU de negociação coletiva aos empregados com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais); ou portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios previdenciários.

Controvérsias e debates sobre a (in)constitucionalidade, de alguns aspectos da MP 936, já foram instalados no ambiente jurídico. O instituto protagonista é o da redução salarial, posto que a MP permite por meio de acordo individual, enquanto a Constituição Federal, sem fazer distinção, só permite por meio de negociação coletiva de trabalho (art.7º, VI) ^[25].

Dessa forma, para maior segurança das relações de trabalho. Para os empregadores, o meio mais eficaz e seguro é a negociação coletiva para tanto, seja por força da validade emprenhada pela Carta Magna, seja pelo negociado sobre o legislado, regulado no art.611-A da CLT ^[26]. Para o empregado/a, por sua vez, o processo negocial é garantidor dos direitos fundamentais trabalhistas, e o sindicato que representa a classe trabalhadora estará negociando em situação de igualdade jurídica em face do ente coletivo patronal.

25. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

26. BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

6. Conclusão

Após análise da autonomia privada coletiva de trabalho, evidenciando o seu lugar de relevância na Constituição Federal de 1988, o estudo enfrentou os princípios e funções da negociação coletiva laboral, constatando sua eficácia como democrático processo de solução de conflitos coletivos, além de mecanismo de concretude dos direitos fundamentais trabalhistas.

Entre as várias fontes do Direito Laboral, a autonomia privada coletiva se destaca como criadora de normas jurídicas trabalhistas, exercendo a grande missão de adequar os interesses econômicos e profissionais, ligados à relação capital-trabalho, às peculiaridades das categorias envolvidas.

A Constituição de 88 empoderou a autonomia privada coletiva de trabalho, de tal ordem, a ponto de permitir a redução salarial, apenas, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (art.7º, VI, CF). Além disso, ao estabelecer o negociado sobre o legislado, no art. 611-A da CLT, o legislador infraconstitucional valorizou, e muito, a negociação jus coletiva.

No âmbito do Direito Internacional, constatou-se a preocupação em elevar a negociação coletiva laboral ao status de direito indispensável à dignidade humana, como verdadeiro direito social que é. Como partes de um Sistema de fomento e valorização do processo negocial coletivo, foram apontados desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, diversos Tratados Internacionais da OIT, em especial, as Convenções Internacionais n. 98 e n.154 que, de forma específica, dirigem-se ao incentivo da negociação coletiva.

Conclui-se, portanto, que a negociação coletiva de laboral é considerada como um facilitador indispensável para resolver, de forma legítima e legal, os conflitos decorrentes das relações coletivas de trabalho, sendo um equívoco não haver sido objeto de incentivo, no atual estado de calamidade provocado pelo COVID 19.

Embora as Medidas Provisórias (927 e 936 de 2020) permitam adoção de alternativas trabalhistas flexibilizatórias por meio de acordos individuais, inclusive a redução de salário e a suspensão do contrato, a segurança jurídica só será encontrada na negociação coletiva de trabalho. Até mesmo porque, o debate sobre a (in)constitucionalidade, sobre aspectos das MPs, já se agita no cenário jurídico, em especial, quanto a redução salarial.

Vale ressaltar que, o Princípio da compulsoriedade negocial não permite que o sindicato recuse à negociação coletiva. A CLT (art.616, caput e parágrafos), inclusive, prevê os procedimentos legais que podem ser adotados, no caso de intransigência sindical em face da negociação proposta. Assim, a previsão constitucional e legal, desta obrigatoriedade, rebate o argumento da demora na negociação em meio a urgência que a situação exige.

Isto posto, o processo negocial coletivo de labor reforça o cumprimento das disposições constitucionais e legais, além de permitir mecanismos de resolução das necessidades peculiares às categorias econômicas e profissionais e, acima de tudo, é o instrumento de eficácia e garantia dos direitos fundamentais trabalhistas. A negociação tem sido considerada o melhor sistema para solucionar os problemas que surgem entre o capital e o trabalho.^[27]

7. Referências

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.* Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.* Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452. Acesso em: 06 abr. 2020.

27. RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho.** Trad Edilson Alkimin Cunha. São Paulo. LTr. 1995

BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.* Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.* Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020.* Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-936-de-1-de-abril-de-2020-250711934>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 590.415 Santa Catarina.* Ministro Luís Roberto Barroso – relator. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308967943&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2019.

CABRAL, Érico de Pina. *A “autonomia” no Direito Privado.* Revista de Direito Privado. n. 19, ano.5, jul./set. 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

GIUGNI, Gino; CURZIO, Pietro; GIROFALO, Maria Giovanni. *Direito Sindical.* Trad. Ekio Lucio Etioka. Rev. José Francisco Siqueira Neto. São Paulo: LTr. 1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo de Trabalho.* São Paulo: LTR, 1998.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho.* Trad Edilson Alkimin Cunha. São Paulo. LTr. 1995

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas.* São Paulo: LTr, 2014.

SOUZA JUNIOR, Antonio Humberto *et al.* E-book. *COVID-19 e os Impactos na Área Trabalhista.* Thomas Reuters. 2020. Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/legal-one/biblioteca-de-conteudo-juridico/medida-provisoria-927.html?fbclid=IwAR3cufSBOF-s3QtKhYvVuEXw0VDZNrtLrjHwMDe6MYldUZECD26ffscWMw>. Acesso em: 06 abr. 2020.

O Dever Fundamental de Fraternidade e a Pandemia

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH ^[1]

Sumário: 1. Explicando o ponto de partida; 2. Direitos e deveres fundamentais; 3. Uma proposta de classificação dos deveres fundamentais no Brasil; 4. O dever fundamental de fraternidade e sua aplicação prática em tempos de pandemia; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. Explicando o ponto de partida

O fenômeno do isolamento social forçado pelo avanço excepcional e devastador da COVID-19, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma das mais relevantes pandemias da história universal, produz inegáveis efeitos em segmentos variados da vida dos brasileiros – dentre eles no mundo jurídico.

O denominado Corona Vírus provocou uma mobilização (ou melhor, uma desmobilização) nunca antes vista nas últimas quatro décadas da história brasileira. O cenário é de ruas quase vazias, boa parcela do comércio com portas cerradas, serviços limitados, locomoção reduzida, confinamento em residências e muitos contatos com parentes e amigos apenas por meio dos mecanismos da tecnologia (vídeo chamadas, ligações, conversas via aplicativos de reunião remotas).

A denominada quarentena foi, inicialmente, auto imposta por parcela significativa dos cidadãos que acompanharam, com um misto de tristeza

1. Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Membro do IDCB – Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Advogado e Árbitro. Email: academico@fabioperiandro.adv.br.

profunda e medo real, os alarmantes números de doentes e de vitimados com a própria vida em países como a China, Cingapura, Itália e Espanha. Mais atualmente, os Estados Unidos, infelizmente, pontificam como um dos locais com maiores registros de casos da doença e com óbitos se avolumando.

As medidas restritivas do convívio social são duras, associadas a restrições administrativas de variadas ordens, sendo certo que há maior quantidade de atitudes protetivas nos grandes centros, notadamente nas capitais dos estados membros e em municípios com maior quantidade populacional ou vocação para turismo e, por conseguinte, com evidências concretas de se transformarem em focos de propagação do vírus nos casos de aglomerações.

Destacam-se neste cenário de extrema diferenciação de procedimentos o Estado da Bahia e o Município do Salvador, bem como o Estado de São Paulo. Nestas unidades até mesmo ideologias políticas díspares cederam espaço, republicaneamente, para uma atuação conjunta digna de registro e aplausos aos gestores que vêm focando suas forças e recursos materiais e institucionais no enfrentamento de um inimigo invisível, mas devastador.

Os atos do Governo Federal, com o respeito devido, não demonstram a segurança (inclusive jurídica) mínima necessária para o controle e o combate a uma situação extravagante como a vivenciada desde o mês de Fevereiro no país.

O que se mostra é um quadro de descompasso entre as necessidades técnicas da seara médica com o foco do Palácio do Planalto, em especial de Sua Excelência o Presidente da República, de minimizar o impacto social derivado da doença por convicções personalíssimas do mandatário maior (o qual não tem formação na área médica) e por uma preocupação

aparentemente exacerbada com a questão econômica sem levar em conta o sacrifício de centenas ou milhares de vidas humanas de brasileiros que merecem ser protegidos.

A falta de comando seguro na esfera nacional contrasta com os esforços das unidades subnacionais em manter firme e com fiscalização as campanhas para que as pessoas permaneçam em suas casas, saiam apenas para atividades indispensáveis e compreendam que o isolamento geral é a forma, até então, mais efetiva de enfrentamento quanto a disseminação do COVID-19.

A pandemia, porém, ensejou uma mudança de mentalidade que gera reflexos relevantes para a comunidade jurídica. A dicotomia direitos e deveres fundamentais nunca se mostrou tão atual e tão passível de estudos e reflexões.

A tensão existente entre o interesse público primário (da coletividade, dos cidadãos, daqueles dos quais “emanam o poder”, como referido no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 – o povo, aqui no sentido de população, por abarcar todos os que estejam no território nacional) e o secundário (do burocracia estatal, dos servidores públicos que, agora mais do que nunca, têm de colocar sua condição de autoridades em perspectiva menor e a de servidores públicos em primazia, focando no que for melhor para o povo e não no que as legendas partidárias, as concepções ideológicas e grupos de pressão tentam, por vezes, impor).

O momento é delicado. Nunca a geração atual e bem provavelmente a anterior tenham enfrentado um adversário invisível, que se propaga mesmo com seus hospedeiros assintomáticos, com alto grau de letalidade e com uma expansão tão gigantesca que inviabiliza os sistemas de saúde de países com estrutura muito diferenciada da brasileira – vide Espanha, China, Itália e Estados Unidos como exemplos maiores.

Se há um lado bom no vivenciar e buscar superar a pandemia do COVID-19, no viés jurídico que é o qual este escrito se propõe avaliar, é o crescimento da vertente da *fraternidade* como ideia quase que esquecida na sociedade nacional – ou, pelo menos, subdimensionada em tempos de normalidade sanitária, institucional e convivencial.

O trabalho se inicia por uma tentativa de aproximação entre os direitos e os deveres fundamentais; passa pela oferta de uma classificação útil dos deveres no Brasil e finaliza com o desenvolvimento do dever fundamental à fraternidade.

2. Direitos e deveres fundamentais

Deve-se esclarecer a distinção entre direitos fundamentais e deveres fundamentais. Enquanto os primeiros, como já dito, são as normas que tutelam pretensões dos indivíduos para o fim de compensar sua proteção quando ocorrerem abusos por parte do Estado ou de outros particulares, os *deveres fundamentais* **são imperativos de conduta que impõem a cada indivíduo obrigações de fazer, não fazer e tolerar com o objetivo de permitir a melhor coesão social possível:**

Os deveres fundamentais – embora a doutrina em seu encaixe seja ainda relativamente pouca – não podem ser concebidos noutro lugar que não ao lado dos direitos fundamentais (NABAIS, 2004, p. 64; PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 330), até porque não se pode, atualmente, conceber o indivíduo como portador apenas de direitos, devendo-se observá-lo também como sujeito de deveres – em relação a si próprio, à sociedade e às gerações futuras. A ideia de os seres humanos serem ao mesmo tempo sujeitos de direitos e de deveres será muito comum no mundo antigo, mas que se perdeu com o passar dos anos na história da sociedade ocidental, de maneira que a noção do ser humano detentor de um compromisso com sua comunidade ou sociedade foi perdendo valor, sobretudo a partir

da necessidade de se proteger a pessoa das ingerências estatais. Diante desse quadro, falar-se de direitos tão-só individuais foi muito comum especialmente a partir do constitucionalismo da era das revoluções (século XVIII). Entretanto, esse modelo já vetusto precisa ser substituído, porque as pessoas possuem tanto direitos quanto deveres, implicando a existência daqueles na existência destes (LOPES, 2006, P. 84-87). [...] Trata-se, portanto, de categoria jurídica que estabelece a cada indivíduo, à sociedade e ao Estado a necessidade de observância da ordem jurídica legitimamente estabelecida e de proporcionar a formação e a manutenção de uma base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de primordial importância, para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais.^[2]

Por essa razão que José Casalta Nabais bem explica que:

Todos os deveres fundamentais são em certo sentido, deveres para com a comunidade (e, portanto, deveres dos membros desta ou dos cidadãos), isto é, estão directamente ao serviço da realização de valores assumidos pela coletividade organizada em estado como valores seus. O que significa que os deveres fundamentais são expressão da estadualidade ao seu mais alto nível.^[3]

Deve-se compreender, portanto, que dever fundamental é um complemento dos direitos fundamentais regulados pela Constituição. O dever foca na viabilização dos direitos subjetivos individuais e até coletivos não na perspectiva egoística, de exclusiva proteção do indivíduo e prejuízo ou custo a ser suportado pela coletividade em geral.

2. SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Deveres fundamentais e a Constituição brasileira. In: *Fides*. Natal, v. 1, n. 2, ago./dez. 2010, p. 215 e 223.

3. NABAIS, Jose Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 101. Na doutrina brasileira, conferir RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez. 2007 e RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, em estudo específico acerca dos deveres fundamentais na perspectiva portuguesa e brasileira, bem identifica elementos essenciais quanto aos mesmos:

- a) A natureza jurídica dos deveres é de *cláusulas pétreas*, portanto normas com reforço de proteção no nosso ordenamento contra mudanças definitivas ou mesmo diminuições da capacidade eficácia dos deveres [4] ;
- b) Mesmo que o indivíduo não queira, os deveres têm de ser concretizados em prol da coletividade, não devendo ser aceitos argumentações pautadas em razões exclusivamente jurídicas como, por exemplo, eximentes de responsabilidade [5] ;
- c) Os deveres não são *numerus clausus* e sim uma lista aberta, própria da realidade constitucional brasileira com base no artigo 5º, § 2º [6] ;
- d) O prognóstico dos deveres é de sua ampliação da forma mais democrática possível, fomentando a preservação individual como derivação do cumprimento dos deveres. [7]

Pressupõe, portanto, equilíbrio e moderação entre o exercício das prerrogativas pessoais fornecidas pelo conjunto de direitos fundamentais previstos e a realização dos objetivos gerais no seio da sociedade.

4. “Assim como na Constituição Portuguesa (art. 288º, d) e e)), também a Constituição Brasileira (art. 60, § 4º, IV) não estabeleceu, expressamente, como limitação material ao poder reformador os deveres fundamentais, entretanto, na medida em que os deveres fundamentais são indispensáveis à garantia dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que, assim como os direitos, todos os deveres fundamentais são também cláusulas pétreas.” – MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador : JusPodivm, 2009, p. 95.

5. “Sem embargo, mesmo que o destinatário dos deveres fundamentais venha a suscitar excludentes de responsabilidade para se desvincular de suas obrigações, há um núcleo mínimo de proteção dos deveres fundamentais que não poderá ser desmerecido na medida em que poderá haver prejuízo irreparável ao direito fundamental associado” - MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador : JusPodivm, 2009, p. 97/98.

6. “Em que pese a doutrina majoritária entender pela existência de uma lista fechada de deveres fundamentais na Constituição, entende-se que não exista disposição constitucional que estabeleça *numerus clausus* em relação aos mesmos, na medida em que eles não se esgotam na Constituição formal, admitindo-se deveres fundamentais extra constitucionais que sejam indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais” – *Idem, ibidem*, p. 99.

7. “A atual dimensão dos deveres fundamentais tende a reconhecer sujeições passivas escolhidas pelo Estado que se equiparem aos deveres humanos, rompendo a perspectiva contratual rousseauiana dos deveres fundamentais para sua universalização kantiana segundo um imperativo categórico da razão prática, visando proteger o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo em sentido global (v. g. dever de cooperação com os povos da América Latina (art. 4º, parágrafo único), bem como deveres que protejam a identidade do ser humano, em face aos avanços da genética (v. g. dever de proteção à manipulação do material genético (art. 225, § 1º, II da CF)” - *Idem, ibidem*, p. 56.

Por isso que José Carlos Vieira de Andrade afirma que há deveres fundamentais dos cidadãos “ainda que não escritos, que decorrem da obediência de todos os homens, pelo facto de o serem, a um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem”.^[8]

Medeia a teoria dos deveres fundamentais a boa ou má concretização dos direitos diante do dilema entre *a proteção da coletividade* e *a proteção do indivíduo*. Não há direito absoluto, mas também não deve existir dever absoluto. Nesse sentido afirmam Bruna Lyra Duque e Adriano Sant’Ana Pedra:

Assim, reconhecer o outro, nas relações privadas, passa a ser o desafio na compreensão dos deveres fundamentais e a sua aplicabilidade. Dessa maneira, os deveres fundamentais podem ser concebidos como deveres jurídicos da pessoa, tanto física quanto jurídica, que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, apresentam um significado para determinado grupo ou sociedade e, assim, podem ser exigidos numa perspectiva pública, privada, política, econômica e social. Os deveres fundamentais traduzem-se, pois, tanto na noção de abstenção, quando ao sujeito do dever é vedado fazer algo, como na imposição de um comportamento positivo.^[9]

O interesse público precisa ser harmonizado, tal qual um bom vinho, ao interesse individual – fazendo os ajustes necessários para que não haja abusos de parte a parte.

8. ANDRADE José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra : Almedina, 2004, p. 167

9. DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1f0cf94512f963e>. Acesso em 29 mar. 2020.

3. Uma proposta de classificação dos deveres fundamentais no Brasil

O tema comporta diversas tentativas de classificação, normalmente vinculadas ao pensar livre dos autores que se debruçam acerca dos deveres fundamentais. Um exemplo importante é o de Carlos Rátis Martins^[10]:

Com efeito, a ampliação dos direitos fundamentais implicou a criação de novos deveres fundamentais para protegê-los, o que permite identificar dimensões de deveres associadas aos direitos fundamentais.

Os deveres fundamentais de 1ª dimensão seriam aqueles que corresponderiam às sujeições passivas indispensáveis à existência do Estado Liberal e manutenção das liberdades e propriedade: a) dever de defesa da pátria; b) dever de pagar tributos; c) dever de sufrágio etc.

A afirmação dos deveres fundamentais de 2ª dimensão, por sua vez, está associada ao reconhecimento dos direitos sociais conquistados, no período entre o advento da Revolução Industrial e a segunda guerra, exigindo comportamento dos particulares que viessem a atender os interesses da coletividade, quais sejam, entre outros: dever de proteger a saúde; dever de trabalhar; dever de escolaridade básica (art. 208, I); dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis (art. 9º, § 1º da CF/88); dever dos pais em assistir, criar e educar os seus filhos (art. 229 e art. 5º, LXVII); o dever dos filhos em amparar os pais (art. 229); dever de prestação de contas (art. 70, parágrafo único); dever de respeito à função social da propriedade (art. 182, § 4º e art. 186) etc.

10. Para uma ampla análise e síntese das classificações dos deveres fundamentais cf. SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 95, Abr.-Jun., 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.06.PDF. Acesso em 28 mar. 2020.

A 3ª dimensão dos deveres fundamentais decorre da lógica de solidariedade responsável inerente ao Estado Social, haja vista que os mesmos passam a cumprir uma tarefa de redistribuição, influenciados pelos ideais de solidariedade, assumindo os indivíduos uma série de obrigações concretas para contribuir na ordem social, visando proteger interesses transindividuais. Corresponderiam ao: dever de preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural (art. 216, § 1º); dever de defesa do meio ambiente (art. 225).^[11]

É possível referir alguns deveres fundamentais dos mais básicos, sem esgotar o tema: dever de solidariedade (artigo 3º da Constituição Federal), dever de pagar tributos; dever de participação cidadã e, em especial, dever de autocontenção e tolerância.

Os dois últimos deveres merecem, pela relevância e atualidade, maior detalhamento.

Por dever de autocontenção deve-se compreender a obrigação de cada indivíduo se limitar a exercer seus direitos fundamentais ao mesmo tempo que permite que os demais indivíduos aproveitem os seus próprios direitos. O exercício concomitante de direitos fundamentais deriva, pois, de uma obrigação de não fazer por parte de cada indivíduo, qual seja esta, a viabilização que o interesse dos demais integrantes da vida social seja atendido mesmo quando um indivíduo quer exercitar suas prerrogativas fundamentais.

Um exemplo dos mais atuais no Brasil: em nome do exercício do direito de liberdade de expressão e de reunião, indivíduos (na maioria esmagadora das vezes em número reduzido) ultrapassam nas apenas os limites da educação doméstica, mas avançam contra os demais indivíduos

11. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Introdução ao estudo dos deveres fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 76/77.

fechando ruas e estradas de forma integral, o que enseja a violência contra direitos fundamentais alheios como a liberdade de locomoção, de profissão, de cuidados com a saúde, por exemplo.

Já por dever de tolerância, fundamentado este no artigo 1º, parágrafo único, inciso V (com o nome de pluralismo político), deve-se compreender a obrigação de *tolerar*, no sentido de aceitar e conviver com o que é diferente e, em particular, com o que não se mostra aceitável para um grupo social específico. Quem tolera não precisa gostar, mas apenas respeitar o que o outro gosta e pelo qual luta. E, na mesma linha, quem tolera já cumpre a função jurídica de respeito para com os demais indivíduos. Impor sua crença, sua vontade ou seu ponto de vista, por vezes, deve ser combatido pela aplicação concreta do dever de tolerância, ainda que as circunstâncias sejam complexas – pois o dever de tolerar tem uma clara função inibitória de conflitos e, por isso, gera maior pacificação social.

Um exemplo também dos mais atuais no Brasil: a proteção de direitos fundamentais como o casamento para pessoas do mesmo sexo, em detrimento de normas infraconstitucionais ainda usarem o gênero para tal distinção, não necessita ser elogiada por todos os que, dadas suas condições pessoais, entendem ser essa evolução jurídica um erro ou um retrocesso; contudo, estes últimos, se tem direito de opinião acerca do tema, têm ao mesmo tempo de tolerar que o avanço social pode não lhes agradar.

O que se pode concluir acerca dos deveres fundamentais é que eles promovem um reforço da cidadania ativa (ou seja, da atuação das pessoas buscando, cada qual ao seu modo e com seus recursos, proteger sua esfera jurídica individual e, ao mesmo tempo, preservar e proteger a coletividade) e, ao mesmo tempo, visam equilibrar a vontade individual às necessidades sociais (ou seja, procuram coordenar esforços para que o empoderamento de cada um seja parte integrante de um processo de evolução do conjunto de indivíduos).

Dada a relevância dos deveres fundamentais, mostra-se importante indicar tipos específicos e principais, sem esgotar sua previsão:

- a) *Deveres Cívicos* – o exercício do direito de votar, a prestação do serviço militar obrigatório e o auxílio público em caso de desastres;
- b) *Deveres Éticos* – respeito e aplicação da moralidade administrativa, a atuação generalizada por meio da boa fé subjetiva e objetiva e exercício o mais ativo possível da fiscalização social de gastos públicos e gestões públicas em todos os níveis federativos;
- c) *Deveres de Custeio Social* – solidariedade social [12] e pagar tributos [13] ;

12. “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. PESSOA JURÍDICA SEM EMPREGADOS. CONCEITO AMPLO DE EMPREGADOR, EM PRESTÍGIO À UNIVERSALIDADE DA COBERTURA. CONCEITO DE REFERIBILIDADE MITIGADO PELO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL. 1. O conceito de empregador que se extrai da legislação previdenciária deve comportar flexibilização com relação ao conceito trabalhista, de modo que compreenda o maior universo possível. 2. A solidariedade social e a universalidade na cobertura respaldam as interpretações extensivas em favor do recolhimento e mitigam a referibilidade das exações que mantêm a seguridade social.” – STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 764794/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 19/12/2012.

13. “A CONFLUÊNCIA ENTRE OS DEVERES DO CONTRIBUINTE (O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS) E OS DEVERES DO FISCO (O DEVER DE BEM TRIBUTAR E FISCALIZAR) Por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual tem, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. A solução do presente caso perpassa, portanto, pela compreensão de que, no Brasil, o pagamento de tributos é um dever fundamental. A propósito do tema, vale destacar, por seu pioneirismo, a obra do jurista português José Casalta Nabais. No livro “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental. Na doutrina brasileira, vale mencionar os estudos de Marciano Buffon, que, se debruçando sobre a conceito em referência, destacou a importância do dever fundamental de pagar tributos numa sociedade que se organiza sob as características do Estado Social – como é o caso do Brasil –, pois, nesse modelo, o Estado tem o dever de assegurar a todos uma existência digna, o que pressupõe a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais do cidadão, por meio da prestação que demandam recursos públicos. O autor disserta: “Enfim, não se faz necessário um profundo esforço intelectual para se compreender a importância do dever fundamental de pagar tributos, pois sem ele a própria figura do Estado resta quase inviabilizada, uma vez que não é possível pensar uma sociedade organizada sem que existam fontes de recursos para financiar o ônus dessa organização, exceto se o exemplo pensado for uma sociedade na qual os bens de produção estejam concentrados nas mãos do próprio Estado. Esse dever fundamental se torna mais significativo quando a sociedade se organiza sob as características do denominado Estado Social, pois esse modelo tem como norte garantir a todos uma existência digna, e isso passa, especialmente, pela realização dos denominados direitos sociais, econômicos e culturais, o que demanda uma gama expressiva de recursos. (...) Dentro do modelo do Estado Social, a tributação ocupa um papel de fundamental importância, porque é esse modelo de Estado que tem o dever de assegurar os direitos fundamentais, sendo que tais direitos são mais necessários aos menos providos da capacidade de contribuir para com a coletividade” (BUFFON, Marciano. Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009. p. 91). O tributo corresponde, pois, à contribuição de cada cidadão para a manutenção do Estado e, consequentemente, para a realização de atividades que assegurem os direitos fundamentais – notadamente os direitos daqueles que possuem menos condições de contribuir financeiramente com o Estado. Tendo isso em conta, José Casalta Nabais ressalta que o imposto não deve ser encarado como mero exercício de poder pelo Estado, ou como um sacrifício pelo cidadão, mas como “contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria ação (econômico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte” (O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998, p. 679, grifo nosso). Nesse quadro, evidencia-se a natureza solidária do tributo, o qual é devido pelo cidadão pelo simples fato de pertencer à sociedade, com a qual tem o dever de contribuir. O dever fundamental de pagar tributos está, pois, alicerçado na ideia de solidariedade social. Consoante aduz Marciano Buffon, “o liame da solidariedade é o fundamento que justifica e legitima o dever fundamental de pagar tributos, haja vista que esse dever corresponde a uma decorrência inafastável de se pertencer a uma sociedade” (p. 99). A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para

d) *Deveres de Tolerância* – pluralismo político (no sentido de pluralidade de ideias concepções de vida, pontos de vista diversos que devem ser respeitados, ainda que não aceitos pelo indivíduo) e auto contenção (exercício de direitos e posições subjetivas vantajosas com parcimônia e sem a criação de embaraços para a coletividade por conta da satisfação individual).

Gilmar Ferreira Mendes sintetiza, com inteira razão, que os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e “se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos”.^[14]

4. O dever fundamental de fraternidade e sua aplicação prática em tempos de pandemia

O momento excepcional que o mundo em geral e o Brasil em particular atravessa na história convida – ou melhor, *obriga* – a que os níveis mais amplos e profundos tanto dos direitos quanto dos deveres fundamentais sejam alvo de maior atenção da comunidade jurídica.

No campo dos direitos fundamentais brasileiros, a denominada terceira dimensão é denominada de *direitos transindividuais*. Dominaram o século XXI e ainda se fazem presentes.

Os direitos de terceira dimensão se caracterizam por uma preocupação ainda mais ampla que a proteção exclusiva do indivíduo isolado ou

tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Sendo o pagamento de tributos, no Brasil, um dever fundamental, por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal” – BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 22009/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 12-05-2016.

14. MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 232-233.

mesmo das coletividades: seu foco é a generalidade das pessoas, mesmo que indeterminadas e, por vezes, até mesmo ainda não nascidas – daí a referência a direitos transgeracionais como a Constituição Federal de 1988 estampa na parte final do artigo 225 (*“impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo [o meio ambiente] para as presentes e futuras gerações”*).

A terceira dimensão envolve com destaque os direitos dos consumidores e a proteção e tutela diferenciada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal incluiu neste rol o patrimônio histórico e cultural.^[15]

De fato, é quase impossível não reconhecer de pronto a amplitude generalizada desses ramos do Direito. A lesão consumerista ou ambiental gera prejuízos simultâneos a cada lesado, aos mais próximos dele, a quem nem mesmo soube da lesão mas ainda assim pode ser atingido e prejudicado também. Por sua vez, os achados históricos norteiam a memória do país e sua relevância para novos estudos e novas descobertas em prol da sociedade.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, o Brasil está na terceira dimensão em termos de evolução dos direitos fundamentais.^[16]

15. “A proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração, é matéria expressamente prevista no Texto Constitucional (art. 216 da CRFB/1988). A ordem constitucional vigente recepcionou o DL 25/1937, que, ao organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabeleceu disciplina própria e específica ao instituto do tombamento, como meio de proteção de diversas dimensões do patrimônio cultural brasileiro” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 1.966 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27-11-2017.

16. “Meio ambiente - direito à preservação de sua integridade (cf, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - espaços territoriais especialmente protegidos (cf, art. 225, § 1º, iii) - alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - supressão de vegetação em área de preservação permanente - possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - relações entre economia (cf, art. 3º, ii, c/c o art. 170, Vi) e ecologia (cf, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (rtj 164/158, 160-161) - a questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (cf, art. 170, Vi) - decisão não referendada - conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. (Brasil. Supremo tribunal federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 3540/dt, djv de 03/02/2006, p. 14).

Dentre os deveres fundamentais de terceira dimensão, na expressão de Carlos Rátis Martins, e como bem salienta José Joaquim Gomes Canotilho (para quem os deveres fundamentais significam “problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade” e “recortam-se na ordem jurídico-constitucional portuguesa como uma categoria autônoma. (...)) Vale aqui o princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre direitos e deveres fundamentais, entendendo-se mesmo ser a assimetria entre direitos e deveres uma condição necessária de um ‘estado de liberdade’), é imperioso reconhecer que “As ideias de ‘solidariedade’ e de ‘fraternidade’ apontam para deveres fundamentais entre cidadãos”:

O fundamento constitucional, tal como ele se recorta na Constituição de 1976, não é, em primeira linha, a necessidade de defender ideias morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, estado, república), mas sim a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito.^[17]

A aparente crítica não esconde a importância da fraternidade enquanto base de suporte moral às normas e interpretações que viabilizam a proteção dos direitos e dos deveres de terceira dimensão. Nesse sentido são esclarecedoras as considerações de Júlio Pinheiro Siqueira:

Ao se construir as bases do regime jurídico dos deveres fundamentais, suas características são inevitavelmente apontadas e, com elas, sua natureza. Assim, também para identificar a natureza do instituto é necessário um conhecimento aprofundado sobre o domínio geral dos deveres, tanto no que se refere às obrigações jurídicas quanto no que diz respeito aos deveres e obrigações morais. Nesse sentido, e apenas muito superficialmente, pode-se afirmar

17. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 531, 532, 533 e 536.

que a natureza dos deveres fundamentais está fundamentada em noções como responsabilidade, solidariedade, fraternidade, cooperação, valores e, talvez principalmente, alteridade. Quer dizer, o real sentido da existência dos deveres está em como cada pessoa percebe o seu papel na sociedade e como se relaciona com as outras pessoas. Se em uma sociedade as pessoas só dão valor às outras quando elas contribuem para o desenvolvimento de sua felicidade e seu bem-estar, então a exaltação do eu destaca uma precedência dos direitos sobre os deveres, firmando a existência de uma crise de valores nesta sociedade. E isso porque, ainda que os direitos possam ser um instrumento de solidariedade, eles são normalmente utilizados, no mundo ocidental, como trunfos, isto é, deveres somente serão exercidos quando direitos tiverem sido concretizados, fato que traduz a perspectiva solipsista (individualista extremada), a qual faz os indivíduos e a sociedade sabotarem-se, revelando uma crise de valores. Isso é assim porque enquanto decorrentes dos valores, ou seja, das diretrizes para a manutenção da ordem social, são os deveres que determinam o comportamento dos poderes, quer dizer, como os impulsos e as necessidades dos indivíduos, isto é, seus direitos, serão exercidos (realizados ou concretizados), não o contrário.^[18]

As bases do dever fundamental de fraternidade no Brasil passam pelos seguintes elementos essenciais:

- a) *solidariedade enquanto dever fundamental básico e expresso* de terceira dimensão na Constituição Federal de 1988 (artigo 3º, I);
- b) *proteção difusa dos mais vulneráveis enquanto dever fundamental implícito*, extraído do macro princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, § único, III);
- c) *autocontenção enquanto desdobramento da ideia de fraternidade*, considerando-se que as abstenções particulares, mesmo com algum

18. SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 95, Abr.-Jun., 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.06.PDF. Acesso em 28 mar. 2020.

sacrifício suportável e temporário, são a base concreta para que necessidades coletivas (aqui no sentido de generalizadas, para fins de preservação de diversos outros indivíduos) venham a ser efetivadas com o mínimo de prejuízo de vidas e recursos humanos, gerando ainda a chamada *salvaguarda do abuso de direitos fundamentais*;

d) *calibração revisitada da noção de interesse público primário*, analisado no contexto de uma sociedade livre, justa e solidária como a democrata brasileira, como explicitado por Luís Roberto Barroso, e correspondendo à exigência concreta de se conferir prioridade à proteção, resguardo e preservação dos valores fundamentais de todas as pessoas ainda que, no caso concreto, as vontades individuais venham a ser objeto de restrição temporária:

O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (...) O problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental. A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública (...) O uso da *razão pública* importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto.^[19]

O dever de fraternidade, portanto, repousa na ideia essencial que agir com foco na proteção simultânea tanto do indivíduo quanto dos demais concidadãos (sejam estes do círculo familiar, de amizade, de relacionamento profissional ou mesmo totalmente desconhecidos) não é um favor que a pessoa faz atuando socialmente com diletantismo e galhardia. É, sim, uma

19. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. 2 tir. São Paulo : Saraiva, 2018, p. 98, grifo do original.

demanda que precisa ser cultivada a cada ato praticado no âmbito social, em cada comunidade, partindo da premissa que a vida humana não tem gradação de valores e cada vida vale por si mesma.

No mesmo sentido, a fraternidade se expõe com maior clareza quando se foca na preservação dos mais vulneráveis socialmente. Em tempos de pandemia, por exemplo, a proteção das pessoas que lotam as ruas de todo país tem de ser repensada e priorizada, eis que a conjuntura normal de cuidados sociais (deficitários como regra no Brasil todo) fica reduzida a quase zero quando as pessoas que doam itens como comida, água, remédios, roupas estão em isolamento dentro de suas casas, os comerciantes estão com suas lojas fechadas e não há quase circulação de dinheiro ou de pessoas para constatarem as agruras dos moradores sem teto.

Agir de forma fraterna também passa pela autocontenção, ou seja, pela colocação de limites próprios aos indivíduos pelos próprios indivíduos, quer por conduto de razões personalíssimas (religiosas, cívicas, derivadas do bom senso e da possibilidade de convivência em sociedade), quer por conduto de ordens públicas que se justificam em casos de anormalidades como a atual pandemia do COVID-19.^[20]

20. O Governador do Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 19.529 de 16/03/2020, publicado no Diário Oficial do dia 17 de março do corrente ano, fixou medidas temporárias a serem adotadas, no âmbito do Estado, para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Considerou de forma expressa que a Organização Mundial de Saúde classificou, no dia 11 de março de 2020, o COVID-19 como pandemia e que a situação demanda o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, a fim de evitar a disseminação da doença. Considerou, não explicitamente, também, os números crescentes de vítimas e o caos nos sistemas médicos de países que não agiram com a prudência necessária. Todas as restrições contidas nos 18 artigos originários e nas suas derivações postas por novos atos normativos posteriores são limitações individuais significativas, porém justificadas pelo contexto público antevisto no país e já vivenciado, com tristíssimos resultados, em outros países que preferiram desprezar o isolamento social e a quarentena dos enfermos comprovados em benefício de um bem estar individual egoístico e de efeitos mordazes. Na esteira dos mesmos fatos excepcionais o Prefeito Municipal do Salvador editou o Decreto nº 32.248, de 14/03/2020, amparado na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 e na Portaria MS/GM nº 356 de 11 de março de 2020, definindo, no âmbito local, limitações como a suspensão das aulas das redes pública e privada por 15 dias; fechamento das academias e cinemas por 15 dias; fechamento dos parques públicos por tempo indeterminado; suspensão de férias e licenças de profissionais da Saúde, Guarda Civil Municipal, Sempre, Defesa Civil e Gabinete do Prefeito e trabalho remoto para servidores acima de 65 anos, desde que não desenvolva atividades essenciais e estratégicas, além de inaugurações sem presença de público. Os números, porém, indicam um resultado mais satisfatório que a média dos locais aonde não houve o isolamento e as medidas de contenção, como exposto no último Boletim do Corona Vírus emitido pela Secretaria de Saúde (SESAB) da Bahia: “A Bahia registra 147 casos confirmados de coronavírus (COVID-19), um óbito e 1.380 casos descartados laboratorialmente. Estes números contabilizam todos os registros de janeiro até as 11 horas deste domingo (29). Os municípios com casos positivos são estes: Alagoinhas (1); Barreiras (1); Brumado (1); Camaçari (1); Canarana (1); Conceição do Jacuípe (1); Conde (1); Feira de Santana (9); Ilhéus (2); Itabuna (2); Itagibá (1); Itamaraju (1); Itororó (1); Jequié (1); Juazeiro (2); Lauro de Freitas (11); Pojuca (1); Porto Seguro (10); Prado (3); Salvador (94, sendo três importados); São Domingos (1) e Teixeira de Freitas (1)”. –

Ainda no que pertine à autocontenção, a mesma consagra a noção fundamental que *não se pode socializar os prejuízos*, em especial quando os destinatários das críticas, queixas e atitudes “rebeldes” individuais em face das autoridades públicas gestoras de uma crise não possuem condições jurídicas e institucionais de solucionarem as demandas envolvidas.

É, pois, o típico caso da tentativa de desobediência civil de idosos e demais pessoas que, durante o surto pandêmico da COVID-19 no Brasil contemporâneo, pautados em convicções pessoais sem nenhum fundamento científico, e mal empregando um – ao seu ver – direito absoluto de liberdade de ir e vir, pretendem trafegar em vias públicas, se aglomerarem em praças e ruas e desprezar recomendações médicas e normas públicas de isolamento social como uma espécie de “protesto individual”, o qual mais se assemelha a um devaneio ou arroubo de inconsequência. Eis um exemplo clarificado de ofensa ao dever de fraternidade, na perspectiva da necessidade de respeito à autocontenção.

Fundado na teoria de Fábio Konder Comparato, referindo Kant ao tratar da vontade moralmente boa, pode-se concluir que cumprir com o dever de autocontenção implica em cumprir os seus desígnios em consonância com as razões de outrem, orientadas na mais das vezes pelas autoridades públicas, mesmo que isso não seja do interesse do agente e nem mesmo haja uma inclinação natural do mesmo para o cumprimento de tal mister, uma simpatia em relação aos que necessitam de auxílio, por

BAHIA. Secretaria de Saúde. Disponível em <http://www.saude.ba.gov.br/2020/03/29/bahia-registra-147-casos-confirmados-de-COVID-19-e-um-obito/>. Acesso em 29 mar. 2020. De igual modo, no âmbito de Salvador: As estratégias de Salvador no combate à pandemia do coronavírus ganharam destaque internacional na plataforma Cities For Global Health (Cidades pela Saúde Global), que reúne as melhores políticas públicas ao enfrentamento do COVID-19. Salvador é a única cidade do Norte e Nordeste considerada referência mundial. A plataforma, criada pela Rede Mundial de Cidades (Metropolis) e a Aliança Eurolatinaamericana de Cooperação entre as Cidades (ALLAS), apresenta cerca de 90 iniciativas de 23 cidades em diferentes regiões do mundo contra o coronavírus. Cidades como Bruxelas (Bélgica), Jeonju (Coreia), Barcelona (Espanha), Montreal (Canadá), Bogotá (Colômbia) e cinco brasileiras: Salvador, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Curitiba compartilham suas experiências e promovem um intercâmbio técnico de boas práticas. (...) O trabalho de fiscalização das decisões é realizado pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Urbanismo (Sedur). Desde o dia 18 de março até esta quinta-feira (26), foram realizadas mais de 2.100 vistorias, 33 interdições e 20 alvarás de funcionamento foram cassados”. - *Salvador ganha destaque internacional por práticas contra coronavírus: Salvador é a única cidade do Norte e Nordeste considerada referência mundial*. Disponível em <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/salvador-ganha-destaque-internacional-por-praticas-contra-coronavirus/>. Acesso em 27 mar. 2020.

exemplo – mas porque não se pode, deliberadamente, prejudicar a outrem apenas por vanglória ou intencionalidade próprias.^[21]

A fraternidade ainda passa pela calibração do interesse público primário. Se é certo afirmar que o povo é o titular de todo o poder no Brasil, não é menos correto afirmar que há interesses do povo de diversos níveis (individuais, coletivos, difusos). A forma prioritária de organizar o gradiente de concretização, ou seja, qual deve ser preservado em cada caso concreto, deveria ser – na visão geral e como regra primeira – proteger o indivíduo com primazia, depois os grupos e, por fim, realizar a proteção intangível difusa da “sociedade”.

Contudo, em tempos de pandemia por exemplo, a normalidade cede espaço, forçadamente, para a excepcionalidade das demandas difusas sobressaírem em detrimento das de grupos determinados (sociais e religiosos por exemplo) e da vontade dos indivíduos (isolamento social como dever fundamental em contraponto à liberdade de ir e vir e de reunião).

Em outros termos: o que muda não é diminuir a importância dos direitos fundamentais individuais ou difusos, e sim conferir maior expressão ao dever fundamental difuso de fraternidade, atribuindo a cada qual das pessoas uma parcela da responsabilidade pela preservação dos demais integrantes do tecido social – criando, assim, uma rede ou teia de proteção que, ocasionalmente, sacrifica a vontade pessoal em benefício de toda uma coletividade de vulneráveis e necessitados que dependem do esforço comum para que suas vidas e integridades física e psicológica sejam mantidas e preservadas.

21. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 65.

5. Conclusão

O momento de agora não é de hipertrofiar o ego dos direitos fundamentais personalíssimos.

Eles são importantes conquistas históricas, sem dúvida, e merecem ser protegidos. Porém, em um contexto de excepcionalidade mundial, fruto de um fato jurídico não dominado pelo ser humano e seu estado da arte de tecnologia (pandemia do Corona Vírus ou qualquer outra moléstia com números e letalidade tão alarmantes quanto), o cenário democrático deve ser lido pendulando e concentrando as forças no sacrifício individual temporário para que a proteção das vidas de forma difusa seja priorizada, mesmo a *contragosto* de determinados indivíduos. Eis o custo da humanidade na democracia.

O dever de fraternidade tem umbilical vinculação com a ética, eis que “Sempre quando se fala em ética se está a falar em liberdade e em responsabilidade”, posto que a “capacidade de correlacionar a esfera íntima de minha liberdade de autodeterminação e a responsabilidade sobre a esfera exterior dos resultados de minha ação”^[22] constituem, sem dúvidas razoáveis, o substrato do dever de cooperação que cada cidadão há de respeitar em prol da coletividade, mesmo que desconhecida dos seus círculos sociais mais próximos.

Exemplo vívido do quanto exposto é a necessidade de rever premissas que, em situações de absoluta normalidade constitucional e social, são caras ao extremo. Luís Roberto Barroso afirma que se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica na violação da dignidade da pessoa humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida.^[23]

22. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 480.

23. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. 2 tir. São Paulo : Saraiva, 2018, p. 99.

A assertiva está plena de correção nas circunstâncias normais da vida social. Mantém-se correta se as restrições promovidas pelo Estado em detrimento dos indivíduos forem abusivas, ou seja, destituídas de razões palpáveis e aferíveis pela coletividade (aqui o espaço adequado da neutralização dos abusos que os direitos fundamentais permitem de forma tão eficiente em nosso ordenamento).

Entretanto, no contexto de uma pandemia, no qual o protecionismo às vontades individuais pode ensejar uma calamidade pública de saúde com número expressivo de mortos por conta da proliferação assustadoramente rápida e, também, com casos subnotificados à toda evidência, deve-se lançar mão de interpretações temperadas quando o assunto tocar na equação liberdade individual *versus* proteção médica coletiva.

Justifica-se, portanto, a colocação em prática de ideias inovadoras, ainda que para alguns com “viés autoritário”, como a da existência do *dever fundamental de ficar em casa em tempos de Corona Vírus*, sustentada por Carlos Rátis Martins em trabalho inédito. O referido professor baiano afirma que em tempos de calamidade pública como a que ora o Brasil vivencia, o dever geral de recolhimento domiciliar “será exercido através de sujeições essenciais, adequadas e proporcionais, objetivando restringir o direito de locomoção para proteger o bem maior que é a saúde pública e a vida de todos os brasileiros”, reconhecendo que o respeito a tal postura configura exercício da denominada cidadania responsável.

O dever de fraternidade, portanto, configura uma forma de elevar ao nível constitucional e concretizar o postulado advindo do Digesto de Ulpiano denominado *alterum non laedere*, ou seja, a ninguém ofender – que é o que se traduz da locução latina *neminem laedere*, inserta na Institutas de Justiniano “fundado um dever social, elementar à própria ordem jurídica, impõe, em princípio, que não se deve lesar a ninguém, respeitando os direitos alheios, como os outros devem respeitar os direitos de todos”.^[24]

24. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico v. I-IV. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 240, grifos do original.

As mensagens atuais, e momentâneas, são claras e devem ser repetidas à exaustão: fiquem em casa; cumpram as indicações das autoridades médicas sanitárias competentes; exercitem a resiliência em prol dos mais vulneráveis e tenham certeza que teremos um futuro se cuidarmos de todos agora.

6. Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra : Almedina, 2004.

BAHIA. *Secretaria de Saúde*. Disponível em <http://www.saude.ba.gov.br/2020/03/29/bahia-registra-147-casos-confirmados-de-COVID-19-e-um-obito/>. Acesso em 29 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. 2 tir. São Paulo : Saraiva, 2018.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 22009/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 12-05-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 1.966 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27-11-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 764794/SP*, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 19/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540/DF*, DJU de 03/02/2006, p. 14.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORREIO DA BAHIA. *Salvador ganha destaque internacional por práticas contra coronavírus: Salvador é a única cidade do Norte e Nordeste considerada referência mundial*. Disponível em <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/salvador-ganha-destaque-internacional-por-praticas-contracoronavirus/>. Acesso em 27 mar. 2020.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1f0cf94512f963e>. Acesso em 29 mar. 2020.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador : JusPodivm, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

NABAIS, Jose Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

RUSCHEL, Caroline Vieira. *O dever fundamental de proteção ambiental*. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez. 2007.

RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* v. I-IV. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. *Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 95, Abr.-Jun., 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.06.PDF. Acesso em 28 mar. 2020.

Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia

GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ ^[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio; 3. Limitações, Controle e Direitos Fundamentais; 4. Conclusões e Riscos para a Democracia em Tempos de Pandemia; 5. Referências.

“O direito da intolerância é, pois, absurdo e bárbaro. É o direito dos tigres, e bem mais horrível, pois os tigres só atacam para comer, e nós nos exterminamos por conta de parágrafos” (Voltaire)^[2].

1. Introdução

Nossa geração enfrenta um dos momentos mais delicados de sua existência. Em escalada crescente, notícias oriundas dos mais diversos meios de comunicação evidenciaram a escalada exponencial dos números de contaminados pelo surgimento e expansão do coronavírus. Conhecido oficialmente pela sigla COVID-19, tem ensejado a adoção de medidas restritivas por diversos países e atraído uma série de importantes reflexões sobre o papel do Direito Constitucional ^[3].

1. Mestre e Doutor em Direito do Estado – USP. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade. Contato: gabriel_dmc@yahoo.com.br.

2. VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*, p. 35.

3. Neste sentido, cf. o Editorial da Associação Internacional de Direito Constitucional sobre o assunto. Disponível em: <https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/24/editorial-COVID-19-global-pandemic>. Acesso em: 30/03/20.

Precisamos enfrentar um inimigo ainda desconhecido – invisível e, em diversas situações, fatal – que amedronta povos das mais diversas culturas, credos e níveis de desenvolvimento. O vírus é **tragicamente democrático** em seu alcance, na medida em que atinge as suas vítimas com isonômica voracidade, provocando maior número de fatalidades dentre os grupos que a ele são mais vulneráveis.

Não se trata de algo inédito na história do mundo. Com efeito, algumas gerações já precisaram lidar com o surgimento de pragas que desafiaram os sistemas de saúde e de pesquisa mais qualificados, disseminando preocupações com os impactos econômicos e, principalmente, com as vidas ceifadas ao longo da duração de cada tragédia.

Chegou, infelizmente, a nossa vez.

Neste sentido, o objetivo deste artigo é o de examinar as características principais de três providências que passaram a ser cogitadas – e, em alguns casos, implementadas – no vocabulário jurídico-constitucional brasileiro: a decretação de Calamidade Pública, do Estado de Defesa e do Estado de Sítio. Pretendo demonstrar quais as suas principais características e, em especial, quais são os seus limites, tendo em vista o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela nossa Constituição de 1988.

Vejamos, pois, as armas jurídicas de que dispomos, que precisam ser utilizadas com prudência, consciência, adequação – em síntese, com proporcionalidade – sob pena de deflagrar uma letalidade ainda mais perigosa para a democracia.

2. Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio

O ordenamento jurídico brasileiro contempla ao menos três situações

de excepcionalidade para enfrentar casos de calamidade de grandes proporções, que exigem providências enérgicas e concentração de esforços: a Calamidade Pública, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

A **Calamidade Pública** representa uma estratégia para a adoção de maior flexibilidade orçamentária por parte do Poder Executivo diante das limitações legais existentes.

Sabe-se que a criação de políticas públicas eficazes para lidar com a pandemia exige uma quantidade significativa de recursos financeiros, o que não encontra amparo nas estritas restrições legislativas. Portanto, o reconhecimento, após a devida autorização do Congresso Nacional, do Estado de Calamidade Pública traz mais conforto orçamentário ao Executivo. O tema foi alvo do Decreto Legislativo nº 6, de 2020 ^[4], sendo que a finalidade do reconhecimento do Estado consta em seu artigo 1º, que preceitua:

Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Vale dizer que o regime de Decretação de Estado de Calamidade Pública tem sido, até o momento de conclusão deste artigo, o adotado pelo Governo Federal brasileiro, assim como por diversos entes da Federação. Existe, inclusive, orientação para que haja o reconhecimento federal da decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública

4. BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 30/03/20.

nos demais entes políticos, o que se depreende da Portaria de nº 743, de 26 de março de 2020^[5].

Uma das providências normativas mais importantes sobre o assunto foi a edição da Lei nº 13.979, que dispõe sobre medidas para enfrentamento do coronavírus e assegura, por exemplo, dispensa de licitação em prol de maior eficiência nas contratações (artigo 4º)^[6].

Uma das situações mais polêmicas no âmbito da calamidade pública diz respeito à definição dos limites claros de atuação de cada ente, tendo em vista o perfil da Federação brasileira. É importante registrar que, em uma Federação, não se torna legítima a postura invasiva da autonomia alheia, constatação válida para todos os entes que integram o pacto político.

Todavia, qual seria o grau exato de autonomia para a atuação de cada ente? De quem seria a competência específica em cada caso, que informa o limite de sua atuação? A pergunta encontra variadas respostas, que dependem da orientação judicial conferida pelo Supremo Tribunal Federal. O assunto, contudo, extrapola os limites previstos para este artigo.

Além da decretação de Calamidade Pública, a ordem jurídica brasileira consagrou o **Estado de Defesa** e o **Estado de Sítio**. Os artigos 136 a 141 da Constituição de 1988 contemplam, conforme a doutrina, o chamado **Sistema Constitucional das Crises**, pensado para abarcar medidas rigorosas, passíveis de adoção em hipóteses excepcionais e com o devido cuidado em sua implementação^[7].

A doutrina brasileira descreve o Estado de Defesa e o Estado de Sítio dentro do âmbito do que podemos chamar de regimes de legalidade

5. BRASIL. **Portaria nº 743, de 26 de março de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20743-20-mdr.htm. Acesso em: 30/03/20.

6. BRASIL. **Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 30/03/20.

7. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1075.

extraordinária ^[8]. Preserva-se o respeito à legalidade, parâmetro de atuação que obrigatoriamente orienta e limita a atuação estatal. Contudo, permite-se que haja a restrição – e até mesmo, em alguns casos, a supressão temporária – de direitos fundamentais, em nome da preservação do interesse público.

Vale aqui lembrar que ambos são alcançados por, ao menos, **três princípios** marcantes ^[9]: excepcionalidade, taxatividade e temporariedade. A excepcionalidade evidencia o fato de que a sua decretação apenas pode ocorrer em casos estratégicos, tratando-se de situação de tamanha gravidade que conduza ao respectivo reconhecimento; a taxatividade exige que as hipóteses de decretação sejam apenas as previstas legalmente, não sendo cogitada a sua ampliação; e, por fim, a temporariedade faz com que as medidas de caráter excepcional tenham duração limitada: que perdurem pelo menor tempo possível, apenas o suficiente para o retorno à normalidade.

Neste sentido, a diferença essencial entre o Estado de Defesa e o Estado de Sítio é de **grau**: no primeiro tem-se uma situação de restrição mais branda a direitos fundamentais, enquanto no segundo verifica-se um regime mais gravoso e extremamente excepcional no que diz respeito à limitação a direitos.

Para que seja possível visualizar, de modo mais organizado, as suas principais diferenças, vejamos três critérios: (I) **procedimento de decretação**; (II) **abrangência das medidas**; (III) **prazo de duração**.

Quanto ao **procedimento de decretação**, no Estado de Defesa o

8. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1076.

9. As classificações doutrinárias são variadas acerca do tema. Neste sentido, Manoel Jorge e Silva Neto enuncia os princípios da necessidade, temporariedade e proporcionalidade (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, pp. 740-741). Por sua vez, Bernardo Fernandes destaca como princípios: excepcionalidade, necessidade, temporalidade, obediência estrita à Constituição e controle político e judicial (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, pp. 1077-1078)..

Presidente da República precisa, após ouvir os Conselhos da República e de Defesa Nacional, elaborar um Decreto e submetê-lo, de imediato, ao controle do Congresso Nacional. Cabe ao Congresso, então, validar o Decreto emitido ou então sustar os seus efeitos. A situação que legitima a decretação do Estado de Defesa envolve “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”^[10].

No Estado de Sítio, contudo, ocorre uma inversão de fases: diante da maior gravidade das medidas por ele abarcadas, é necessário que ocorra uma solicitação, por parte do Presidente da República, de autorização ao Congresso Nacional, para que apenas assim ocorra a respectiva decretação^[11]. A Constituição contempla duas situações para a possível decretação do Estado de Sítio^[12]: (I) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; (II) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Há, também, uma distinção considerável no que diz respeito à **abrangência das medidas** que podem ser adotadas pelo Poder Executivo Federal em cada caso. No Estado de Defesa a Constituição fala, expressamente, em um rol de providências, previstas no artigo 136, §1º e que podem ser alvo do Decreto Presidencial. As situações contemplam restrições aos direitos de reunião e aos sigilos de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica, assim como a possibilidade de ocupação e utilização de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública^[13].

10. BRASIL. *Constituição Federal*. Artigo 136, *caput*.

11. BRASIL. *Constituição Federal*. Artigo 137, *caput*.

12. BRASIL. *Constituição Federal*. Artigo 137, incisos I e II.

13. BRASIL. *Constituição Federal*. Artigo 136, §1º, incisos I e II.

Por sua vez, nota-se que o Estado de Sítio assegura uma intensidade de atuação bem maior. Há na Constituição duas modalidades de Estado de Sítio: o descrito no artigo 137, I e o descrito no artigo 137, II. Na primeira modalidade de Estado de Sítio apenas poderão ser adotadas as medidas previstas no artigo 139, inciso I ^[14]. Na segunda modalidade – por se tratar de uma situação ainda mais excepcional, e que envolve respostas à agressões armadas e caso de guerra – não se tem a previsão constitucional das medidas ^[15].

Por fim, quanto ao **prazo de duração**, nota-se, mais uma vez, a diferença do perfil de ambos os regimes. No Estado de Defesa existe previsão para uma duração de 30 dias, prorrogável, uma vez, por igual período, como prescreve o artigo 136, §2º, da Constituição.

Já no Estado de Sítio precisa-se efetuar a distinção das respectivas modalidades: no caso do inciso I do artigo 137 ocorre limitação ao período de 30 dias, prorrogável, a cada vez, por igual período; já no caso do inciso II do artigo 137 não se prevê máxima duração constitucional, por conta da impossibilidade de se saber o alcance exato do fim da situação motivadora da restrição ^[16].

Nota-se, portanto, que a ordem constitucional brasileira possui ao menos três ferramentas úteis para combater situações emergenciais, como a que atualmente enfrentamos. Diante da sua excepcionalidade, existe um cuidado na Constituição com a construção de limites e do controle de tais

14. BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 139, inciso I: Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.

15. Neste sentido leciona Manoel Jorge e Silva Neto, ao afirmar que "(...) Nesses casos, toda e qualquer limitação a direito individual será consentida (justificada, de resto, pelas gravíssimas ocorrências que ensejam a decretação de estado de sítio em situações que tais), visto que sobre o decreto não incide a contenção prevista no art. 139" (cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, p. 744).

16. BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 138, §1º.

medidas, justamente em atenção aos direitos fundamentais, como veremos no tópico seguinte.

3. Limitações, Controle e Direitos Fundamentais

Montesquieu formulou, em 1748, uma advertência notória, que permanece atual. Disse o célebre autor da mais famosa construção da sistematização de poderes que “todo aquele que possui poder tende a dele abusar”. Portanto, é preciso que o poder freie o exercício do próprio poder, sob pena de abusos. A ordem jurídica brasileira teve atenção à advertência e fez registrar a relevância da atuação do Legislativo e do Judiciário na contenção dos possíveis excessos do Executivo.

Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio conduzem, cada qual ao seu modo, à hipertrofia do Poder Executivo.

Entende-se que representam medidas necessárias para que haja concentração de esforços e coordenação de iniciativas excepcionais, em tempos de emergência. Entretanto, é imprescindível que haja atuação vigilante dos demais Poderes diante das medidas adotadas, sob pena do abuso no exercício do Poder.

A preocupação é legítima e muito antiga. O famoso artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada na França, em 1789 – um dos documentos vitais na construção do pensamento constitucional – já dizia que uma sociedade apenas possui Constituição caso garanta a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais. Tal advertência revela a sua atualidade quando examinamos os tipos de controle contemplados pelos regimes excepcionais.

No caso da **Calamidade Pública**, nota-se o cuidado com a existência de controle por parte do Congresso Nacional. Com efeito, o artigo 2º

do Decreto Legislativo de nº 6, de 2020, organiza a composição de uma Comissão Mista do Congresso Nacional “com o objetivo de acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (COVID-19)”, assegurando a sua interlocução periódica com o Ministério da Economia (artigo 2º, §§2º e 3º).

Já no **Estado de Defesa** e no **Estado de Sítio** percebe-se a persistência da atuação vigilante do Congresso Nacional e do Poder Judiciário. No primeiro caso, verifica-se um controle sucessivo do Congresso Nacional, que precisa legitimar o Decreto editado pela Presidência da República^[17]; no segundo – tendo em vista a maior ingerência das medidas adotadas e do maior potencial restritivo aos direitos fundamentais – percebe-se tanto um controle preventivo quanto um controle sucessivo do Congresso Nacional. Neste caso, a Constituição exige que o Congresso previamente autorize a medida e, a seguir, uma vez implantada, permaneça atento à sua fiscalização.

A Constituição demonstra um cuidado com a preservação dos direitos fundamentais, o que pode ser notado em regras que asseguram a legalidade das prisões, assim como a vedação à incomunicabilidade do preso, ambas aplicáveis ao cenário de decretação do Estado de Defesa^[18].

Também se percebe a referida preocupação na medida em que o Texto Constitucional assegura, nos seus artigos 140 e 141, disposições aplicáveis a ambos os cenários de crise: no artigo 140 tem-se a previsão de que a Mesa do Congresso Nacional designará uma Comissão de Membros para o acompanhamento das medidas adotadas na vigência dos Estados de Defesa e de Sítio. Já o artigo 141 assegura que, ao final da respectiva adoção, haja o

17. BRASIL. Constituição Federal. Artigo 136, §§4º, 5º, 6º e 7º.

18. BRASIL. Constituição Federal. Artigo 136, §3º.

término das medidas restritivas, assim como a elaboração de um Relatório, via Presidência da República, com a especificação do que foi realizado e a citação nominal dos que foram por elas atingidos.

Vale dizer, ainda, que em todo e qualquer caso, será vital a atuação do Judiciário.

Qualquer violação indevida dos espaços legítimos de exercício de competência deve ser combatida pelos Juízes e Tribunais brasileiros. Espera-se uma pronta atuação, especialmente, nos casos de violação aos direitos fundamentais, tendo em vista a sua relevância e significado para a nossa ordem constitucional. Garante-se com isso que o poder seja contido quando houver o seu exercício arbitrário.

4. Conclusões e Riscos para a Democracia em Tempos de Pandemia

Examinamos neste pequeno artigo as principais características de algumas ferramentas de que dispomos, no Brasil, para enfrentar situações de anormalidade. Pudemos então notar quais são os seus limites, sua abrangência e, principalmente, reforçar a necessidade de um cuidadoso controle de sua decretação, tendo em vista os riscos que podem trazer para a nossa democracia.

Cabe sempre reforçar que o exercício do poder exige atenção redobrada das instituições. Em casos excepcionais, nas quais ocorre a autorizada hipertrofia do Poder Executivo, a advertência merece cuidado ainda maior.

O poder seduz, inebria e convive com perigosa tentação arbitrária. Nos regimes de emergência autorizados juridicamente é imprescindível que se tenha atenção integral para o respeito à dignidade humana e aos direitos

fundamentais, referências vitais no processo de construção, interpretação e aplicação da nossa Constituição Federal.

Vale aqui a sábia advertência de Voltaire, epígrafe deste escrito, e que revela a virtude da tolerância, conselho valioso em se tratando da história brasileira, marcada por um constitucionalismo tardio e pela ausência de efetiva construção de sólida cultura constitucional^[19].

A relevância da efetiva construção de limites para o exercício do poder encontra eco na lição de Dallari^[20]:

Como conclusão final, pode-se afirmar que o constitucionalismo é uma conquista da humanidade, um produto da história, cuja criação não pode ser atribuída a algum teórico ou a alguma doutrina filosófica, política ou jurídica. Em longo processo evolutivo ele foi sendo definido e aperfeiçoado, sendo hoje um elemento fundamental para a construção de sociedades justas, que tenham a pessoa humana como o primeiro de seus valores e que busquem por meios pacíficos a solução dos conflitos e a correção das injustiças. Uma exigência do novo constitucionalismo é que os direitos fundamentais da pessoa humana não sejam proclamados apenas como faculdades genéricas e abstratas, desligadas da realidade, mas que sejam possibilidades ao alcance de todos, tornando realidade a afirmação de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

O diagnóstico ganha relevância ainda maior diante da ascensão recente, no mundo, de regimes marcados por figuras de tendência autoritária, que desprezam a ciência, a imprensa e os adversários políticos por meio do ódio e, em muitos casos, utilizam o potencial de multiplicação das mídias sociais como estratégia de desinformação e destruição de reputações. Diante de um cenário tão perigoso para o constitucionalismo

19. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O constitucionalismo brasileiro tardio*, p. 19.

20. DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*, p. 353.

há razões ainda mais fortes para que seja recomendada muita cautela na adoção de ferramentas restritivas a direitos fundamentais.

Espera-se que haja condições para o devido enfrentamento da situação anormal por meio do Estado de Calamidade Pública – já decretado pela Presidência da República e devidamente aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. A flexibilidade orçamentária autorizada pelo Estado de Calamidade Pública – chancelada, inclusive, por decisão do Supremo Tribunal Federal ^[21] –, devidamente acompanhada da eficiente fiscalização legislativa, pode vir a contribuir decisivamente para a concentração de esforços e adoção de políticas públicas excepcionais, alinhadas à necessidade de proteção aos grupos social e economicamente mais vulneráveis.

Em caso de agravamento da situação da pandemia, seria possível cogitar, em tese, em caráter excepcional e em alinhamento às diretrizes emanadas da Organização Mundial de Saúde, de uma possível decretação de Estado de Defesa, o que apenas seria recomendável no caso da notória insuficiência das providências anteriormente adotadas em Estado de Calamidade.

Ocorre que, no contexto brasileiro atual, a providência seria verdadeiramente preocupante, tendo em vista a maior abertura constitucional para a flexibilização de garantias historicamente consagradas. Ademais, parece não fazer sentido no Brasil, tendo em vista a efetiva implantação de medidas bem-sucedidas de limitação na circulação de pessoas para evitar aglomerações, já adotadas por Estados, Municípios e Distrito Federal. A Ordem dos Advogados do Brasil externou a sua preocupação, inclusive, com a possível decretação de Estado de Sítio, apontando inconstitucionalidade na medida ^[22].

21. Neste sentido, cf. notícia acessível no site do STF: “Ministro afasta exigências da LRF e da LDO para viabilizar programas de combate ao coronavírus”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440384>. Acesso em: 30/03/20.

22. Neste sentido, cf. “Cogitado por Bolsonaro, estado de sítio por coronavírus é inconstitucional, diz OAB”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/estado-sitio-coronavirus-inconstitucional-oab>. Acesso em: 30/03/20.

Em situações excepcionais como a que vivenciamos, mais do que nunca é necessário ter prudência, coordenação de esforços e efetivo diálogo federativo, inspirados pelas orientações científicas exaradas de órgãos oficiais e tendo como norte as melhores práticas internacionais. O combate efetivo à ameaça global que nos atinge precisa ser feito com urgência e responsabilidade.

Há, sim, esperança de que conseguiremos vencer a guerra contra um inimigo que assombra a humanidade. É imperativo seguir as orientações oficiais da Organização Mundial da Saúde no sentido de adotar o isolamento social para minimizar a expansão do vírus e reduzir a sobrecarga no sistema de saúde brasileiro, medida que assegura maior preservação de vidas, malgrado o seu impacto econômico. O isolamento revela, pois, o nosso “dever fundamental de ficar em casa”, servindo à causa da fraternidade na proteção da saúde alheia^[23]. Afinal de contas, segundo o diretor-geral da OMS, será uma crise que definirá a nossa geração^[24].

Tem sido possível verificar uma série de fortes reações por conta do descompasso entre as políticas estimuladas pelo atual Presidente da República no Brasil diante das recomendações da equipe técnica do Ministério da Saúde, assim como diante das práticas adotadas por diversos Governadores e Prefeitos. Há reações oriundas dos mais diversos segmentos, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil^[25] e a Sociedade Brasileira de Infectologia^[26], por exemplo.

23. Adotando a concepção de deveres fundamentais como deveres jurídicos, cf. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais**, pp. 55-56. Em sentido similar, cf. artigo do autor sobre o tema, publicado nesta Coletânea.

24. Neste sentido, cf. “A crise que definirá nossa geração”. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-03-17/a-crise-que-definira-nossa-geracao.html>. Acesso em: 30/03/20.

25. Neste sentido, cf. “OAB denuncia o Governo Federal ao TCU pela campanha publicitária “O Brasil não pode parar””. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58016/oab-denuncia-o-governo-federal-ao-tcu-pela-campanha-publicitaria-o-brasil-nao-pode-parar>. Acesso em: 30/03/20. A referida campanha teve a sua divulgação liminarmente suspensa por ordem da Justiça Federal; neste sentido, cf. “Justiça federal proíbe governo de veicular campanha contra isolamento social”. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52077132>. Acesso em: 30/03/20.

26. Neste sentido, cf. <https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/125/2020/03/b2c7d673aff412a0913cbf4be15fea258fd138f33c7c223c0a9330892eca4656.pdf>. Acesso em: 30/03/20.

Em instigante artigo, Thomas Bustamante e Emilio Peluso Neder Meyer analisam a sistemática negação da verdade a partir de uma sequência de atos do Presidente, o que eleva as preocupações diante do contexto excepcional que vivenciamos^[27]. Existem, ainda, reações das mídias sociais no combate às suas atitudes equivocadas – recentemente algumas de suas postagens foram excluídas do Facebook, Instagram e Twitter, por exemplo^[28].

O enfrentamento eficaz da pandemia exige, pois, medidas sérias e cientificamente embasadas, em harmonia com as recomendações oficiais da Organização Mundial de Saúde e inspiradas pela máxima preservação dos direitos fundamentais.

O vírus é tragicamente democrático.

Para enfrentá-lo, precisaremos lidar com todos os cuidados possíveis, em especial tendo em vista os riscos de abuso de poder no âmbito da democracia.

As tristes lembranças da violência e das perseguições empregadas pela ditadura militar de 1964 devem estar vivas para que haja controle efetivo da hipertrofia do Executivo na adoção de medidas excepcionais, sob pena de a sua possível atuação abusiva fazer também da democracia uma vítima inesperada.

5. Referências

BBC News Brasil. *Após Twitter, Facebook e Instagram excluem vídeo de Bolsonaro por 'causar danos reais às pessoas*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52101240>. Acesso em: 30/03/20.

27. Neste sentido, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MEYER, Emilio Peluso Neder. *Bolsonarism & COVID-19: Truth Strikes Back*, Int'l J. Const. L. Blog, Mar. 24, 2020, at: <http://www.iconnectblog.com/2020/03/bolsonarism-and-COVID-19-truth-strikes-back/>. Acesso em: 30/03/20.

28. Neste sentido, cf. "Após Twitter, Facebook e Instagram excluem vídeo de Bolsonaro por causar 'danos reais às pessoas'". Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52101240>. Acesso em: 30/03/20.

BBC News Brasil. *Justiça federal proíbe governo de veicular campanha contra isolamento social*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52077132>. Acesso em: 30/03/20.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30/03/2020.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6, de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 30/03/20

BRASIL. *Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 30/03/20.

BRASIL. *Portaria nº 743, de 26 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20743-20-mdr.htm. Acesso em: 30/03/20.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MEYER, Emilio Peluso Neder. *Bolsonarism & COVID-19: Truth Strikes Back*, Int'l J. Const. L. Blog, Mar. 24, 2020, at: <http://www.icconnectblog.com/2020/03/bolsonarism-and-COVID-19-truth-strikes-back/>. Acesso em: 30/03/20.

CONSULTOR JURÍDICO. *Cogitado por Bolsonaro, estado de sítio por coronavírus é inconstitucional, diz OAB*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/estado-sitio-coronavirus-inconstitucional-oab>. Acesso em: 30/03/20.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

EL PAÍS BRASIL. *“A crise que definirá nossa geração”*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-03-17/a-crise-que-definira-nossa-geracao.html>. Acesso em: 30/03/20.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB denuncia o Governo Federal ao TCU pela campanha publicitária “O Brasil não pode parar”*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58016/oab-denuncia-o-governo-federal-ao-tcu-pela-campanha-publicitaria-o-brasil-nao-pode-parar>. Acesso em: 30/03/20.

SAMARARATNE, Dinesha. *Editorial: COVID-19 Global Pandemic*. IACL-AIDC Blog (24 March 2020). Disponível em: <https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/24/editorial-COVID-19-global-pandemic>. Acesso em: 30/03/20.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE INFECTOLOGIA. *Nota de esclarecimento sobre o pronunciamento oficial do Presidente da República Jair Bolsonaro*. Disponível em: <https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/125/2020/03/b2c7d673aff412a0913cbf4be15fea258fd138f33c7c223c0a9330892eca4656.pdf>. Acesso em: 30/03/20.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministro afasta exigências da LRF e da LDO para viabilizar programas de combate ao coronavírus*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440384>. Acesso em: 30/03/20.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. Tradução, notas e prefácio de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2017.

Os Impactos do COVID-19 nas Eleições 2020 e a Proposta de Unificação do Calendário Eleitoral

JAIME BARREIROS NETO ^[1]

Sumário. 1. Introdução; 2. A busca da normalidade e da legitimidade do poder de sufrágio como objetivo fundamental do direito eleitoral: um ponto de partida necessário; 3. Normalidade e legitimidade do sufrágio popular em face da possibilidade de adiamento das eleições municipais; 4. A inconveniência e a inconstitucionalidade da proposta de unificação do calendário eleitoral a partir de 2022, com a consequente prorrogação dos atuais mandatos de vereadores e prefeitos, em virtude da pandemia do COVID-19; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

01 de abril de 2020: o famoso dia da mentira, tão simbólico na era das fake News e da chamada pós-verdade, revela, ante a pandemia global provocada pelo COVID-19, popularmente chamada de Novo Corona Vírus, uma série de boatos e incertezas em todo o planeta, acerca do próprio futuro da humanidade: quando a pandemia irá terminar? A tal da Cloroquina é mesmo um remédio milagroso, capaz de dizimar a nova peste? A cura para a terrível doença chegará quando? A nova gripe é apenas a primeira onda de um grande tsunami, que varrerá as estruturas da economia mundial? A quarentena é a melhor solução para reduzir o impacto da pandemia ou devemos todos voltar a trabalhar, para “preservar os empregos e evitar uma grande depressão”?

1. Doutor em Ciências Sociais e Mestre em Direito (UFBA), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Analista Judiciário do TRE-BA. Membro associado da ABRADEP e do Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Titular da Cadeira nº. 06 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

No rol das dúvidas e da nebulosidade do cenário, responsável imediato pelo adiamento dos Jogos Olímpicos de Tóquio e de outros importantes eventos do calendário mundial, o Brasil se depara com um grande questionamento, seguido, desde já, por uma série de percalços e de supostas soluções, pouco amadurecidas, que perfazem o objeto deste breve ensaio: afinal, teremos condições de realizar as eleições municipais brasileiras na data prevista de 04 de outubro? Caso não seja possível a realização das eleições no dia constitucionalmente previsto, qual deve ser a solução? Prorrogação de mandatos? Unificação do calendário eleitoral a partir de 2022? Postergação do pleito para o final do ano ou mesmo para o ano de 2021, seguindo a tendência de eventos de interesse mundial como a própria Olimpíada e grandes torneios de futebol, como a Eurocopa ou a Copa América? Seria constitucional o adiamento do pleito? Teria a Justiça Eleitoral condições de manter o calendário eleitoral? Por quanto tempo?

Mais do que oferecer respostas concretas, é o objetivo deste trabalho apresentar reflexões para uma discussão que, embora ainda prematura, aos olhares de alguns, faz-se necessária e urgente, tendo como paradigma a necessária preservação da democracia brasileira e os objetivos fundamentais da busca da normalidade e da legitimidade do poder de sufrágio popular, função maior do Direito Eleitoral, ramo do direito que, materialmente, apenas na defesa do regime político democrático encontra a sua razão de existência.

2. A busca da normalidade e da legitimidade do poder de sufrágio como objetivo fundamental do direito eleitoral: um ponto de partida necessário

Como questão preliminar ao debate acerca de um possível e questionado adiamento das eleições municipais brasileiras de 2020, faz-se necessária a apresentação de uma premissa básica, que não pode ser

negligenciada: qual a razão da existência das eleições e da periodicidade dos mandatos representativos? Para que serve o Direito Eleitoral?

A democracia é um regime político imperfeito! Para compreendermos essa imperfeição, é importante lembrarmos a inafastável condição paradoxal da qual é revestida a vida humana em sociedade. De um lado, como destacava Aristóteles, o ser humano é um animal social, sujeito a um impulso associativo natural, que nos impede de viver isolados. Precisamos uns dos outros! Por outro lado, não podemos esquecer as lições de Thomas Hobbes, que na sua famosa obra “Leviatã”, de 1651, consagrou a frase “o homem é o lobo do homem”, a partir da qual é revelada parte da nossa essência, diante da qual somos compelidos a dominar e transformar o ambiente que nos circunda e, conseqüentemente, os nossos próprios semelhantes.

Ante tamanho paradoxo existencial, segundo o qual precisamos conviver e necessitamos dominar uns aos outros, a solução que se apresenta é a submissão de todos a uma força abstrata inexorável, que compele o ser humano a limitar suas vontades e ambições em prol da convivência: o poder.

O poder, como energia que impõe limites à liberdade individual em prol da convivência social, estabelecendo normas de comportamento com conteúdo variável, conforme os valores e escolhas estabelecidos no tempo e no espaço dos diversos agrupamentos sociais, é o ponto de equilíbrio entre essas duas grandes características da condição humana: o espírito gregário e o impulso dominador.

Ocorre que o equilíbrio estabelecido pelo poder entre a necessidade que temos de conviver e o impulso de dominar está longe de se apresentar como um equilíbrio estático: a presença de limites normativos à vontade individual não impede que uma luta pela conquista do próprio poder se

estabeleça, revelando a essência dinâmica da política, arte de conquistar, manter e exercer o poder, na clássica lição de Maquiavel.

A política se impõe como uma das condições de vida em sociedade, os direitos e deveres políticos se revelam como produtos da própria natureza humana, sendo dotados, portanto, de essencialidade.

No exercício e manutenção do poder, o uso da força bruta e da violência, se apresentam como armas em parte apropriadas, porém insuficientes. Se “o homem é o lobo do homem”, e não a ovelha, nenhum poder sobrevive apenas fundado na violência ou na ameaça. Afinal, aquele que é submetido contra sua vontade tende a reagir na primeira oportunidade.

Para que uma estrutura de poder se sustente por um longo período, necessária se faz a legitimidade desse poder, revelada no consenso, na aceitação voluntária, no poder da palavra, no poder da ideologia. Aquele que é dominado pela palavra tende a obedecer ao opressor, sem perceber que está sendo oprimido.

Ao longo dos séculos, neste sentido, o papel da ideologia, como instrumento de manipulação política, sempre se apresentou como decisivo, seja por meio, por exemplo, do discurso religioso, seja em virtude da preponderância do discurso democrático dominante nas últimas décadas.

A democracia, ao longo dos tempos, se revelou como um grande discurso ideológico, manipulável aos gostos de governantes e regimes autocratas, mas também como a melhor solução existente à preservação da autonomia individual, da liberdade e da dignidade da política, revelando, assim, a sua essência, consagrada em uma famosa frase do grande estadista inglês Winston Churchill, segundo a qual seria o regime político democrático “o pior de todos os regimes, à exceção de todos os demais já testados”.

Para que a democracia cumpra bem o seu papel de regime norteador da liberdade e da dignidade humana, não basta que tenhamos eleições. É necessário que exista igualdade política, participação efetiva do povo nas decisões, transparência pública, liberdade de informação e de expressão, educação cívica, controle da ação dos governantes, normalidade e legitimidade do poder de sufrágio popular, exercido de forma universal, sem restrições desarrazoadas.

Qual a razão, então, da periodicidade das eleições em uma democracia? A existência de eleições periódicas, nas quais prevaleça o princípio da alternância e não perpetuação do poder, é uma das bases da legitimidade democrática, consistente na preservação da plena e livre soberania do cidadão para definir, ao lado dos seus iguais, o seu destino e os rumos da sociedade política. Se “o homem é o lobo do homem”, a contenção do exercício do poder se faz necessária como uma das principais fórmulas para a preservação da liberdade e para o combate ao arbítrio, sendo fundamental, portanto, a qualquer democracia estável e legítima, que as condições de igualdade de participação e acesso às instâncias decisórias sejam preservadas. Sem uma periodicidade constante e regular do exercício do sufrágio, os detentores do poder tendem a perder os freios necessários à contenção dos seus ímpetos, e o povo, por sua vez, tende a reduzir sua capacidade de controle.

Para que serve o direito eleitoral? O direito eleitoral existe para garantir a normalidade e a legitimidade do poder de sufrágio, ou seja, existe o direito eleitoral, em uma democracia efetiva, para combater qualquer tipo de fraude que possa macular o processo de livre tomada de decisões por parte dos cidadãos, seja nas eleições, sejam nos plebiscitos ou referendos, garantindo assim, a normalidade eleitoral, bem como para preservar a total capacidade decisória de cada indivíduo, para que o cidadão, diante

da urna, faça suas escolhas sem qualquer tipo de subordinação a forças que não provenham da sua própria liberdade de consciência e soberania de escolha, perfazendo-se, assim, a legitimidade do sufrágio.

Estabelecidas essas premissas, e voltando-se novamente ao debate sobre a possibilidade de adiamento das eleições municipais de 2020, em face da pandemia provocada pelo novo corona vírus (COVID-19), pergunta-se, então: é constitucional e obedece às premissas de busca das garantias da normalidade e da legitimidade do sufrágio popular o adiamento do pleito e a conseqüente prorrogação de mandatos de prefeitos e vereadores dos 5.570 municípios brasileiros?

3. Normalidade e legitimidade do sufrágio popular em face da possibilidade de adiamento das eleições municipais

A normalidade e a legitimidade das eleições, como visto no tópico anterior, é o grande objetivo do direito eleitoral e, materialmente, uma das condições para a existência da democracia.

A importância da preservação das regras eleitorais, tanto de cunho material como as de natureza processual, é tão relevante que a Constituição de 1988, em seu artigo 16, estabeleceu o princípio da anualidade, prevendo que qualquer norma que venha a interferir na dinâmica das eleições só possa vir a ser aplicada aos pleitos que vierem a acontecer após um ano da sua vigência, de forma a manter a previsibilidade necessária à garantia da paridade de armas nas disputas políticas.

Alterar normas no curso do jogo eleitoral é algo que macula a democracia! Isto posto, mudanças de regras que possam interferir na legítima expectativa de partidos, políticos, candidatos e eleitores, às vésperas de um pleito, com o jogo eleitoral em andamento, é prática constitucionalmente vedada, que viola a normalidade e a legitimidade democráticas.

Neste sentido, não é democraticamente legítimo que legislaturas ou prazos de exercício executivo do poder sejam prorrogados ou reduzidos, que poderes representativos sejam ampliados ou afanados, durante o curso do exercício de um mandato político. A previsibilidade das regras eleitorais e o combate ao casuísmo são premissas fundamentais da democracia.

Ocorre que o direito não pode virar às costas aos fatos sociais. A pandemia causada pela COVID-19 tem se revelado como a maior crise política, social e econômica desde o fim da II Guerra Mundial.

A prática do isolamento social, conforme as recomendações da Organização Mundial da Saúde, tem se apresentado como a principal estratégia para a contenção do avanço da pandemia. Em todo o mundo, bilhões de pessoas têm sido compelidas a permanecer em seus lares, distantes do trabalho e do convívio social normal.

Espera-se que a pandemia seja revertida, ou pelo menos tenha seus impactos reduzidos, em um breve espaço de tempo. Tal expectativa, contudo, revela-se muito mais como um desejo do que como uma certeza. Não é possível, em abril de 2020, prever se em outubro o isolamento social persistirá como uma alternativa necessária ao combate a esta terrível doença que já vem matando milhares de pessoas em todo o planeta.

Existem várias etapas em um processo eleitoral, vivenciadas institucionalmente, no âmbito do cumprimento das normas do direito eleitoral, perante a Justiça Eleitoral, bem como social e politicamente. Faz parte do processo democrático o debate, o contato com os eleitores, a conversa mais próxima, as caminhadas e carreatas, mesmo em tempos de internet. As eleições municipais têm uma dinâmica política e social muito peculiares e importantes para o curso da democracia.

É plenamente factível, embora não desejável, que, por absoluta falta de condições de preservação da saúde pública, chegue um momento em que se torne impossível a continuidade do processo eleitoral de 2020, com a consequente imposição dos fatos sobre o direito, revelada em uma necessidade de adiamento das eleições.

Diante de uma situação extraordinária dessa monta, o que resta fazer? Ignorar os fatos e sustentar a impossibilidade absoluta de uma prorrogação de mandatos e de um adiamento das eleições? Evidentemente que não!

Em face de um acontecimento totalmente inédito e imprevisível, como esta crise aguda das condições de saúde pública, decorrente da disseminação do vírus COVID-19, é fundamental a busca do equilíbrio e, essencialmente, no campo político, a preservação da legitimidade do sufrágio.

Em primeiro lugar, decisões precipitadas não podem nortear o debate em torno do futuro das eleições municipais de 2020. É preciso dar tempo ao tempo, a fim de que, dentro do possível, evite-se um adiamento do pleito, com consequências danosas para a estabilidade do regime político em que vivemos. Para isso, a Justiça Eleitoral deve continuar a garantir, dentro das suas possibilidades materiais, e com os devidos cuidados e precauções para com a saúde e a vida dos seus servidores, magistrados e demais atores do processo democrático, incluindo o ator principal, o eleitor, a realização dos atos necessários à normalidade do pleito.

Em um segundo momento, caso se torne insustentável a realização das eleições na data originalmente designada, o Congresso Nacional, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deverá atuar para minimizar os custos políticos de um adiamento do pleito. Isso significa que as regras eleitorais já estabelecidas para as

eleições 2020 deverão ser preservadas, salvo aquelas que sejam impossíveis de serem cumpridas, a exemplo da realização das votações nas datas constitucionalmente designadas (primeiro e último domingo de outubro).

Dessa forma, caso seja necessário, uma Emenda Constitucional deverá ser aprovada, estabelecendo, tal qual a Emenda Constitucional nº. 91, normas excepcionais e transitórias, válidas apenas para o pleito municipal de 2020, relacionadas ao calendário eleitoral, a ser postergado para o momento mais próximo e socialmente conveniente possível.

Por fim, como consequência lógica de um adiamento excepcional das eleições municipais, emenda constitucional deverá ser aprovada, estabelecendo-se, também de forma extraordinária, a prorrogação dos mandatos de vereadores e prefeitos eleitos em 2016, pelo prazo estritamente necessário à mais breve possível realização dos atos necessários à escolha dos seus sucessores. Trata-se de uma consequência lógica e inafastável de uma mudança da data do pleito, que respeitaria o princípio da continuidade da administração pública, evitando-se a acefalia de prefeituras e câmaras municipais.

Qualquer outro tipo de solução, que possa soar como oportunismo político, deve ser combatida e evitada. Dentre as soluções absurdas, que devem ser combatidas de forma veemente, encontra-se, assim, a proposta de unificação do calendário eleitoral a partir de 2022, com a consequente expansão dos mandatos dos atuais prefeitos e vereadores por mais dois anos, tanto em virtude dos argumentos já expostos, como também em decorrência daqueles que serão apresentados a seguir.

4. A inconveniência e a inconstitucionalidade da proposta de unificação do calendário eleitoral a partir de 2022, com a consequente prorrogação dos atuais mandatos de vereadores e prefeitos, em virtude da pandemia do COVID-19

Diante da crise de saúde vivenciada e da possibilidade de adiamento das eleições municipais, um velho debate, vinculado a uma suposta necessidade de unificação do calendário eleitoral, com a coincidência das eleições municipais e das eleições gerais, ressurgiu no cenário político brasileiro.

Argumenta-se, como supostas vantagens dessa proposta, que a promoção de eleições de cinco em cinco anos (ou quatro em quatro, com coincidência de mandatos municipais, estaduais e nacionais), e não mais de dois em dois, significaria uma economia para a União, além de, supostamente, permitir um maior alinhamento ideológico entre prefeitos, governadores, e presidente da república, privilegiando a governabilidade.

Tais argumentos, contudo, ao invés de se alinharem com o perfil constitucional de uma democracia maximalista, tal como revelada nas opções firmadas pelo povo brasileiro, quando da promulgação da Constituição de 1988, se opõem, por completo, ao sentido real da ordem política brasileira, fundada no pleno exercício da soberania popular e da cidadania.

O primeiro argumento apontado como uma suposta vantagem da unificação do calendário eleitoral, relativo a uma provável economia substancial gerada aos cofres públicos com a realização de eleições apenas de cinco em cinco anos, não se sustenta, uma vez que a maior parte dos gastos realizados com as eleições decorre de custos fixos, vinculados à manutenção da estrutura da Justiça Eleitoral (pagamento de pessoal, aquisição e manutenção de materiais, desenvolvimento de tecnologias,

como as da urna eletrônica e da biometria etc.). Uma suposta economia de recursos seria, portanto, insignificante, em termos gerais, para o país.

Ao contrário, contudo, o prejuízo para a democracia seria enorme! O momento da realização das eleições, embora não deva ser considerado o único instante de exercício da política pelo eleitorado, como muitos insistem em afirmar, é, sem dúvidas, o período principal de manifestação da soberania popular, aquele no qual o povo brasileiro se encontra consigo mesmo, avaliando seu presente e seu passado e projetando o seu futuro.

A democracia precisa ser vivenciada e legitimada constantemente, e o processo eleitoral revela-se, neste sentido, como um instrumento catalisador das demandas populares e da autorreflexão da sociedade, fatores fundamentais ao desenvolvimento de qualquer nação. Monetizar a democracia, reduzindo sua importância a argumentos meramente financeiros, que nem ao menos se sustentam efetivamente, é pregar a violência à cultura democrática, em sentido totalmente oposto aos princípios e objetivos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988.

Além disso, eleições municipais não devem ocorrer de forma concomitante às eleições presidenciais. O período eleitoral deve favorecer a reflexão e o amadurecimento democrático, a fim de que o povo possa, legitimamente, exercer a soberania popular. O calendário eleitoral, neste sentido, deve ser elaborado a partir de um objetivo principal: viabilizar a normalidade e a legitimidade do exercício da vontade soberana e autônoma do povo diante das urnas.

Não existe democracia sem entendimento esclarecido, sem informação e pensamento críticos. Confundir o eleitor com a realização, ao mesmo tempo, de eleições presidenciais, nas quais se objetiva o debate consciente da sociedade acerca de grandes temas de interesse nacional, e de

eleições municipais, onde demandas e interesses locais, também de grande relevância, mas com características e objetivos completamente distintos, se constituem no motivo maior de discussão, somente atrapalha a formação do livre convencimento do eleitor, que, na maioria das vezes, tenderá ou a valorizar mais o debate e a reflexão acerca dos temas gerais, debatidos nas eleições presidenciais, ou a privilegiar as questões mais paroquiais, típicas do processo eleitoral municipal.

Difícilmente a maioria absoluta do eleitorado terá condições de bem se informar sobre demandas tão diversas e sobre as condições para o exercício do voto em candidatos a vereador, prefeito, deputado estadual, deputado federal, senador e presidente da república, ao mesmo tempo.

5. Considerações finais

A unificação do calendário eleitoral revela-se como proposta contrária aos objetivos de uma democracia maximalista, devendo, pelas razões expostas, não ser consagrada em uma eventual reforma política. Inobstante a inconveniência desse debate, este não é o momento adequado para a sua realização.

Tal como exposto ao longo desse ensaio, um eventual e excepcional adiamento das eleições municipais de 2020 teria que ser acompanhado de mudanças legislativas restritas, vinculadas, tão somente, à viabilização, no prazo mais breve possível, do pleito adiado, sem mudança nas regras do jogo, bem como à preservação da continuidade da administração pública. Mandatos poderiam, dentro do âmbito da razoabilidade, ser prorrogados, pelo estrito prazo necessário à realização do pleito. O calendário eleitoral, evidentemente, dentro de limites razoáveis e estritos, poderia ser alterado, preservando-se, contudo, as regras gerais já estabelecidas para o pleito municipal vindouro.

A normalidade e a legitimidade do poder de sufrágio eleitoral são garantias que nunca poderão ser negligenciadas em uma democracia, sob pena de perecimento desse regime de poder popular. Diante do inexorável devir do imponderável, a exemplo dessa crise epidemiológica enfrentada por todo o mundo, o direito poderá ter que ceder aos fatos. Regras, dentro da estrita excepcionalidade e necessidade, poderão ser alteradas ou adaptadas, mas o poder político, em uma efetiva democracia, não poderá, jamais, fugir às mãos do povo, manipulado por interesses escusos e casuísticos.

6. Referências

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARREIROS NETO, Jaime. *Temas controversos da reforma política no Brasil*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Direito Eleitoral*. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2019

BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Ciência Política*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*, Brasília: UNB, 2001.

_____. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: EDUSP, 1997.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro – RJ: Civilização Brasileira, 2003.

LIPSON, Leslie. *A Civilização Democrática*. Trad. Álvaro Cabral. Vol. II, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

MIGUEL, Luís Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. 1. ed. São Paulo: UNESP, 2014

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOISÉS, José Álvaro. *Democracia e Desconfiança das Instituições Democráticas*. In: José Álvaro Moisés. (Org.). *Democracia e Confiança: Por que os Cidadãos desconfiam das Instituições Públicas?* 1 ed. v. 1, p. 45-76, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

REIS, Márlon. *O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política*. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

_____. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 3. ed. Bauru: Casa Mayor, 2016.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*, 4. ed. Rio de Janeiro - RJ: Forense, 1996.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *As ideias-forças da democracia*. 1. ed. Bahia: Imprensa Regina, 1941.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: volume I – O debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed. São Paulo - SP: Malheiros, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A Pandemia COVID-19 e a Resolução Normativa N.º 878/20 Editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): A Proteção dos Consumidores como Direito Fundamental e Pilar da Ordem Econômica em Face da Livre Iniciativa

JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA ^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A pandemia gerada pelo novo coronavírus e os efeitos maléficos e letais causados para a sociedade: a necessidade de proteção para os consumidores; 3. Os reflexos da COVID-19 para as relações de consumo: o fornecimento energia elétrica e a sua essencialidade para a manutenção dos cuidados necessários à prevenção e ao combate da disseminação da pandemia; 3.1. A Resolução Normativa n.º 878/20 editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e os impactos gerados nas relações de consumo no estado de emergência e calamidade pública acarretado pelo novo coronavírus; 3.2. A proteção do consumidor erigida como direito fundamental e pilar da Ordem Econômica Brasileira em face da livre da livre iniciativa do decorrer da pandemia COVID-19: necessidade de equilíbrio e eticidade; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

O número global de mortes causadas pelo novo coronavírus conduziu a Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro de 2020, a

1. Promotora de Justiça (MPBA). Professora (FDUFBA).

formalizar a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em decorrência do alto índice de infecção humana^[2]. Estudos já publicados projetam que o quantitativo total de vidas ceifadas pela COVID-19 pode alcançar o patamar de 15 milhões, sendo possível que o PIB das economias nacionais seja reduzido em até US \$ 2,3 trilhões, mesmo que a tragédia seja mantida no nível intitulado por especialistas 'low-end'^[3]. Os países, incluindo-se o Brasil, têm editado atos normativos destinados a tratar dos efeitos devastadores e nefastos que têm atingido milhares seres humanos devido às consequências letais da moléstia.

O governo brasileiro, naquela mesma data, publicou o Decreto n.º 10.212, promulgando o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, realizada em 23 de maio de 2005. No nosso País, o Ministério da Saúde, em 04 de fevereiro do ano em curso, enunciou a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), por meio da Portaria nº 188/GM/MS, reconhecendo a alta incidência do novo coronavírus (2019-nCoV). A Lei Federal n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas que poderão ser adotadas para o enfrentamento do quadro de emergência instalado^[4].

A rápida evolução da doença em nível planetário propulsionou a OMS, em 11 de março, a manifestar-se publicamente sobre a sua configuração como pandemia, tendo se alastrado por todos os continentes. Nesta mesma data, no Brasil, o Ministério da Saúde editou a Portaria n.º 356, estabelecendo as medidas para o enfrentamento da problemática. O Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março

2. <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses>. Acesso em: 30 mar. 2020.

3. <https://www.dailymail.co.uk/news/article-8082327/15-MILLION-people-die-best-case-coronavirus-scenario.html>. Acesso em: 30 mar. 2020.

4. Cf.: MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1015/2020, p. 1-9, maio 2020.

de 2020, reconhecendo a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República, encaminhada por meio da Mensagem n.o 93, de 18.03.20, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.o 101/00. Por meio da Medida Provisória n.o 926, de 20.03.20, foram empreendidas alterações na aludida Lei, com o dito de dispor sobre procedimentos para a aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao tratamento da polêmica questão^[5].

Objetiva-se, no presente artigo, analisar a Resolução Normativa n.º 878/20, editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e os impactos gerados nas relações de consumo no estado de emergência e calamidade pública acarretado pelo novo coronavírus, atribuindo-se enfoque a este serviço público essencial de inquebrantável importância para a população. Diante deste conjunto normativo, aponta-se, como problema que será objeto desta explanação, como compatibilizar os interesses econômicos com os direitos dos destinatários finais de bens. A hipótese central prevista consiste em verificar se os interesses e os direitos dos mais vulneráveis estão sendo, efetivamente, resguardados.

Na primeira parte desta exposição, serão tecidas considerações acerca do cenário estigmatizado pela COVID-19, atribuindo-se enfoque aos principais atos normativos editados pelo Brasil, transpondo-a, em seguida, para a mencionada Resolução Normativa. Serão examinadas as alterações implementadas no âmbito do serviço público de fornecimento de energia elétrica, em cotejo com os impactos engendrados para os consumidores serão abordados. No derradeiro tópico, registrar-se-ão considerações acerca da proteção do consumidor como direito fundamental e princípio vetor da Ordem Econômica do País, bem como da livre iniciativa também consagrada na Constituição Federal de 1988.

5. Cf.: MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1015/2020, p. 1-9, maio 2020.

No que concerne à metodologia, necessária para a efetivação de qualquer empreendimento no campo da pesquisa científica séria e fundamentada, urge explicitar que foram utilizados os métodos hermenêutico, dialético e o argumentativo. Quanto às linhas metodológicas, seguiu-se a de natureza crítica e dentre os tipos genéricos de investigação, a jurídico-exploratória. O tipo de pesquisa empreendida foi escolhido de acordo com os objetivos pretendidos, os procedimentos técnicos utilizados, a natureza e a forma da abordagem. Com relação aos objetivos projetados, utilizou-se a pesquisa exploratória; quanto aos procedimentos técnicos, foram realizadas a bibliográfica e a documental. Do ponto de vista da natureza do empreendimento, trata-se de pesquisa aplicada e no pertinente à forma desta, manejou-se a qualitativa. No campo das técnicas, optou-se pela documentação indireta, abrangendo a pesquisa bibliográfica e documental^[6].

2. A pandemia gerada pelo novo coronavírus e os efeitos maléficos e letais causados para a sociedade: Lei n.º 13.979/20 e a necessidade de proteção para os consumidores

O escopo da Lei n.º 13.979/20 é a proteção da coletividade no decorrer da situação de emergência de saúde pública, cuja duração será prevista pelo Ministério da Saúde disporá, não podendo ser superior ao declarado pela OMS, conforme dispõem o seu art. 1º e os parágrafos 1º e 2º^[7]. Foram previstas medidas necessárias para a prevenção e o combate à pandemia que podem ser agrupadas em 03 (três) conjuntos: o afastamento físico dos

6. Examinar: BECKER, Howard S. *Métodos de pesquisa em ciências sociais*. São Paulo: Hucitec, 1999. p. 56. ANDER-EGG, Ezequiel. *Introducción a las técnicas de investigación social*. 7. ed. Buenos Aires, 1978. p. 78. GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) *Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010. p. 78. KERLINGER, Fred N. *Metodología da Pesquisa em Ciências Sociais*. Trad. Helena Mendes Rotundo. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda – E.P.U., 2007. WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985. p. 89. HERRERA, Enrique. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 86.

7. O Decreto n.º 10.282, de 20.03.20, regulamentou a Lei n.º 13.979/20 e definiu os serviços públicos essenciais, tendo sido alterado pelo Decreto n.º 10.292/20. O Decreto n.º 10.288, de 22.03.20, elencou como essenciais as atividades e os serviços relacionados à imprensa.

indivíduos; a realização de investigações e tratamentos em seres humanos; e a utilização e aquisição de bens na modalidade excepcional. No primeiro bloco, encontram-se o isolamento, a quarentena e a restrição do traslado de pessoas; enquanto, no segundo, estão os exames, as vacinas e os tratamentos; e, no derradeiro, as requisições e contratações pelo setor público.

As medidas restritivas e excepcionais, acima delineadas, somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises lastreadas em informações estratégicas do setor de saúde, limitando-se no lapsus temporal e no âmbito espacial indispensáveis à promoção e à preservação da incolumidade das pessoas. Todos deverão sujeitar-se ao cumprimento das providências estabelecidas, sob pena de responsabilização, nos termos previstos em lei, devendo colaborar com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de possíveis contatos com agentes do coronavírus; e a circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação. O compartilhamento de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de doença, entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, será obrigatório, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação^[8].

O isolamento consiste na separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, com o escopo de se precaver a contaminação ou a disseminação do coronavírus^[9]. Objetiva apartar os indivíduos, sintomáticos ou não, em investigação clínica e laboratorial, com o fito de não haver disseminação da moléstia e transmissão local. Somente poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias^[10].

8. Examinar o art. 6º, parágrafos 1º e 2º, da Lei.

9. Art. 2º, I, da Lei.

10. Será viável a prorrogação por igual período, conforme resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão e deverá

Corresponde a quarentena à restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas do contágio de outras que não estejam doentes, ou de itens suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível propagação do agente viral. Será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território^[11].

Admitiu-se a restrição excepcional e temporária de entrada e saída no País, bem como de locomoção, interestadual e intermunicipal, em rodovias, portos ou aeroportos, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária^[12]. Entrementes foi vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população. Restou também assegurada a realização compulsória de exames médicos; testes laboratoriais; coleta de amostras clínicas; vacinação e outras medidas profiláticas; ou tratamentos médicos específicos, de acordo com o art. 3º, inciso III, alíneas “a” a “e”, da Lei em epígrafe. Estudo ou investigação epidemiológica e exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver configuram adrede providências admissíveis, nos moldes dos incisos IV e V daquele mesmo dispositivo^[13].

ser efetuada, preferencialmente, em domicílio, podendo ser em hospitais públicos ou privados, conforme recomendação médica, a depender do estado clínico do paciente (art. 3º, parágrafos 1º e 2º, da Portaria do Ministério da Saúde).

11. “Art. 4º A medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado”.

12. Cf.: art. 3º, inciso VI, da Lei. A ANVISA editou os seguintes atos: **Notas Técnicas 8/2020 e 30/2020 - GIMTV/GGPAF/DIRE5/ANVISA**, que tratam das medidas sanitárias a serem adotadas em pontos de entrada, frente aos casos do novo coronavírus, bem como as **Notas Técnicas 38, 40 e 47/2020 que versam** sobre as providências, respectivamente, em portos e embarcações, fronteira e veículo terrestres, aeroportos e aeronaves.

13. O § 2º, incisos I a III, do art. 3º da Lei, assegura que as pessoas, afetadas pelas medidas previstas, sejam, permanentemente, informadas sobre o seu estado de saúde, recebendo tratamento gratuito e respeitando-se a sua dignidade, os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

3. Os reflexos da COVID-19 para as relações de consumo: o fornecimento energia elétrica e a sua essencialidade para a manutenção dos cuidados necessários à prevenção e ao combate da disseminação da pandemia

A pandemia vivenciada pelo mundo tem gerado reflexos para os negócios jurídicos entabulados entre fornecedores e consumidores e requer que os operadores do direito se debruçam sobre as normas que estão sendo editadas sem relegar o quanto consagrado pela Lei Federal n.º 8.078/90. O direitos básicos contidos no microssistema consumerista jamais poderão ser desprezados ^[14], não obstante a análise dos fatores econômicos seja relevante, mormente neste momento em que o equilíbrio das relações contratuais urge que seja preservado, evitando-se a desestruturação de empresas e a afetação de milhares de trabalhadores e prestadores de serviços. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), constituído por diversos entes públicos ^[15] e pela sociedade civil organizada, necessita agir para se prevenir e combater a disseminação dos malefícios do fator infeccioso, eis que há um sentimento de preocupação geral e simétrica ^[16].

O acesso à energia elétrica denota-se crucial para o desenvolvimento das atividades necessárias à sobrevivência dos seres humanos – são serviços sem os quais torna-se sobremaneira dificultosa as condições de salubridade e de segurança -, colocando em risco o estado vital dos indivíduos e da coletividade. Considerando a relevância de tal bem, o art. 3º, incisos VIII a XI, do Decreto n.º 10.282/20 qualificou, como essenciais, respectivamente, os serviços de captação, tratamento e distribuição de água, de esgoto, de

14. Sobre a proteção do consumidor, consultar: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 67. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 101. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, volume I, p. 89.

15. Conferir a Recomendação n.º 002/2020, editada, em 19 de março de 2020, pelo GPGJ, bem como a Nota Técnica Conjunta n.º 1/2020 do CNMP e da 1ª CCR.

16. Cf.: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Alemanha aprova legislação para controlar efeitos jurídicos da COVID-19. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Direito Civil Atual, 25 de março de 2020.

energia elétrica e iluminação pública. Incluiu-se também o fornecimento de suprimentos para o funcionamento e a manutenção das centrais geradoras e dos sistemas de transmissão de energia, além de produção, transporte e distribuição de gás natural.

3.1. A Resolução Normativa n.º 878/20 editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e os impactos gerados nas relações de consumo na estado de emergência e calamidade pública acarretado pelo novo coronavírus

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) editou, em 24 de março de 2020, a Resolução Normativa n.º 878^[17], tendo como objeto a preservação da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica em decorrência da calamidade pública atinente à pandemia gerada pelo coronavírus^[18]. Foram previstos 03 (três) conjuntos de medidas, quais sejam: a vedação da suspensão do fornecimento do serviço para determinadas categorias consumidoras; a coibição do cancelamento do benefício da Tarifa Social de Energia Elétrica^[19]; e providências consideradas essenciais pelas distribuidoras e concessionárias. No entanto, o parágrafo 1º do art. 1º da Resolução estabelece que as medidas previstas “poderão ser reavaliadas a qualquer tempo” e o ideal seria que fossem mantidas em todo o período estigmatizado pela pandemia, protegendo-se devidamente os consumidores de baixa renda, considerados hipervulneráveis^[20].

O inadimplemento de unidades consumidoras, elencadas no art. 2º, incisos I a V, da Resolução, não suscitará a suspensão do fornecimento de

17. Processo nº48500.001841/2020-81.

18. Cf.: a Portaria nº 117/GM, do Ministério de Minas e Energia, de 18 de março de 2020; a Portaria nº 335, do Ministério da Cidadania, de 20 de março de 2020; e a Portaria MS nº 454, de 20 de março de 2020.

19. Dispõe o art. 3º que fica suspenso o cancelamento do benefício da Tarifa Social de Energia Elétrica.

20. Cf.: DÍAZ-AMBRONA, Maria Dolores Hernández. *Consumidor vulnerable*. Madrid: Reus, 2015, p. 34. REICH, Norbert. *Vulnerable Consumers in EU Law*. In: LECZYKIEWICZ, Dorota; WEATHERILL, Stephen. *The Images of the Consumer in EU Law: legislation, free movement and Competition Law*. Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2018, p. 89. KAPROU, Eleni. *Protecting vulnerable consumers from aggressive commercial practices: The case of the European Unfair Commercial Practices Directive*. *16th Conference of the International Association of Consumer Law (IACL Conference)*, Porto Alegre, 2017, p. 78.

energia elétrica, englobando os serviços e atividades essenciais e os locais onde existam usuários de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes do serviço. Ademais, foram resguardadas as residências que integram o subgrupo B1 e B2, que reúnem, respectivamente, as subclasses de baixa renda e rural ^[21]. Encontram-se também inseridas as unidades em que a distribuidora suspender o envio de fatura impressa sem a anuência do consumidor; e as situadas nos locais em que não houver postos de arrecadação em funcionamento, incluindo-se instituições financeiras, lotéricas, unidades comerciais conveniadas, entre outras; ou em que for restringida a circulação das pessoas por ato do poder público competente ^[22]. Apesar de a Resolução estabelecer a não interrupção para as aludidas unidades, não se encontra impedida das demais medidas admitidas pela legislação para a cobrança dos débitos, a partir do vencimento, conforme o §4º. O ideal seria que, no atual momento calamitoso, não encetasse demandas para o pagamento compulsório de valores pelos mais carentes, postergando esta exigência em prol dos hipossuficientes ^[23].

A vedação à suspensão do fornecimento, de acordo com o §1º, não se aplicará aos casos de cancelamento voluntário do débito automático ou de outras formas de pagamento automático até então vigentes. Instituiu-se “a anuência tácita pela não entrega mensal da fatura impressa e recebimento por outros canais”, conforme o § 2º, incisos I e II, do art. 2º, afastando, conseqüentemente, a coibição da interrupção para determinadas situações. A primeira hipótese prevista foi a ocorrência de pagamento de duas faturas consecutivas, devendo a distribuidora incluir notificação, específica e em

21. Dispõe o art. 4º que ficam isentas do faturamento complementar as unidades consumidoras que não registrarem o mínimo de três valores de demanda iguais ou superiores às contratadas.

22. §3º Nos casos de que tratam os incisos IV e V do caput, é vedada a imposição de multa e juros de mora previstos no art. 126 da Resolução Normativa nº 414/10, em caso de inadimplemento.

23. Note-se a própria Resolução, no inciso VI, estabelece que a concessionária poderá optar pelo acúmulo da cobrança de múltiplos ciclos de faturamento em casos de faturas de baixo valor, de que trata a Resolução Normativa nº 863/19.

destaque, quanto à chancela subtendida nas duas subsequentes. Também foi enquadrado como tal o consentimento do consumidor dado mediante resposta em SMS, via unidade de resposta audível (URA), chamadas telefônicas ativas, entre outras medidas assemelhadas que permitam auditoria. Tais regras não se compatibilizam com a necessária proteção dos consumidores mais humildes que, muitas vezes, por não serem alfabetizados e/ou bem informados, podem agir de modo impensado. Confrontam-se também com o fundamental direito ao “consentimento esclarecido”, autorizando a concordância silenciosa ^[24].

O art. 7º da Resolução suspendeu a exigibilidade de que as concessionárias efetivem a entrega mensal da fatura impressa e demais correspondências no endereço da unidade consumidora, em outro local indicado pelo usuário ou no posto de atendimento presencial, ainda que “não exista a anuência prévia do consumidor”. Também não mais se encontram obrigadas à disponibilização de estrutura, própria ou de terceiros, para a arrecadação e o pagamento das faturas. Contudo, deverão enviá-las na modalidade eletrônica ou o código de barras, por meio de canais eletrônicos ou disponibilizá-las em seu sítio eletrônico ou aplicativo. Estas liberalidades podem atingir os consumidores que não tenham acesso aos meios informatizados para a impressão dos documentos necessários ao pagamento das contas referentes aos serviços prestados e usufruídos. Será fundamental que as empresas fornecedoras mantenham uma satisfatória e adequada estrutura de atendimento digital e por telefone para a solução das demandas dos usuários, em consonância com as regras do microssistema consumerista ^[25].

24. Sobre o tema, examinar: MONTEIRO, António Pinto. A contratação em massa e a proteção do consumidor numa economia globalizada. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 78. PAISANT, Gilles. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2019, p. 56. RAYMOND, Guy. *Droit de la consommation*. 5. ed. Paris: Lexis Nexis S.A., 2019, p. 89.

25. No que concerne à proteção do consumidor, examinar as seguintes obras: PELLIER, Jean-Pierre. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2019. PICOD, Yves. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Sirey université, 2018. PIEDELIÈVRE, Stéphane. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Corpus, 2014. REIFNER, Udo. “Verbaucher und Recht”: *consumer law, droit de la consommation*

As distribuidoras foram desobrigadas de continuarem disponibilizando estrutura presencial, devendo intensificar a utilização da unidade de resposta audível e outros meios automáticos de atendimento para o funcionamento do Serviço de Atendimento ao Consumidor –SAC. bem como priorizar a adesão ao serviço público Consumidor.gov.br. Terão que antever os atendimentos caracterizados como emergenciais e/ou de urgência, competindo-lhes elaborar plano de contingência específico para o atendimento de unidades médicas e hospitalares e de locais utilizados para o tratamento da população ^[26]. Estas benesses não significam que as concessionárias poderão deixar de zelar pelo adequado e célere atendimento dos consumidores, bem como que estes não poderão optar pelo ingresso com demanda judicial, visto que não são obrigados a aguardar as deliberações por meio da dita plataforma digital.

A possibilidade de realização de leitura, pelas concessionárias, em intervalos diferentes, ou a não concretização da atividade, conforme assegura o art. 6º da Resolução ^[27], não significa que podem impor cobranças arbitrárias prejudiciais aos consumidores, utilizando-se do “faturamento pela média aritmética” de modo abusivo. Ademais, deve disponibilizar meios para que o consumidor informe a auto leitura do medidor, em alternativa à efetivação do faturamento pela média, de que trata o art. 111 da Resolução Normativa nº 414/10, e a Resolução Normativa nº 863/19. Previu-se adrede a não compensação ao consumidor pela violação dos prazos dos serviços comerciais ^[28]; do mesmo modo, o não ressarcimento

oder Verbraucherschutzrecht? In: MARQUES, Claudia Lima.; PEARSON, Gail.; RAMOS, Fabiana. Consumer Protection. Current challenges and perspectives. Porto Alegre: Orquestra, 2017, p. 161-184.

26. Cf. o artigo 5º da Resolução. O seu art. 9º, contudo, ressalva que eventuais atrasos na entrega de informações ou relatórios poderão ser justificados, em caso de análise e fiscalização da Agência, observadas ainda as instruções da área responsável pela gestão e recebimento dos dados.

27. “§ 2º Na aplicação do §1º para as classes não residenciais, em caso de não realização de leitura, a não disponibilização de meios para que o consumidor informe a autoleitura implicará em faturamento pelo custo de disponibilidade e, quando cabível, pela demanda mínima faturável”.

28. Cf. o inciso VI do art. 153 da Resolução Normativa nº 414/10.

de danos decorrentes de interrupção associada à calamidade pública^[29]; e a suspensão da contagem do prazo nonagesimal para a suspensão do fornecimento^[30]. Estabeleceu-se ainda a possibilidade de retirada e mudança de um equipamento de medição para uma nova unidade consumidora em caso de indisponibilidade de outro instrumento.

O art. 7º da Resolução, em análise, estabeleceu a suspensão de determinados prazos que causam reflexos negativos para os consumidores e que devem ser revistos, versando sobre importantes aspectos que os atingem sob a ótica econômica e financeira. Encontram-se interrompidos os ressarcimentos de danos elencados pelo Capítulo XVI da Resolução Normativa nº 414/10, para casos novos e em curso; o que se denota inapropriado para os fatos gerados antes do início da pandemia^[31]. Obliterou-se também a realização de compensação pela violação dos limites de continuidade individual e afastou-se a incidência da devolução em dobro, prevista no §2º do art. 113 da RN nº 414/10, na ocorrência de faturamento incorreto por motivo estritamente relacionado à situação de calamidade pública. Espera-se que as empresas do setor não se utilizem desta justificativa para tentar se eximir da responsabilidade objetiva^[32] pela má prestação do serviço por fatos que não estejam interligados com a disseminação do agente viral.

Observa-se que a Resolução foi assaz benéfica para as concessionárias que atuam no setor de fornecimento de energia elétrica, visto que o seu art. 8º, incisos I a III, suspendeu a aplicação do Submódulo 6.1, que trata das penalidades sobre medição e as multa a serem aplicadas diante dos

29. Cf. o inciso VI do art. 210 da Resolução Normativa nº 414/10.

30. Cf. o §2º do art. 172 da Resolução Normativa nº 414/10.

31. Art. 7º, parágrafo 4º.

32. Examinar: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 123. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 67. MONTEIRO, António Pinto. A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Procedimentos de Comercialização, atinentes à: adequação do Sistema de Medição para Faturamento; inspeção lógica; e coleta de dados ^[33]. Os serviços relativos à medição amostral e à eventual por reclamação do consumidor, de que trata o Módulo 8 dos Procedimentos de Distribuição (PRODIST), encontram-se também pendentes ^[34]. Não obstante se compreenda que não será salutar o comparecimento de técnicos das concessionárias residências dos consumidores, esta diligência não poderá ser utilizada como subterfúgio para adoção de valores abusivos prejudiciais aos usuários.

3.2. A proteção do consumidor erigida como direito fundamental e pilar da Ordem Econômica Brasileira em face da livre iniciativa do decorrer da pandemia COVID-19: necessidade de equilíbrio e eticidade

Na Constituição Federal de 1988, foi atribuída importância premente aos direitos fundamentais, vindo a ser positivados, na parte inicial das suas disposições, consistindo em uma inovação de cunho topográfico intencional cujo objetivo era reconhecer a relevância do tema. A ampliação do catálogo dos direitos fundamentais e a adoção da “cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais” são duas outras notas que os caracterizam no âmbito da CF/88. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é outro notável aspecto, envolvendo até mesmo aquelas normas de natureza programática – como ocorre com o direito do consumidor que exige “mediação legislativa” ^[35].

33. Foram também suspensos: “VI- cumprimento dos prazos para aplicação da modalidade tarifária horária branca, de que trata a Resolução Normativa nº 733, de 6 de setembro de 2016”; e o “VII- oferecimento dos serviços do art. 102 da Resolução Normativa nº 414, de 2010, exceto os estritamente necessários para a fruição do serviço público, tal como a religação da unidade consumidora”. Ademais, o §5º do art. 7º suspendeu todos os prazos do Capítulo XI da Resolução Normativa nº 414/10.

34. Conferir também os seguintes incisos: “X - observância do prazo previsto no inciso I do art. 113 da Resolução Normativa nº 414, de 2010, ficando tal prazo suspenso”; e “XI -observância dos prazos de duração da irregularidade para fins de recuperação de receita e de cobrança retroativa, de que trata o art. 132 da Resolução Normativa nº 414, de 2010”.

35. Afirma Ingo Sarlet que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109.

Com relação ao direito do consumidor, a elaboração de um Código específico, contemplando os direitos da categoria já ocorreu há mais de duas décadas e, ainda assim, tem-se que recorrer à Constituição Federal para solver problemas de interpretação e aplicação das normas infralegais. Situada no ápice de todo o ordenamento jurídico, a Carta Maior é um baluarte que se deve utilizar para que problemas diversos sejam pacificados, como bem prelecionam Canotilho e Vital Moreira^[36]. A criação de um diploma específico para reger as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores não significa que a essência normativa do Texto Maior não deva sempre servir de parâmetro para que os múltiplos problemas sejam resolvidos^[37].

Os problemas atinentes às relações de consumo exigem sempre uma hermenêutica sobre as normas constitucionais que regem a matéria diante da importância e da hierarquia dessas^[38]. A imperatividade das normas constitucionais é fator que auxiliará na interpretação das normas infralegais que dispõem sobre as múltiplas matérias e, na situação em epígrafe, que trata dos direitos dos consumidores, como aduz F. Müller, a *força dirigente e vinculante* dos direitos e garantias de cunho fundamental não pode ser ignorada por quem esteja incumbido da séria missão de bem interpretar as normas infraconstitucionais^[39].

A matriz constitucional e fundamental do direito do consumidor constitui “prerrogativa diretamente aplicável pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário^[40]. Não são, como aduz Canotilho, “simples

36. CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital Moreira. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 01, p. 164.

37. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001, p. 73.

38. GUERREIRO, Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 4.

39. MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. rev. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 78-79.

40. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92.

norma normarum mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a reprodução de outras normas, mas, sim, normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais”^[41]. Como instrumentos reguladores de todas as hipóteses emergentes, as normas constitucionais, obrigatoriamente, devem ser evocadas na hipótese em análise.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais vincula todos os órgãos públicos, incluindo-se o Poder Judiciário que, com base no art. 5o, inciso XXXV, da CF/88 e no art. 4o, da LICC, não se pode furtar do dever de concretizá-los. Os direitos fundamentais devem ser considerados como “posições jurídicas subjetivas”, essenciais, à proteção da pessoa e como “valores objetivos básicos” do Estado Constitucional de Direito, manifestando-se como “carta de concessões subjetivas” e como “limites objetivos de racionalização”^[42]. Sobre a dimensão jurídico-objetiva, Paulo Bonavides enumera importantes inovações trazidas pelos direitos fundamentais: a) irradiação para o Direito Privado; b) elevação à categoria de princípios; c) eficácia vinculante para os três Poderes; d) aplicabilidade direta e imediata; e) dimensão axiológica; f) eficácia *inter privatos*; g) duplo caráter (subjetivo e objetivo); h) conceito de concretização; i) princípio da proporcionalidade na hermenêutica concretizante; e j) introdução do conceito de pré-compreensão^[43].

No que concerne ao duplo caráter das normas relativas aos direitos fundamentais, afirma Robert Alexy que deve prevalecer a dimensão subjetiva com base em dois argumentos: a) a finalidade principal desses direitos é a proteção do indivíduo e a dimensão objetiva exerce a função de reforço da tutela jurídica; b) o argumento de otimização refere-se ao

41. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 175.

42. Essa dupla dimensão encontra-se bem delineada na decisão proferida, em 1958, pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Lüth*.

43. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 541-542.

caráter principiológico dos direitos, dando-se prioridade à realização e não às obrigações de natureza meramente objetiva^[44]. Aquiesce-se com tais considerações, visto que os direitos fundamentais não são dados fechados e prontos, estando abertos a uma análise axiológica pautada nos valores reinantes^[45].

Afirma Ian Martin que muitos acreditam que “a liberdade de mercado é o coração de uma economia eficiente e que comandos econômicos causam um desastre econômico”. Contudo, uma economia de mercado, absolutamente não regulada, complementa o Autor, não constitui um princípio de direitos humanos e, nessa linha de pensamento, urge que o direito do consumidor à informação e à liberdade de mercado sejam harmonizados. A livre iniciativa do fornecedor, embora acolhida em sede constitucional, não ocupa a mesma posição que o direito fundamental do consumidor e não podem concorrer em um mesmo plano. A liberdade, sendo um poder de autodeterminação, afirmam Jean Rivero e Hugues Moutouh, é exercida pelo homem sobre si mesmo, “mas o seu reconhecimento jurídico acarreta consequências com relação aos outros – o que justifica asseverar que “*não existem liberdades ‘privadas’*”^[46]. Por mais que os fornecedores disponham de autonomia para organizar e concretizar as suas atividades, devem adequá-las à proteção constitucional concedida ao consumidor.

O direito fundamental do consumidor demanda uma atuação perspicaz de todos os poderes, instituições e agentes que estejam envolvidos com a questão. A prestação de informações para o consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços é exigência a ser efetivada pelo poder público e, também, pelos próprios interessados, com fundamento nos status do

44. ALEXI, R. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Der Staat* n. 29 (1990), p. 60 e ss.

45. MARTIN, Ian. *The new world order: opportunity or threat for human rights*, A lecture by Edward A Smith Visiting Fellow presented by the Harvard Law School Human Rights Program, 1993, p. 22.

46. RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 64.

direito fundamental que a agasalha. A liberdade e a autonomia privada do fornecedor não serão eliminadas com tal exigência, havendo a sua harmonização com um direito reconhecido no âmbito constitucional como fundamental e que, de acordo com o Constitucionalismo pós-moderno, merece maior prestígio e destaque.

4. Conclusão

O fornecimento de energia elétrica constitui serviço público de natureza essencial para todos os seres humanos, sendo, pois, fundamental a sua prestação com regularidade, adequação, segurança e modicidade. Não obstante a Resolução Normativa n.º 878/20, editada pela ANEEL, contemple medidas que são favoráveis aos consumidores de baixa renda, vedando-se a suspensão da atividade no decorrer da atual pandemia, mantendo-se também a Tarifa Social, aproveitou-se o ensejo para serem previstas medidas assaz prejudiciais para os destinatários finais de bens. Manteve-se a possibilidade de cobrança das faturas vencidas, sendo que esta medida é perfeitamente admissível em face dos que disponham de numerário para tal mister, mas os hipossuficientes ficarão ainda em penúria. A intitulada “anuência tácita pela não entrega mensal da fatura impressa” é outro ponto que fragiliza demasiadamente a situação dos carentes.

Em contrapartida, a Resolução denota-se muito proveitosa para o setor empresarial, suspendendo diversas penalidades, desobrigando as concessionárias quanto à disponibilização de estrutura para o atendimento dos consumidores. A possibilidade de leitura dos medidores em intervalos diferentes, ou a não realização da atividade, pode também ensejar cobranças abusivas. A interrupção dos prazos para os ressarcimentos e compensações dos consumidores, bem como a eliminação da devolução em dobro diante de faturamento incorreto, ainda que decorrente da calamidade, causam

reflexos negativos para os usuários dos serviços. Diversos sujeitos ficarão sem ter acesso aos valores devidos pelas empresas executoras do serviço mesmo relativos a fatos ocorridos antes da pandemia; estas poderão se utilizar do panorama atual para o cometimento de práticas arbitrárias e a prestação de um atendimento desqualificado e insatisfatório. Estão isentas ainda das multas, mesmo que provenientes de infrações anteriores.

Não se desconsidera que as empresas, que executam o fornecimento de energia elétrica, estão sendo adrede afetadas sob a ótica financeira em virtude da COVID-19, devendo-se realizar sempre a Análise Econômica do Direito (AED), mas normas arbitrárias não devem primar de modo a acarretar danos para os destinatários finais de bens. A proteção do consumidor encontra-se consagrada na Constituição de Federal de 1988 como um direito fundamental e vetor da Ordem Econômica. A liberdade mercadológica também consiste uma das vigas basilares desta importante esfera, mas não pode sobrepujar os direitos basilares instituídos pelo microsistema constante na Lei Federal n.o 8.078/90

5. Referências

ALEXY, R. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*. In: *Der Staat* n. 29 (1990).

BECKER, Howard S. *Métodos de pesquisa em ciências sociais*. São Paulo: Hucitec, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, volume I.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital Moreira. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 01.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

- DÍAZ-AMBRONA, Maria Dolores Hernández. *Consumidor vulnerable*. Madrid: Reus, 2015.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001.
- GUERREIRO, Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- HERRERA, Enrique. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- KAPROU, Eleni. *Protecting vulnerable consumers from aggressive commercial practices: The case of the European Unfair Commercial Practices Directive*. 16th Conference of the International Association of Consumer Law (IACL Conference), Porto Alegre, 2017.
- KERLINGER, Fred N. *Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais*. Trad. Helena Mendes Rotundo. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda – E.P.U., 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARTIN, Ian. *The new world order: opportunity or threat for human rights*, A lecture by Edward A Smith Visiting Fellow presented by the Harvard Law School Human Rights Program, 1993.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MONTEIRO, António Pinto. *A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. rev. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PAISANT, Gilles. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2019.
- PELLIER, Jean-Pierre. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris : Dalloz, 2019.
- PICOD, Yves. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Sirey université, 2018.
- PIEDELIEVRE, Stéphane. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Corpus, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAYMOND, Guy. *Droit de la consommation*. 5. ed. Paris: Lexis Nexis S.A., 2019.

REICH, Norbert. *Vulnerable Consumers in EU Law*. In: LECZYKIEWICZ, Dorota; WEATHERILL, Stephen. *The Images of the Consumer in EU Law: legislation, free movement and Competition Law*. Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2018.

REIFNER, Udo. "Verbaucher und Recht": consumer law, droit de la consommation oder Verbraucherschutzrecht? In: MARQUES, Claudia Lima.; PEARSON, Gail.; RAMOS, Fabiana. *Consumer Protection. Current challenges and perspectives*. Porto Alegre: Orquestra, 2017, p. 161-184.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Alemanha aprova legislação para controlar efeitos jurídicos da COVID-19*. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Direito Civil Atual, 25 de março de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

COVID-19, Sopa de Wuhan e a Contribuição dos Modos de Ver da Ancestralidade e seu Direito

JULIO CESAR DE SÁ DA ROCHA ^[1]

Sumário: 1. Introdução: Sopa de Wuhan; 2. Contribuição dos modos de ver da ancestralidade e seu direito; 3. Considerações no curso da pandemia; 4. Referências.

1. Introdução: Sopa de Wuhan

Em meio à pandemia do *Coronavírus* (COVID-19), diversos intelectuais colaboraram em publicação denominada “Sopa de Wuhan: pensamento contemporâneo em tempos de pandemia” (Aspo, 2020), com textos de Giorgio Agamben, Slavoj Žižek, Jean Luc Nancy, Franco Bifo, Santiago Petit, Judith Butler, Alain Badiou, David Harvey, Byung-Chul Han, Raúl Zibechi, Maria Galindo, Markus Gabriel, Gustavo Yañes González, Patrícia Manrique e Paul B. Preciado. Os capítulos discutem, de forma compilada, vários escritos redigidos entre 26 de fevereiro a 28 de março de 2020, refletindo sobre a perplexidade da crise de saúde mundial, suas consequências e perspectivas pós surto pandêmico.

Nesse sentido, os textos trazem a contribuição de Agamben que parte da concepção de que na pandemia implementa o “Estado de Exceção” como paradigma normal de governo, o estado de medo e pânico coletivo em um círculo vicioso perverso em nome de desejo de segurança que tem sido

1. Professor e Diretor da Faculdade de Direito da UFBA. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). Pós-doutorado em Antropologia pela Universidade Federal da Bahia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA (PPGD/UFBA). Coordenador do Grupo de Pesquisa Historicidade do Estado, Direito e Direitos Humanos (GPHEDDH). E-mail: julior@ufba.br.

implantado pelos governantes. Adiante, Zizek salienta que a epidemia do corona vírus é uma espécie de ataque contra o sistema capitalista global, sinal que não podemos seguir o caminho atual e que uma mudança radical é necessária; para Nancy, estamos em plena exceção viral e “se põe em dúvida toda uma civilização” com uma espécie de exceção biológica, informática e cultural; Bifo Berardi indica que é difícil que o organismo coletivo se recupere deste choque psicótico-viral e que a economia capitalista retorne ao seu glorioso caminho, pois “o planeta e seu grau de irritação extremo e o corpo coletivo da sociedade padece”; Petit diz que “o neoliberalismo se põe descaradamente vestido de Estado de guerra” e que o capital “tem medo”.

A seguir, Judith Butler, reconhece que o “vírus não discrimina”, mas registra que a exploração capitalista se observa “na supremacia branca, violência contra mulheres, as pessoas queer e trans”; Badiou aponta que este tipo de situação (guerra mundial ou epidemia mundial) é particularmente neutral no plano político e que não crê numa “mudança política significativa em países, como a França”; Harvey trata dos “efeitos econômicos que disparam sem qualquer controle”, sendo que o recrudescimento exponencial dos contágios provocou respostas de guerra incoerentes e frequência de pânico; Byung-Chul Han sustenta que a Europa está fracassada, sustenta as vantagens da Ásia e que “voltamos a erigir umbrais imunológicos e fechamento de fronteiras”.

Por sua vez, Maria Galindo sustenta que o “Coronavírus é uma arma de destruição e proibição, aparentemente legítima, onde dizem que é mais perigoso nos juntarmos e nos reunirmos”, propondo uma “volta a medicina ancestral” e sustenta a desobediência para sobrevivência coletiva; Markus reflete “por que não se escuta quando a cada ano mais de 200 mil crianças morrem por diarreia viral por falta de água potável”, respondendo de imediato porque não estão na Europa; Gonzalez trata da “fragilidade e

tiranía humana em tempos de pandemia”, aduzindo que nada se compara ao que se atravessa atualmente decorrente da pandemia; Manrique trata de logo que “pensar filosoficamente um evento como estamos atravessando requer, em primeiro lugar, tempo”, inclusive nos resta um ápice de reflexão sobre as condições e possibilidades de tal superdimensionamento; por fim, Preciado traz reflexões partindo de Michel Foucault e faz análise da biopolítica e indica que “nossas máquinas portáteis são nossos novos cárceres e nossas casas se converteram em prisões brandas”.

Para esclarecer ao final das considerações postas na publicação, cabe registrar que Sopa de Wuhan se propôs a ser uma compilação de pensamento contemporâneo em torno do COVID-19 e as realidades estabelecidas em várias partes do globo, buscando refletir sobre polêmicas recentes em torno dos cenários que se abrem com a pandemia do Coronavírus, no presente e sobre as hipóteses sobre o futuro. Registra-se aqui a ausência de contribuição de uma reflexão brasileira, propondo-se adiante uma contribuição de outra ordem a partir dos modos de ver das comunidades tradicionais.

2. Contribuição dos modos de ver da ancestralidade e seu direito

Para começar este ponto, parte-se da concepção dos “modos de ver da ancestralidade e seu direito” como sendo aquele que tem como seu fundamento nas concepções tradicionais originárias e proveniente da diáspora africana. De fato, o agora exige resgatar a solidariedade e o cuidado, fazendo lembrar das falas de Ekedý (ou Equede) Sinha da Casa Branca em buscar a “ancestralidade” e o que importa mesmo é o princípio de que os orixás “são nossos antepassados divinizados que se integraram às energias da natureza, com a tradição de “um ioruba religioso, construído

com partes de inúmeros dialetos sagrados que vieram de uma África”.^[2] (BRANDÃO, 2016). Com efeito, existem padrões normativos comunitário, de natureza não-estatal e que são produzidos nos territórios tradicionais resultantes do ethos dos povos diaspóricos africanos, são ordens jurídicas carregadas de dimensões valorativas de sabedoria e de forma de compreender diferentemente dos modelos dominantes que reconhecem o sistema legal estatal como instância única de produção jurídica. Sobre a situação da pandemia, a Ekedy Sinha demanda à ancestralidade e aos orixás a proteção da coletividade.

O líder quilombola Antônio Bispo propõe a categoria “contracolonialidade” e defendendo a proteção da “intergeracionalidade”. Na perspectiva contracolonial Antônio Bispo ressalta que “na perspectiva da resistência cultural, essas identidades vêm sendo ressignificadas como forma de enfrentar o preconceito e o etnocídio praticado contra povos afropindorâmicos e os seus descendentes” (SANTOS, 2015: 21). A trajetória desses povos transpõe qualquer texto científico. “Ela é visível e palpável materialmente e pode ser sentida imaterialmente, tanto quando olhamos para o passado e fazemos referência aos nossos ancestrais, como hoje quando visitamos as comunidades da atualidade e dialogamos com as suas organizações e manifestações culturais”. (SANTOS, 2015: 38).

Com efeito, Bispo indica claramente sua categorização ao “tratar os povos que vieram da África e os povos originários das Américas nas mesmas condições, isto é, independentemente das suas especificidades e particularidades no processo de escravização, os chamaremos de contra colonizadores” (SANTOS, 2015: 48). A superação da invisibilidade dos

2. Gersonice Azevedo Brandão, Ekedy (Equede) Sinha, é liderança do povo de santo na Bahia. Em 1970, ela foi confirmada ekedy no Terreiro da Casa Branca, o Ilê Axé Iyá Nassô Oká, em Salvador, pelas mãos e as bênçãos de Mãe Nitinha e Mãe Tatá. A Ekedy empreendeu esforços individuais e coletivos para “dar continuidade ao que nos foi legado por nossa ancestralidade”, dedicando-se ao exercício diário de ser mãe não só de Oxóssi, mas “de todos os orixás, de Exu a Oxalá”, e daquelas/es protegidas/os pelos orixás.

grupos vulnerabilizados no Brasil e demanda por novos direitos pode ser enquadrada como pensamento contracolonial dos povos originários e diaspóricos. Os povos demandam o respeito aos saberes tradicionais, aos territórios tradicionais, aos modos de vida e a dignidade e aos direitos orgânicos. Ao final, sobre a pandemia, a sabedoria tradicional de Bispo pontua que “Somos os vírus que não viram! Surgidos do calor que quebra a dormência”^[3].

3. Considerações no curso da pandemia

Por fim, as reflexões são necessárias para entender o que está a acontecer com a pandemia e seus efeitos, inclusive diante do “dever de ficar em casa”, como propõe Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins^[4]; nas ações (ou omissões) do aparato estatal na “geopolítica do território”, como indica o geógrafo Diosmar Marcelino Santana Filho^[5]; sobre o Estado como constituição de um conjunto campos – jurídico, administrativo, intelectual, parlamentar – cada um como espaço de lutas específicas, como pontua Pierre Bourdieu^[6]; ou “não ouvir o apelo genocida”, como pontua o antropólogo Ordep Serra^[7].

Tudo isso em meio a pesquisa^[8] que indica que “92% das mães nas favelas dizem que faltará comida após um mês de isolamento”, promovida pelo Data Favela e Instituto Locomotiva A informação posta indica que

3. , Antônio Bispo dos Santos. Texto divulgado pela mídia social.

4. Publicação recente de Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Dever fundamental de ficar em casa em tempos de corona vírus.

5. Publicação de Diosmar Marcelino Santana Filho busca, de forma epistemológica, contribuir com estudos geográficos contemporâneos, ao analisar as mudanças no espaço do Estado Brasileiro, com a ação política da população negra quilombola na passagem de sujeitos invisíveis, para sujeitos de direito com a Constituição Cidadã de 1988.

6. Pierre Bourdieu. Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

7. Ordep Serra. Texto divulgado pela mídia social.

8. No levantamento, realizado entre os dias 26 e 27 de março de 2020, foram entrevistadas 621 mulheres maiores de 16 anos, com filhos, moradoras de 260 favelas em todos os Estados do país. A margem de erro da pesquisa é de 2,9 pontos percentuais para mais ou para menos.

as favelas do Brasil têm 5,2 milhões de mães. Destas, 72% afirmam que a alimentação de sua família ficará prejudicada pela ausência de renda, durante o isolamento social. 73% dizem que não têm nenhuma poupança que permita manter os gastos sem trabalhar por um dia que seja. 92% dizem que terão dificuldade para comprar comida após um mês sem renda. Oito a cada dez dizem que a renda já caiu por causa do Coronavírus, e 76% relatam que, com os filhos em casa sem ir para a escola, os gastos em casa já aumentaram (GUIMARÃES, 2020).

Observa-se que na realidade brasileira, as reflexões merecem registro pois contingentes significativos da população vivem em bairros populares e favelas, desprovidos de acesso a políticas públicas, como baixa cobertura de saneamento, coleta irregular de resíduos sólidos e de fornecimento de água potável, dentre outros, tornando a pandemia do Corona vírus no País, componente extremamente preocupante para maioria da sociedade brasileira que é negra (preta e parda). Enfim, vamos em barcos diferentes na travessia da pandemia do Coronavírus (COVID-19), a maioria, sem nada.

4. Referências

AMADEO, Pablo (org.). *Sopa de Wuhan: pensamento contemporâneo em tempos de pandemias*. Aspo, 2020.

Brandão, Gersonice Equede Sinha Azevedo. *Equede: A Mãe de Todos*. Salvador: Barabô, 2016.

Bourdieu, Pierre. *Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Guimarães, Ligia. *Coronavírus: 92% das mães nas favelas dizem que faltará comida após um mês de isolamento, aponta pesquisa*. BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52131989>. Último acesso em 06.04.2020.

Martins, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Dever fundamental de ficar em casa em tempos de corona vírus*, impresso, 2020.

SANTANA FILHO, Diosmar Marcelino. *A geopolítica do Estado e o território quilombola no século XXI*. Jundiaí (SP): Paco Editorial, 2018.

SANTOS, Antônio Bispo dos. *Colonização, quilombos: modos e significados*. Brasília, DF: s.n., 2015.

_____. *Texto divulgado pela mídia social*. Disponível em: **<https://www.facebook.com/antonio.bispo.501151>**. Último acesso no dia 05.04.2020.

SERRA, Ordep Jose Trindade. *Texto divulgado pela mídia social*. Disponível em: (**<https://www.facebook.com/ordepjose.trindadeserra>**). Último acesso no dia 06.04.2020.

O Constitucionalismo Digital e a COVID-19

MARCOS SAMPAIO ^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A digitalização da sociedade: 5 anos em 15 dias; 3. O desenvolvimento do Constitucionalismo Digital; 4. A planta do Constitucionalismo Digital; 4.1. Direitos Fundamentais digitais; 4.2. Limitações digitais ao Poder Político; 4.3. Governança da internet; 4.4. Direitos de privacidade na internet; 4.5. Acesso e educação digital; 4.6. Abertura e Estabilidade da internet; 4.7. Direitos e responsabilidades econômicas na internet; 5. Constitucionalismo Digital e democracia; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

Nada será como antes.

A literatura especializada sobre a evolução do pensamento científico vagueia entre as disposições do Círculo de Viena ^[2], para o qual o avanço do conhecimento segue (i) o desenvolvimento de critérios lógicos e sistemáticos, e (ii) o pensamento disruptivo ou revolucionário bem marcado no pensamento kuhniano ^[3].

Embora o processo de transformação social venha, vigorosamente, modificando o modo de viver e de pensar a sociedade, nos últimos anos, a pandemia provocada pela COVID-19 agudiza a reflexão sobre as novas funções do Direito Constitucional, tanto para desafiar a construção de

1. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Procurador do Estado da Bahia e Advogado. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

2. Movimento filosófico que surgiu na Áustria, nas primeiras décadas do Século XX, como reação à filosofia idealista e especulativa que prevalecia nas universidades alemãs.

3. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006. A obra original foi pela primeira vez publicada em 1962, sob o título “*The structure of scientific revolutions*”.

uma possível nova forma de pensar os clássicos institutos examinados pela ciência política - com seus conceitos matizados de nação, de estado moderno e de seus elementos constitutivos - bem como sobre as noções de soberania e fronteiras e, mais ainda, da necessária compreensão derredor de uma Constituição da Terra ^[4] e um constitucionalismo universal e de uma nova governança mundial.

As transformações sociais e novas formas de interação reclamam novo olhar sobre esses temas (dentre tantos), mormente diante de uma nova estruturação da tessitura criada pela utilização da tecnologia em larga escala global.

Nesse contexto, a rápida propagação global de nova modalidade de Coronavírus (Sars-CoV-2), cuja origem parece ter ocorrido na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China, estimulou a construção desse artigo, onde são analisados alguns aspectos da temática constitucional que se amplificaram.

Em 20 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde–OMS declarou que a contaminação pelo novo Coronavírus é “emergência de saúde pública de interesse internacional”. A qualificação somente tinha sido usada, antes, em casos raros de epidemias que demandassem vigorosa resposta internacional, tais como a gripe suína H1N1 (2009), a pólio (2014), o zika vírus (2016) e a febre ebola, que devastou parte da população da África Ocidental entre 2014 e 2016 ^[5].

No último dia 11 de março, a OMS declarou a classificação de pandemia, o que significa que a doença manifestada pelo novo Coronavírus,

4. Na expressão de Luigi Ferrajoli, conforme FERRAJOLI, Luigi. *Il virus mette la globalizzazione con i piedi per terra*. Il Manifesto, 17-03-2020. Disponível em <<https://ilmanifesto.it/il-virus-mette-la-globalizzazione-con-i-piedi-per-terra/>>. Acesso em 30/03/2020.

5. Dados extraídos do *website* <https://exame.abril.com.br/mundo/china-numero-de-novos-casos-de-coronavirus-cai-para-menos-de-100-por-dia>

conhecida como COVID-19, atingiu diversos continentes do planeta com transmissão sustentada ou comunitária entre as pessoas.

Mesmo antes do reconhecimento oficial de epidemia global, no Brasil, o Ministério da Saúde antecipou-se em declarar emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus, nos termos fixados na Portaria nº 188/GM/MS, de 4 de fevereiro de 2020.

O ato normativo renunciou a edição da Lei Federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre medidas a serem adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do novo Coronavírus, objetivando a proteção da coletividade, e previu, entre outras providências, o isolamento, a quarentena, a realização compulsória de exames, testes, coletas de material, bem como a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência.

Com o agravamento da crise de saúde, da mesma forma, o Governo Federal reconheceu a necessidade de declarar estado de calamidade pública, encaminhando a Mensagem número 93 ao Congresso Nacional. Referida mensagem ensejou o Projeto de Decreto Legislativo n. 88/2020 que foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 18 de março de 2020 e pelo Senado Federal em 20 de março de 2020, resultando na promulgação do Decreto Legislativo n. 6/2020, publicado na edição extraordinária do Diário Oficial da União no mesmo dia.

Desde então, sucederam-se dezenas de portarias, resoluções, decretos, medidas provisórias, atos normativos internos em repartições, na administração pública e privada, nos tribunais e em entidades diversas, projetos de leis e uma enorme produção normativa em todo o país,

nas esferas nacional, estadual e municipal, ensejando dificuldades de compreensão atualizada do tema e, em muitos casos, evidentes conflitos de normas^[6].

O presente ensaio parte desse contexto histórico para tentar demonstrar o impulsionamento da sociedade por demandas digitais e a necessidade de desenvolvimento de uma planta de direitos novos que merecem atenção do constitucionalismo digital.

2. A digitalização da sociedade: 5 anos em 15 dias

À medida em que a pandemia avança, os ecossistemas político e jurídico, bem como a fruição dos direitos fundamentais vão ganhando novos contornos e feições, reclamando novas providências e acelerando a digitalização da sociedade.

O mundo corporativo^[7] tem reverberado que, somente nas duas últimas semanas de março de 2020, em quinze dias portanto, a sociedade avançou mais de cinco anos em termos de transformação digital.

Essas transformações digitais que começaram automatizando tarefas repetitivas decorreram da expansão sem precedentes, nos últimos 50 anos, dos computadores e *smartphones* que, por meio de suas utilizações, desenvolveram processos de inovação que se reinventam e colaboram para um crescimento exponencial de tecnologias cotidianas.

6. Somente no STF – Supremo Tribunal Federal, onde foi criada uma página específica para acompanhamento das ações judiciais versando sobre a COVID-19, anota-se a existência de mais quase 440 processos de diversas naturezas, dirimindo conflitos federativos (ex.: ADI 6341); suspendendo dívidas dos estados e municípios (Ações Cíveis Originárias (ACO) 3371 (MS), 3372 (AC) e 3373 (PA) *et cetera*.

7. Confira-se: XP Investimentos: Transformação digital de 5 anos em 15 dias: as experiências dos CEOs de C&A, VTEX e Reserva na crise do coronavírus - <https://conteudos.xpi.com.br/guia-de-investimentos/relatorios/ao-vivo-10h30-29-3-os-desafios-da-digitalizacao-durante-a-pandemia-do-coronavirus/>

Este acontecimento de ruptura do mundo analógico para o digital ^[8] criou uma nova agenda ao constitucionalismo, com diversos espaços ainda não devidamente sistematizados. As modificações digitais não representam apenas meios novos de fruição de direitos antigos, mas trouxeram consigo novos direitos, outrora não percebidos, sequer imaginados.

A República da Estônia, por exemplo, criou um modelo de governança conhecido como E-Estônia, onde cada cidadão exerce uma ampla gama de direitos com base na integridade da informação digital. Essa identidade é usada para o sistema de passaporte, para votar e rever suas declarações de impostos, para solicitar benefícios no sistema de seguridade social e acessar serviços bancários e toda a rede de transportes públicos no país. Atualmente, o sistema é utilizado em 98% das transações bancárias via *web* e nas eleições parlamentares – no ano de 2014, 31,3% do eleitores votaram via internet, de 98 países diferentes e no ano de 2019, esse número subiu para quase 50% ^[9].

Nesse mundo, em que os direitos fundamentais são obra da construção humana, a dinâmica da sociedade digital forçou a própria ONU a reconhecer a importância do acesso à internet como direito humano, qualificando-o como liberdade básica e primordial de todas as pessoas e indispensável à promoção da cidadania e efetivação de demais direitos.

No seu *Special Rapporteur* em 2011, a ONU passou a reconhecer a rede mundial de computadores como ferramenta essencial à concretização da dignidade da pessoa humana e como instrumento de transformação (progresso) da sociedade. Nesse sentido, as Nações unidas recomendam aos Estados em desenvolvimento a facilitar a universalização do acesso.

8. JORENTE, M. J. V.; NAKANO, N. Inovação, Tecnologias de Informação e Comunicação e processo disruptivos. Londrina Inf. v. 17 n. 2, p-37-54, maio/ago., 2012. P. 42.

9. <https://e-estonia.com/>

Na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, os estados-membros reconheceram a importância da expansão das tecnologias da informação, das comunicações e da interconexão mundial, destacando a necessidade de enfrentar as profundas desigualdades digitais e desenvolver as sociedades do conhecimento, com base em uma educação inclusiva, equitativa, não discriminatória, com respeito às diversidades culturais. Movimentos difusos desencadeados pela COVID-19 aparecem aos montes no panorama nacional.

Pela primeira vez, na história da república, o Senado Brasileiro realizou sessão e votação virtuais. Depois de realizar, em 20 de março de 2020, a primeira sessão deliberativa de sua história, em 24 de março, o Senado brasileiro implementou o sistema de votação virtual e, com a participação de 79 dos 81 senadores, votou a medida provisória que regulamenta a negociação das dívidas da União (MP 899/2019).

A Mesa Diretora da Câmara dos Deputados editou o Ato 123/20, que regulamenta o Sistema de Deliberação Remota (SDR) - medida destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública relacionada ao novo Coronavírus.

A União Interparlamentar (UIP), entidade internacional que promove a cooperação legislativa, confirmou que o Brasil foi um dos primeiros países a realizar deliberações cibernéticas com normalidade. Vários parlamentos implementaram a mesma solução, como o Equador que aprovou a política social para combater a crise da COVID-19; o Parlamento Europeu; a Maldivia que em 30 de março aprovou 71 projetos; a Nova Zelândia que atualizou o *Epidemic Preparedness Act*. Exemplos semelhantes podem ser citados na Polônia, Espanha, Tunísia, Ucrânia, Arábia Saudita e outros^[10].

10. <https://www.ipu.org/parliaments-in-time-pandemic#C>

O portal do Legislativo da região da Catalunha (Espanha) merece destaque por sua larga experiência de permitir a comunicação com o cidadão por meio de várias ferramentas de redes sociais disponíveis na internet, tais como Facebook, Twitter, YouTube, Flickr e Netvibe.

Os Tribunais judiciários nacionais também avançam no sentido de ampliar a utilização da tecnologia tanto na adoção de inteligência artificial na gestão de processos quanto, agora, no estabelecimento de rotinas, sessões de julgamento e audiências virtualizadas.

No Supremo Tribunal Federal foi aprovada alteração regimental (Emenda Regimental 53/2020) que possibilita a realização de sustentação oral por meio eletrônico, permitindo que a Procuradoria-Geral da República, a Advocacia-Geral da União, a Defensoria Pública da União, os advogados e os demais habilitados possam encaminhar ao Tribunal sustentações orais em áudio ou vídeo. Também publicou a Emenda Regimental número 53, permitindo que todos os processos de competência do STF possam ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico. Os julgamentos virtuais já eram realidade no ecossistema judicial brasileiro, desde o ano de 2016, mas a realização de sessões virtuais, inclusive com sustentação oral dos advogados, procuradores e defensores públicos, além de membros do Ministério Público, não é tão natural e surge como uma solução tecnológica inovadora na aplicação do direito brasileiro. As demais Cortes de Justiça do País, rapidamente, passaram a adotar sistemas semelhantes.

Rapidamente os integrantes das chamadas funções essenciais à administração da justiça, descritas no Capítulo IV, do Título IV, da CRFB/88, passaram regulamentar e permitir que o trabalho passasse a se realizar em *home office*, bem como a realizar reuniões de trabalho e audiências de conciliação e de instrução de forma remota, utilizando aplicativos os mais variados. A realização de audiências e sessões por videoconferência,

tão comum no ambiente acadêmico, passa a permear o ecossistema dos aplicativos do direito.

Em pouco mais de 15 dias, verifica-se uma transformação digital que por certo, não fosse a COVID-19, se gastariam 5 anos para ser implementada com tamanha naturalidade.

3. O desenvolvimento do constitucionalismo digital

Há relação de dialeticidade marcante entre o Direito e sociedade. A mutabilidade social é inerente ao próprio ser humano na medida em que este, seguindo o seu processo natural de evolução, descobre, com o passar do tempo, novas formas de manipulação da natureza e novas maneiras de viver, alterando, assim, as relações sociais. O Direito, em contrapartida, carece de mutabilidade, o que levou Paulo Bezerra a afirmar que: “A realidade social é mutável. O direito parado é paralisante”.^[11]

Mais do que nunca, o Direito sob uma ótica produtiva, construtivista, de transformação da sociedade, “passa a ser utilizado não como instrumento de redução de complexidades ou reprodução de uma dada realidade, e sim, como um mecanismo de transformação da sociedade”, como indicara Lênio Streck^[12].

O constitucionalismo, enquanto movimento de luta pela defesa dos direitos fundamentais e pela limitação do exercício do poder, apresenta, contemporaneamente, diversas facetas, cada uma delas exprimindo uma dimensão distinta da concepção de Estado de Direito que deve ser assegurado nos quadrantes complexos da sociedade contemporânea.

11. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. 2. ed. Ilhéus: UESC, 2008, p. 133.

12. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 58.

Como registraram Miguel Calmon Dantas e Vicente Coni Jr.^[13], o constitucionalismo na sociedade da informação é desafiado a resguardar os direitos fundamentais diante dos novos riscos, mas também a potencializar o exercício dos direitos fundamentais e a assegurar a garantia de novos direitos, limitando, mais uma vez, o exercício do poder.

O constitucionalismo digital expressa a migração do paradigma constitucional de proteção da pessoa humana e contenção de poder para outros âmbitos que não aqueles necessária e exclusivamente relacionados com o poder político exercido pelo Estado, embora não exclua as limitações de excessos e abusos do próprio poder público na Internet e de outros poderes privados, como bem ressalta Stefano Rodotà^[14], a partir da análise das repercussões da aprovação, à unanimidade, pela Câmara dos Deputados da Itália, da Declaração de Direitos na Internet.

Van Dijk sustenta que a sociedade em rede evidenciaria um tipo contemporâneo de sociedade, com infraestruturas de redes sociais e de mídia que caracterizam seu modo de organização em diversos níveis, começando inicialmente pelos indivíduos, depois os grupos, organizações e, por fim, a própria sociedade.

Assinala Antonio Enrique Pérez Luño^[15] ser evidente que o conjunto de valores, princípios e direitos das sociedades está sendo constantemente submetido a muitas transformações em consequência do impacto das novas tecnologias e das tecnologias de informação e comunicação, com repercussões e o aparecimento de desafios da sociedade da informação que atingem tanto a esfera privada quanto a pública.

13. CALMON DANTAS, Miguel; CONI, V. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E INDIGNAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO In: A Transdisciplinaridade e o Direito: Os desafios dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação. IV ed. Porto Alegre: Evangraf, 2017, v.1, p. 100.

14. RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. V.

15. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Editorial S.A., 2012. P. 9.

O constitucionalismo passa a se preocupar com uma verdadeira proliferação de reflexões visando ao reconhecimento de direitos na Internet, tanto como projeção, no *cyberespaço*, dos direitos fundamentais já existentes, numa operação de especificação e densificação, como também a partir de direitos novos que surgem em função das novas possibilidades de comunicação e interação que a Internet propicia, mediante mensagens eletrônicas, redes sociais, blogs e outras variadas formas.

Uma dimensão que é constitutiva da faceta deste constitucionalismo digital é o empoderamento de novos atores, e que tem uma função ainda mais importante no âmbito da liberdade de manifestação. Entram na nossa preocupação o cyberativismo, a governança e participação civil pela internet; os direitos de privacidade e de segurança; acesso à educação; a abertura e estabilidade da rede; os direitos e responsabilidades na rede. Trata-se de um espaço que pode servir às reivindicações de bem-estar, como anotado por Cass Sustein, além de exprimirem as veias democráticas de manifestação.

O universo virtual apresenta um mundo distinto, ainda não suficientemente explorado pela compreensão constitucional.

Desde democratizar o acesso à informação até catalisar movimentos sociais, como os ocorridos na primavera árabe, a importância da internet para o princípio da dignidade da pessoa humana se evidencia quando se compreende que esse princípio trata da possibilidade de cada indivíduo traçar seu próprio projeto de vida.

Os elementos que tornaram a Internet um fenômeno social são, principalmente: a relativa facilidade de adquirir acesso, a mundialidade da estrutura, a sua descentralização, a velocidade de transmissão da informação e a dupla via em que essa informação é transmitida.

No Brasil, anote-se, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou, recentemente, a admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 185/15, que coloca entre os direitos fundamentais elencados na Constituição o “acesso universal à internet”.

São inúmeras as possibilidades de estabelecimento e fruição de direitos no universo digital. As primeiras quatro décadas da internet trouxeram o e-mail, a World Wide Web, as empresas pontocom, as mídias sociais, a internet móvel, o Big Data, a computação em nuvem, a instantaneidade da comunicação e o primórdio da internet das coisas. A tecnologia sensorial está ligada a tudo, desde a carteira que se usa, as roupas, os automóveis, os prédios e até na biologia atual. Em breve haverá uma imersão numa tecnologia difundida por tudo.

A internet produziu, até aqui, a redução da barreira de entrada no mercado de novas mídias e de entretenimento; novas formas de varejo e organização do trabalho e propiciou o aparecimento de empreendimentos digitais sem precedentes. Infelizmente, com a explosão do comércio virtual acabou sendo criada oportunidade para o *cybercrime* e, nesse ponto, são inúmeros os casos de *spammers*, ladrões de identidade, *phishers*, espões, hackers, intimidadores e *datanappers* (sequestradores virtuais).

A própria descoberta da cura para a COVID-19 ou mesmo a sua vacina, dependem, em grande intensidade, da inteligência artificial e desse universo de compartilhamento de informação propiciado pelas transformações digitais.

Dessa forma, ao Constitucionalismo Digital se lançam desafios sem precedentes, se exige dele respostas a novos problemas, como o desafio de solucionar problemas já conhecidos, mas que foram redimensionados no mundo digitalmente transformado.

Essas mudanças propõe uma nova pauta jurídica a ser desenvolvida, compondo um extenso catálogo mal visitado.

4. Nova planta do constitucionalismo

O horizonte do constitucionalismo digital oferece oportunidade de construção de uma nova planta de direitos, princípios e normas de limitação de poderes que merece ser examinada, enfatizando a flexibilidade e nuances necessárias de exercício para sua categorização.

A crise provocada pela COVID-19 funcionará como mecanismo catalizador de uma gama geral de direitos e princípios constitucionais tanto pelos novos problemas quanto pela necessidade de ser estabelecer um debate adequado em torno da governança do espaço digital (incluindo leis antidemocráticas ou restritivas de direitos).

Seguindo a estruturação proposta por Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser^[16], o Constitucionalismo Digital, impulsionado nesses tempos de crise, reclama providência em sete categorias distintas de capítulos do Direito Constitucional, a seguir catalogadas.

4.1. Direitos Fundamentais digitais

O catálogo de Direitos Fundamentais passa a envolver, inicialmente, o próprio direito de acesso à internet como condição de desenvolvimento da dignidade digital. O documento, intitulado *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*^[17] além de considerar o acesso à internet como um direito humano, enfatiza

16. Redeker, D., Gill, L., & Gasser, U. (2018). Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, 80(4), 302–319. <https://doi.org/10.1177/1748048518757121>

17. RUE, Frank La. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion. 2010. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2015.

uma maior proteção a dados e informações de seus usuários, em relação às arbitrariedades cometidas por agentes governamentais e outros.

No Brasil, verifica-se a existência da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que em seu art. 7º dispõe que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania. No mesmo sentido, também no Brasil, há projeto de inclusão do acesso à internet no rol dos direitos sociais indicados no caput do artigo 6º da Constituição Federal.

Especificamente, anota-se a necessidade de uma reabertura de análise aos (1) direitos de liberdade de expressão no espaço da internet, manifestando-se livremente sobre aquilo que considera adequado às suas convicções, sem censura prévia e assegurando-se sempre o contraditório e a responsabilização posterior.

Também com relevo o espaço de (2) liberdade de informação individual ou coletiva, enseja a possibilidade de todos acessarem livremente aquilo que está disponível na internet, incluindo a possibilidade de acesso racional e estruturado às informações públicas e governamentais.

A (3) liberdade de religião ou de crença implica para todos o direito de exercer sua fé, conforme sua consciência, manifestando-a na esfera digital, com cultos e liturgias exercidas livremente no mundo virtual.

O rol dos direitos de (4) manifestação coletiva e de reunião permite a participação – ou deixar de participar – de grupos sociais formais ou informais ou mesmo a a organização de grupos virtuais de acordo com identidades que os liguem, construindo comunidades próprias ou se envolvendo em esforços coletivos que se apresentem.

É necessário garantir a todos, a (4) dignidade pessoal e segurança na Internet, sem medo de assédio, violência ou outras formas de abuso.

Nesse campo, fundamental a (5) proteção das crianças e adolescentes que necessitam de segurança *online*, e proteção contra atitudes e comportamentos abusivos.

A participação nesse mundo tecnológico e virtual reclama a (6) não discriminação, tanto em termos de acesso à infraestrutura tecnológica que deve ser assegurada universalmente quanto dentro de comunidades digitais, com necessidade de especial proteção às minorias discriminadas.

A internet deve ser espaço protegido de (7) manifestação das culturas diversas, inclusive a digital, garantindo-se a diversidade linguística e o desenvolvimento de novas formas de expressão. Todos devem ter o direito de criar conteúdo cultural no universo *on line*.

Por fim, a internet deve ser utilizada para maximizar a experiência dos (8) direitos fundamentais sociais e de solidariedade, com amplo desenvolvimento de redes de proteção mundial da humanidade.

4.2. Limitações digitais do Poder Político

As limitações ao poder político, tema próprio das normas constitucionais, ganham relevo no Constitucionalismo Digital.

A (1) democracia deliberativa – que será objeto de análise no tópico posterior – começa a ganhar um desenho distinto daquele classicamente posto, ampliando o espaço de participação e controle popular.

Todos que participam globalmente da internet devem ter assento na sua (2) governança mundial, justificando mundialmente as decisões que afetem os envolvidos. Todos os atores que usam a Internet, incluindo cidadãos, estados e organizações, devem estar sujeitos à lei e devem respeitar os direitos humanos, incluídos os próprios digitais. Há

necessidade de formação de um direito e de protocolos que suplantam decisões parlamentares locais, criando uma nova categorização de regras universais para o espaço virtual.

A internet reclama providências adequadas e (3) remédios próprios no combate às violações que somente se apresentam, com suas especificidades, no universo digital. Novos *writs* e novas medidas globais e de fácil acesso à cidadania precisam ser moldadas para garantir os direitos fundamentais próprios da internet, bem como aqueles que se manifestam nesse universo.

Por fim, os mecanismos de (4) controle popular exercidos na internet reclamam providências distintas das classicamente consideradas.

4.3. Governança da internet

A governança da internet é um tema novo que merece toda atenção do constitucionalismo digital e das novas teorias constitucionais de compreensão desse espaço de realização e fruição de direitos.

Há necessidade de uma (1) governança multissetorial e participativa, com inclusão de todos afetados por decisões derredor da manutenção e funcionamento da internet. A todos deve se garantir um envolvimento cooperativo e colaborativo de governança porque a internet é um recurso coletivo e colaborativo, compartilhado em benefício da humanidade e de forma descentralizada.

As decisões sobre governança da internet devem ser tomadas de maneira (2) transparente e aberta, com ampla audição dos envolvidos e propiciando a todos efetiva participação no processo de tomada de decisão e publicização antecipada das modificações, sobretudo para garantir acesso livre aos antigos e aos novos participantes.

Para tanto, torna-se impositivo a garantia de um (3) open data que assegure acesso à informação da governança da internet. Espera-se um acesso aberto a registros públicos, dados públicos, informações sobre as operações estatais e o trabalho dos órgãos de governança da internet como direito assegurado.

O (4) direito de participação pressupõe prévio acesso à própria internet, como condição prévia para a participação cívica, tanto de comunidades digitais quanto da sociedade em geral. O acesso à Internet não deve ser uma barreira para participação nos processos da sociedade, da comunidade ou do governo.

Por fim, a governança deve se dirigir à (5) inclusão digital, forçando os Estados e outros líderes da comunidade digital ao cumprimento da obrigação de tornar a internet um espaço inclusivo para pessoas de diversas identidades e com diversas necessidades. O acesso à internet deve ser significativamente universal e acomodar a diversidade global.

4.4. Direitos de privacidade na internet

Certamente os direitos de privacidade são os que mais exigiram redimensionamento no espaço do constitucionalismo digital, sobretudo pela profusão de informação, pela facilidade de acesso às informações pessoais e pelo uso intensivo das redes sociais.

Em face disso, é preciso afirmar que todos têm (1) direito à privacidade digital. Isso inclui o direito de compartilhar e recusar compartilhar informações sobre si mesmos, conhecer e controlar quem tem acesso a essas informações e entender como elas são usadas.

Terceiros, sejam empresas ou Estados, têm a obrigação de (2) proteger os dados de privacidade dos indivíduos dos quais eles coletam dados. A

proteção de dados exige a tomada de medidas apropriadas, sejam elas processuais ou técnicas que possam proteger esses dados contra mau uso ou abuso. No particular, o Brasil editou a lei geral de proteção de dados, a Lei Federal n. 13.709/2018 com importantes avanços no tema.

O (4) controle e a autodeterminação de como seus dados são utilizados, compartilhados, representados e gerenciados na internet representam novel desafio ao exame do constitucionalismo. Além do consentimento necessário para o uso de seus dados pessoais, as pessoas têm direito a uma cópia de seus dados pessoais e o direito de solicitar que sejam removidos por terceiros.

O (5) direito ao anonimato que autoriza o sujeito a apresentar sua identidade como entender adequado na internet é tema controvertido, sobretudo em face da responsabilidade apurável pelos excessos cometidos. A internet não é terra sem lei e, por isso, deva se imaginar uma identidade digital global.

A (6) proteção contra vigilância garante a todos a possibilidade de não serem constantemente monitorados pelas empresas ou pelo poder público. Todo mundo tem o direito comunicar-se livremente e sem a ameaça de vigilância, monitoramento, criação de perfil ou outras invasões ao seu direito à privacidade.

Pelo (7) direito de usar criptografia fica assegurado a todos a possibilidade de usar ferramentas técnicas, incluindo todas as formas de criptografia, para proteger seu direito a comunicações privadas e seguras.

Por fim, o controverso tema do (8) direito ao esquecimento que garante a autodeterminação na internet, incluindo direito de determinar como os dados pessoais são compartilhados e representados, incluindo o direito de solicitar a remoção de informações pessoais de sites ou mecanismos

de pesquisa, particularmente quando essas informações são irrelevantes, desatualizadas, indesejadas, prejudiciais ou violam um indivíduo, sua privacidade e/ou dignidade.

4.5. Acesso e educação digital

O (1) direito de acessar a rede não pode ser obstaculizado, impondo a liberdade de acesso por múltiplas vias e favorecendo uma política pública de distribuição de múltiplas formas de conexão. Esse é um direito que precede ao exercício dos demais direitos.

Mas não basta poder acessar, é necessário garantir uma (2) acessibilidade que seja viável economicamente e suficientemente rápida e estável. O custo não deve ser uma barreira à conectividade. Isso também implica em incluir o princípio de que os poderes públicos têm uma responsabilidade de cooperar para garantir maior implantação e conectividade em banda larga e tecnologias de acesso.

Esse acesso deve ser (3) garantido aos trabalhadores em seus locais de trabalho. Para tanto, o direito laboral necessita compreender a internet como uma dimensão social da dignidade do trabalhador, criando mecanismos que imponham aos empregadores a responsabilidade de prover esse direito, nas frentes de trabalho, mediante o desenvolvimento de políticas laborais compatíveis com o gerenciamento do labor.

O acesso à internet pressupõe, ainda, uma (4) conscientização e educação específica que ponha ao usuário a possibilidade conhecer seus direitos e obrigações *on line*. Os usuários têm o direito de tomar decisões informadas e conscientes sobre como eles usam a internet. Estados e empresas privadas têm a obrigação de fornecer informações transparentes sobre esses direitos e obrigações.

Por fim, todos têm direito fundamental a uma (5) educação digital. A alfabetização digital é um precursor do acesso significativo e do desenvolvimento humano e social. Os Estados têm a obrigação de promover o desenvolvimento de habilidades e conhecimentos relacionados à Internet.

4.6. Abertura e estabilidade da internet

É necessário garantir uma (1) segurança da rede de forma a propiciar um acesso seguro para todos. Nesse ponto, espera-se uma cooperação internacional e intersetorial para assegurar a segurança e integridade da rede e de seus usuários. A confiança e confiabilidade da rede são essenciais para garantir que todo o potencial da internet seja realizado.

A (2) neutralidade da rede é o princípio segundo o qual o tráfego da internet deve ser tratado igualmente, sem discriminação, restrição ou interferência independentemente do emissor, recipiente, tipo ou conteúdo, de forma que a liberdade dos usuários de internet não seja restringida pelo favorecimento ou desfavorecimento de transmissões do tráfego da internet associado a conteúdos, serviços, aplicações ou dispositivos particulares. No Brasil, a neutralidade de rede é assegurada na lei que ficou conhecida como Marco Civil da Internet (nº 12.965, de 2014). A internet deve ter (3) padrões abertos. Espera-se que os padrões técnicos devem ser abertos, transparentes e interoperáveis, com códigos disponíveis e verificáveis pelos usuários e pela comunidade científica e tecnológica.

(4) Interoperabilidade e não fragmentação significa que os dados devem poder fluir através das fronteiras livremente e sem discriminação com base na localização geográfica. A internet deve ser um espaço globalmente interconectado e não fragmentado. A tecnologia digital deve ser projetada para garantir essa interoperabilidade

A (5) estabilidade e confiabilidade na rede deve ser garantida coletivamente, como responsabilidade solidária de todos os atores com acesso a rede. Uma forte cooperação mundial é necessária para garantir as melhores práticas e proteger a funcionalidade da rede.

Os indivíduos têm o direito de entender e revisar a tecnologia que usam. Para tanto, há necessidade de garantia de que os (6) *softwares* de acesso sejam gratuitos e de código aberto de forma a permitir o seu uso, leitura, cópia, compartilhamento e modificação.

Finalmente, há que se assegurar a (7) liberdade de dispositivo e interfaces. Todos devem ter assegurada a liberdade de usar os serviços, aplicativos, hardware e software de sua escolha, sem embaraços causados pelos governos ou pelos gigantes da tecnologia.

4.7. Direitos e responsabilidades econômicas na internet

No campo econômico, a internet desafia novas formas de pensar e de agir. São inúmeros modelos de negócios impulsionados pela ampliação do seu uso.

Dessa forma, uma das marcas mais proeminentes da inserção da internet na comunidade é a (1) inovação. A internet é uma ferramenta poderosa para inovação econômica, científica e cultural, exigindo, nesse caso, que os reguladores não utilizem quaisquer artifícios ou embaraços para bloquear novas tecnologias.

A internet nasceu e se gestou num espaço de garantia de (2) livre concorrência digital. É necessário criar um ambiente econômico aberto que promova a livre concorrência na internet e apoie a inovação e a acessibilidade dos serviços, combatendo práticas anticoncorrenciais ou de favorecimento ao desenvolvimento de monopólios.

O (3) desenvolvimento econômico favorecido pela internet deve cumprir a missão de promover a erradicação da pobreza global. A sustentabilidade ambiental deve promover o pleno desenvolvimento econômico, ambiental e social dos usuários da rede mundial.

Um desafio sem precedentes é o de garantia da (4) propriedade intelectual na internet. Todavia, é necessário declarar formalmente que todos têm o direito de se beneficiar de seu trabalho criativo na internet, escolhendo como sua propriedade intelectual é compartilhada, usada, distribuída e modificada. Para tanto, tecnologias como a *blockchain* podem auxiliar nesse desiderato.

A interoperabilidade pressupõe a garantia de uma (5) responsabilidade intermediária limitada que mantenha a garantia do fluxo livre de informações, promova a inovação e proteja as liberdades fundamentais *online*. Só aqueles que desenvolvam diretamente atividades ilícitas na rede devem ser responsabilizados.

Na internet das grandes corporações de tecnologia se espera (6) responsabilidade corporativa. A conduta dos provedores de serviços digitais tem implicações claras para direitos humanos na internet. Essas empresas têm a obrigação social de respeitar e proteger direitos e devem proteger os direitos do usuário contra abusos de toda ordem.

Finalmente, a (7) defesa do usuário da internet. As empresas têm a responsabilidade de lidar de maneira justa e honesta com usuários e de respeitar seus direitos na Internet, criando uma rede de proteção contra práticas inadequadas dos agentes envolvidos.

5. Constitucionalismo digital e democracia

A tecnologia criou uma nova esfera pública, ou uma nova comuna, apresentando similaridade com as assembleias das cidades-estado gregas ou as antigas reuniões no centro das pequenas cidades. Pérez Luño ^[18] denomina-a de “nuevo tejido comunitario”, ressaltando que houve uma mudança qualitativa radical no que se refere ao acesso à cultura, ao conhecimento e à informação.

Para seu magistério, a teledemocracia fraca é aquela em que a Internet é usada apenas para reforçar a atuação parlamentar, não implicando em um rompimento com a democracia indireta. No Brasil, já se sentem os efeitos que aponta o espanhol. O uso da internet já condiciona a atuação dos partidos políticos, em razão da facilidade de realizar pesquisas de opinião, resultando em uma grande aproximação entre os eleitores e os candidatos. Dessa forma, as eleições hoje têm uma dinâmica completamente diferente daquelas realizadas antes da era da informação.

Esse novo constitucionalismo pode propiciar o exercício da democracia, desde o exercício facilitado do voto num processo eleitoral sem falhas, sem corrupção e sem adulteração dos resultados e equipamentos até a possibilidade de um modelo alternativo de democracia, que Eduardo Massimo ^[19], descreve como democracia flexível.

O centro dessas novas posturas está na possibilidade direta de manifestação dos desejos populares favorecendo uma nova política baseadas nas comunicações nas redes sociais e, mais em geral, na internet e em suas potencialidades presentes e futuras. Tal providência, ainda que não

18. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. ¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com? Barcelona: Gedisa, 2004

19. Massimino, Daniel. (2017). REFLEXÕES SOBRE DEMOCRACIA LÍQUIDA E SUA FUNDAMENTAÇÃO NO PLANO DAS TEORIAS DEMOCRÁTICAS. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado. 17. 375. 10.17765/2176-9184.2017v17n2p375-400.

fazendo referência ao espaço digital, foi reclamada mesmo por Norberto Bobbio, no ano de 1985, quando notou que a democracia representativa reclamava um diálogo mais profundo com a democracia direta:

“el proceso de ampliación de la democracia en la sociedad contemporánea no se presenta solamente a través de la integración de la democracia representativa con la democracia directa, sino también, y sobre todo, mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos”.

Enquanto a democracia participativa acabou por gerar um efeito de desconexão entre governantes e governados, com uma ruptura de ligação representativa entre representados e representantes e o distanciamento do cidadão da vida pública, como anotou Cardenas Garcia ^[20], essa nova democracia permite uma participação que se desdobra pelo uso das novas tecnologias e, mais especificamente, através da internet.

Há um novo espaço se desenvolvendo na democracia deliberativa.

6. Conclusão

O presente ensaio dedicou-se a anotar o espaço temporal em que a pandemia provocada pela COVID-19 acabou por catalisar o desenvolvimento de novas formas de pensar e de agir, aumentando a exposição da sociedade à internet, quer pela maior utilização, quer pelo fomento de atividades que resistiam à integração digital.

20. CARDENAS GARCÍA, J., Democracia interna en los partidos y democracia participativa. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf, pág. 151

Nessa quadra de maior envolvimento com a internet, torna-se impositiva uma reflexão profunda sobre o avanço do constitucionalismo digital, com suas nuances e seu modo de apresentação distinto daquele que classicamente se conhecia.

O Direito Constitucional que já vem sendo desafiado, reclama nova construção de clássicos institutos examinados pela ciência política, com seus conceitos matizados de nação, de estado moderno e de seus elementos constitutivos, bem como sobre as noções de soberania e fronteiras e, mais ainda, da necessária compreensão derredor de um constitucionalismo universal e de uma nova governança mundial.

A internet não é apenas um *locus* de fruição dos direitos fundamentais ou de desenvolvimento de ferramentas tecnológicas de controle do poder. Esse espaço digital tem complexidades próprias e novas oportunidades que permitem a criação de uma infinidade de novos direitos e de formas de agir, de pensar e de integração mundial.

A governança mundial do espaço de convivência da humanidade exigirá um novo catálogo universal de direitos e uma planta própria de atenção do Direito Constitucional, quiçá a aprovação de uma *Internet Bill of Rights* com dimensão transnacional.

A pandemia da COVID-19 modificou a forma da humanidade perceber a vida e amplificou a utilização da internet, reclamando dos constitucionalistas um olhar cuidadoso desse espaço de convivência e da necessidade de construir uma teoria jurídica adequada aos tempos de redes sociais, *home office*, encontros virtuais, novos negócios, de disseminação da informação e de exercício de poderes políticos.

Nada é mais como antes.

7. Referências

- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. 2. ed. Ilhéus: UESC, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1989
- CALMON DANTAS, Miguel; CONI, V. *Constitucionalismo digital e indignação na sociedade da informação* In: *A Transdisciplinaridade e o Direito: Os desafios dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação*. IV ed. Porto Alegre : Evangraf, 2017, v.1, p. 97-111.
- FERRAJOLI, Luigi. *Il virus mette la globalizzazione con i piedi per terra*. Il Manifesto, 17-03-2020. Disponível em <<https://ilmanifesto.it/il-virus-mette-la-globalizzazione-con-i-piedi-per-terra/>>. Acesso em 30/03/2020.
- CARDENAS GARCÍA, J., *Democracia interna en los partidos y democracia participativa*. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf, pág. 151
- JORENTE, M. J. V.; NAKANO, N. *Inovação, Tecnologias de Informação e Comunicação e processo disruptivos*. Londrina Inf. v. 17 n. 2, p-37-54, maio/ago., 2012.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- Massimino, Daniel. (2017). *Reflexões sobre democracia líquida e sua fundamentação no plano das teorias democráticas*. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado. 17. 375. 10.17765/2176-9184.2017v17n2p375-400.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial S.A., 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- REDEKER, D., GILL, L., & GASSER, U. (2018). *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*. International Communication Gazette, 80(4), 302–319. <https://doi.org/10.1177/1748048518757121>
- RUE, Frank La. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion*. 2010. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2015.
- SUNSTEIN, Cass R.. *Democracy and the Internet Republic*.Com. Princeton, Nj. Princeton University Press. Pp. 224. 2001. Journal of Law, Technology and Policy, No. 2, Fall 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=286293> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.286293>
- VAN DIJK, Jan. *The network society*. London: Sage Publications, 2012.

Impactos da Pandemia Sobre Agentes Econômicos Brasileiros e o Direito Fundamental ao Desenvolvimento na Recuperação de Empresas em Crise

MARCUS BOREL SILVA MOREIRA ^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. O princípio da ordem econômica como alicerce do desenvolvimento social; 3. Instrumentos ordinários de superação de crise econômica e tratamento da insolvência no Brasil; 4. Pandemia e crise global. Medidas excepcionais para preservação da atividade econômica; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Em novembro de 2019 o mundo tomou conhecimento de uma nova ameaça invisível à saúde humana e que, poucas semanas depois, revelou-se como a maior pandemia que já se teve notícia, esta que vem dizimando milhares de pessoas em todo o planeta.

A COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus) não vem apenas colapsando os sistemas de saúde dos países atingidos, mas também anunciando aquilo que se fala como a maior crise econômica do capitalismo, com projeções que superam, inclusive, a crise de 1929, a de 2008 e as decorrentes das guerras mundiais ^[2].

1. Bacharel em Direito e mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado. Pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Unyahna. Email: marcusborel@gmail.com

2. Em participação via teleconferência do *Inter-American Dialogue sobre los efectos del Coronavirus em America Latina y el Caribe*, Alicia Bárcena, Secretária Executiva da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), destacou que a crise COVID-19 passará para a história como uma das piores que o mundo já viveu. Explicou que a enfermidade põe em risco um bem público global essencial, a saúde humana, e impactará uma já debilitada economia mundial e a afetará tanto pelo lado

No Brasil, a já fragilizada economia, castigada pelos eventos político-econômicos que se sucederam nos últimos anos, ganha novo capítulo dramático. Ao tempo em que a população se enquadra em suas casas, atendendo ao chamado de isolamento social, milhares de negócios, empregos e atividades são, simplesmente, extintos.

O atendimento estatal emergencial à saúde e controles sanitários como consecução do direito à vida, notadamente a partir de ordens de isolamento e fechamento temporário de estabelecimentos empresariais pode se deparar com questionamentos sobre possível mitigação do direito fundamental ao desenvolvimento, construído a partir dos princípios da ordem econômica, livre iniciativa e busca do pleno emprego, dentre outros destacados no artigo 170 da Constituição Federal.^[3]

Se por um lado as evidências médicas demandam a adoção de medidas administrativas de *lockdown*, por outro se observa o crescimento exponencial de desemprego, com indicativos de majoração da violência urbana e explosões de casos de insolvência empresarial.

Numa visão meramente utilitarista, as consequências da derrocada econômica global poderão dar causa à um número ainda maior de vítimas fatais do que aquelas causadas pelo coronavírus. Discussões intermináveis sobre limites éticos acerca da possibilidade de adoção do isolamento social vertical vêm sendo travadas por líderes políticos, sem que ciência consiga entregar, com a velocidade que mudo demanda, as seguras respostas de tais inquietações.

da oferta como da demanda, seja a través da interrupção das cadeias de produção - que golpeará severamente o comércio mundial- como pela perda de renda e ganhos devido ao aumento do desemprego e maiores dificuldades no cumprimento das obrigações.

3. Artigo 170 da Constituição Federal: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

O aparente conflito entre os princípios da proteção à vida e ao desenvolvimento, na lição de Robert Alexy, devem ser resolvidos a partir do exercício da ponderação e sopesamento. Segundo o jurista e filósofo alemão, “essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘por sí só, de prioridade’. O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre interesses conflitantes’”.^[4]

É partir dessa realidade que medidas alternativas e de exceção, para tratamento da insolvência empresarial, passam a ser estudadas com o objetivo de atender à uma demanda urgente e inesperada. Os meios ordinários e tradicionais de reestruturação já não se mostram suficientemente adequados a atender o setor produtivo, que se vê inundado em uma crise econômica cuja extensão não se tem como prever.

2. O princípio da ordem econômica como alicerce do desenvolvimento social

O constituinte brasileiro, na formulação da ordem constitucional de 1988, adotou o capitalismo de livre mercado como modelo econômico para fins de alcance dos seus objetivos sociais. Nessa perspectiva, a Constituição Federal enumerou diversos princípios orientadores da ordem econômica brasileira, destacando-se, dentre outros, o da busca pelo pleno emprego, a livre concorrência, a propriedade privada, além do tratamento favorecido à micro e pequenas empresas.^[5]

Essa escolha, contudo, não induz total afastamento ou negligência do Estado na regulação das relações privadas. A onda constitucional surgida

4. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Editora Malheiros, 2ª edição, 4ª triagem, São Paulo, 2015, p. 95.

5. Artigo 170, da Constituição Federal.

no início do século XX e que resultou na construção de uma ordem fundada no Estado Social possibilitou o desenvolvimento da constitucionalização e publicização das tratativas particulares.

A partir daí, viu-se crescer a promoção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais^[6] e intervenção estatal nas relações particulares como instrumento de proteção de minorias e hipossuficientes, dando ensejo ao surgimento de microssistemas legislativos fundados em valores^[7] e princípios constitucionais protetivos^[8].

No âmbito internacional, a Declaração sobre o Direito de Desenvolvimento, de 04/12/1986, já destacava que “os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes”^[9]

É nesse cenário que o legislador brasileiro, dentre outras medidas de consecução do direito ao desenvolvimento, entendeu por inovar no tratamento da insolvência empresarial, então regulada pelo instituto da concordata no Decreto-Lei 7.661/1945.

Em 2005, foi inaugurado no Brasil, a partir de uma forte influência da legislação de regência norte-americana, um sistema de intervenção estatal nas relações econômicas com o objetivo de proteger um determinado e relevantíssimo bem jurídico difuso e propulsor do desenvolvimento: a atividade empresária.

6. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris, 2004, p. 18.

7. MOREIRA, Marcus Borel Silva. *Processo, acesso à justiça e legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Editora Dois de Julho, Coordenadores Wilson Alves de Souza, Hiolanda Silva Rego e Luís Carlos de Sousa Amorim. Salvador, 2018, p. 143/144.

8. BOIS, François du. *Private Law in the Age of Rights*. In: REID, Elspeth; VISSER, Daniel (eds.). *Private Law and Human Rights: Bringing Rights Home in Scotland and South Africa*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013. P. 12-14.

9. Art. 2º, §3º da Declaração sobre o Direito de Desenvolvimento, de 04/12/1986

Esse novo direito não mais estava alicerçado na quase exclusiva defesa do crédito e interesse dos seus titulares^[10], mas na manutenção da empresa^[11], esta entendida, na forma do artigo 966 do Código Civil, como atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.^[12]

A defesa da manutenção da atividade empresária^[13], a partir desse novo paradigma, passou a ter, como objetivo mediato, a manutenção da arrecadação fiscal, da preservação dos empregos e o fomento de toda a cadeia produtiva, oferecendo assim, para a população, acesso à novas tecnologias e ferramentas garantidoras do bem-estar.

Assim é que, verificada a existência de uma crise econômico-financeira^[14] cuja solução não possa ser buscada com as ferramentas usuais de mercado, o empresário poderá invocar as prerrogativas da Lei 11.101/2005 para pedir o socorro estatal da recuperação judicial ou extrajudicial.

O novo Direito Recuperacional, portanto, pode ser compreendido como uma (das muitas existentes no ordenamento jurídico) materialização infraconstitucional da eficácia horizontal do direito fundamental ao desenvolvimento e da ordem econômica positivada no artigo 170 da Constituição Federal. É a mão do Estado estendida para, em momentos excepcionais de crise, tentar-se a busca da preservação da empresa como uma dos instrumentos de execução do direito à ordem econômica e ao princípio do desenvolvimento

10. MELO, Marciano Almeida et al. *A função social da lei Nº 11.101/2005 na falência e recuperação da empresa*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=2488>>. Acesso em: 24 out 2016.

11. É neste sentido que dispõe o artigo 47 da Lei 11.101/2005.

12. MOREIRA, Marcus Borel Silva. *Processo, acesso à justiça e legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Editora Dois de Julho, Coordenadores Wilson Alves de Souza, Hiolanda Silva Rego e Luís Carlos de Sousa Amorim. Salvador, 2018, p. 143/144.

13. LOBO, Jorge. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 120-121.

14. KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*. 2009. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. P. 16.

3. Instrumentos ordinários de superação de crise econômica e tratamento da insolvência no Brasil

Desde 2005, com a entrada em vigor da Lei 11.101/2005, a insolvência empresarial passou a ser tratada não como uma espécie de favor legal ao devedor empresário – como ocorrida na concordata-, mas como medida de preservação da atividade empresária^[15].

Nesse prisma, a legislação de regência conferiu, aos legitimados, a possibilidade de buscarem ajuda estatal para, a partir da suspensão da exigibilidade de suas obrigações líquidas, apresentarem um plano de recuperação como medida de consecução dos objetivos do instituto. Esse plano, além de prever estratégias de *turnaround*, deve incluir uma proposta de pagamento dos créditos sujeitos ao procedimento.

A LRE prevê dois procedimentos possíveis para alcance dos objetivos traçados no seu art. 47^[16]: a recuperação judicial e a extrajudicial.

Na recuperação extrajudicial, menos utilizada pela classe empresarial brasileira, o devedor que preencha os requisitos de legitimidade previstos na própria LRE, poderá propor um plano de recuperação à determinado grupo de credores e buscar homologação judicial a partir da adesão de, pelo menos, 3/5 dos titulares de créditos da referida classe ou grupo.^[17]

Já na recuperação judicial, o devedor legitimado propõe a medida ao juiz competente, o qual, processando a demanda, fará suspender todas as

15. KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. A homologação judicial do plano de recuperação: entre o controle de legalidade e o respeito à liberdade contratual. *Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE)*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 73-97, jan./jun. 2013. p. 80.

16. Prevê o Art. 47 da Lei 11.101/2005: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

17. Art. 163 Lei 11.101/2005. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos

ações e execuções movidas contra si por um prazo de 180 dias, na forma do art. 6º, §4º da LRE.^[18]

É nesse período de suspensão que o empresário buscará reorganizar seu passivo a partir de acordos propostos com grupos de credores na esperança de que os mesmos, convencidos de sua viabilidade, aprovelem o plano e, com isso, possibilitem a novação de suas obrigações.

Muito embora seja um remédio processual que tenta evitar repetir as falhas da antiga concordata, este é um procedimento que, não raras vezes, depara-se com dificuldades procedimentais que, se não inviabilizam, ao menos comprometem a dinâmica de uma boa e rápida recuperação.

Exemplo disso são os altos custos do processo, com pagamento de editais e remuneração do Administrador Judicial, discussões intermináveis acerca da sujeição de determinados créditos protegidos por certas garantias, além da limitação de legitimidade apenas àqueles que se constituam como empresários, dentre outros obstáculos.

Malgrado haja uma dinâmica no processo de recuperação judicial – muito em decorrência do amadurecimento do instituto pela doutrina e jurisprudência brasileira – as regras previstas pela lei regulamentadora, com a exegese jurisprudencial, se mostram adequadas à um cotidiano previsível de oscilação econômica, onde crises setoriais podem atingir determinados nichos de forma pontual.

Assim ocorreu com as empresas de construção civil após a deflagração da operação Lava Jato da Polícia Federal; ou ainda com o setor sucroalcooleiro, quando, em decorrência do alto custo de produção aliado

18. Na prática, embora o dispositivo do artigo 6º, §4º da Lei 11.101/2005 preveja a impossibilidade de prorrogação do *stay period*, a jurisprudência já vem consolidando tal possibilidade quando a culpa pelo atraso na apreciação e votação do plano de recuperação não se dê por culpa do próprio devedor. Nesse sentido, STJ AgInt no AREsp 1356729/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2019, DJe 11/10/2019.

à uma queda no preço internacional, as usinas passaram a acumular altos prejuízos a partir de 2007.

A realidade atual, porém, é diferente. Não se fala em crises setoriais, mas em uma perspectiva de recessão (ou até mesmo depressão) econômica sem precedentes na história, o que reclama, dos poderes constituídos, ações mais efetivas e emergenciais para a mitigação dos efeitos do *tsunami* se avizinha.

4. Pandemia e crise global. Medidas excepcionais para preservação da atividade econômica

A pandemia do COVID-19 tem provocado, das autoridades políticas mundiais, medidas de preservação de suas economias nacionais enquanto perdura o *lockdown* que vem dizimando o desenvolvimento econômico.

A intervenção estatal na economia, normalmente comedida e limitada à regulação de setores econômicos sensíveis em uma economia de livre mercado, tem dado lugar a uma forte interferência, proporcional ao tamanho da crise, de modo a possibilitar uma reorganização dos fatores de produção nacionais durante e, principalmente, no pós-crise.

Os Estados Unidos anunciaram um plano financeiro de U\$ 2.000.000.000.000 (dois trilhões de dólares norte-americanos) como estímulo econômico para aliviar o impacto do coronavírus em sua economia.^[19] No Reino Unido, o governo anunciou uma ajuda financeira de £2.500,00 (duas mil e quinhentas libras esterlinas) para os autônomos enquanto a Espanha pretende comprometer até 20% do seu PIB com ajuda financeira.

No Brasil, as primeiras medidas de ajuda econômica já foram tomadas, a exemplo do congelamento de preços de remédios por um

19. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-21/virus-response-plan-to-total-about-2-trillion-kudlow-says>

prazo de 02 meses (MP 933/2020), abertura de novas linhas de créditos em bancos estatais para fomento de atividades e apresentação de condições favoráveis para renegociação de dívidas, ajuda financeira a trabalhadores informais, desempregados, MEI's e trabalhadores intermitentes inativos; diferimento de prazo para sociedades anônimas realizarem suas AGO's; isenção de IOF por 90 dias, redução de alíquotas de IPI para determinados produtos, dentre outras.^[20]

Estima-se um impacto econômico do Estado Brasileiro à ordem de R\$ 400bi (quatrocentos bilhões de reais) a partir da perda de arrecadação, incrementada pelo aumento exponencial de despesas emergenciais para estímulo à economia^[21].

Como remédio processual à crise da pandemia, vem tramitando no Congresso Nacional o PL 1.397/2020 (Sistema de Prevenção à Insolvência) que inaugura procedimento de negociação coletiva e altera, em caráter temporário, regras da Lei 11.101/2005 que tratam da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência.

Pelo projeto, importantes alterações poderão ser realizadas para possibilitar maior efetividade aos meios de recuperação.

Além da previsão de suspensão de execuções, decretação de falências, despejos por falta de pagamento ou resolução unilateral de contratos e cobranças de multas por 60 dias em favor do agente econômico, o PL traz importantes alterações na Lei 11.101/2005, embora com eficácia limitada até o fim do prazo do Decreto Legislativo de Calamidade Pública n. 06/2020.

As principais alterações propostas, em caráter temporário, da LRE são (i) inclusão de créditos trabalhistas no plano de recuperação extrajudicial;

20. <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-COVID-19-coronavirus>

21. <https://www.camara.leg.br/noticias/649469-tesouro-nacional-projeta-deficit-primario-proximo-a-r-400-bilhoes-apos-coronavirus/>

(ii) redução do quórum de aprovação do plano de recuperação extrajudicial; (iii) *stay period* na recuperação extrajudicial; (iv) suspensão da execução do plano homologado por 120 dias; (v) possibilidade do devedor apresentar novo plano de recuperação judicial no curso do processo, com sujeição de todos os créditos constituídos após o primeiro pedido de recuperação judicial; (vi) vedação de cobrança de dívidas dos coobrigados da recuperanda; (vii) liberação de 50% das travas bancárias em contratos cuja garantia é constituída por recebíveis.

Outra importantíssima inovação do PL 1.397/2020 é a inserção da Negociação Coletiva como ferramenta de renegociação de dívidas.

Por esse procedimento de jurisdição voluntária, o agente econômico (não necessariamente um empresário) poderá apresentar um pedido de negociação coletiva a um juiz, momento em que todas as execuções contra si serão suspensas por 90 (noventa) dias. Nesse período, o devedor buscará realizar o maior número de acordos bilaterais possíveis e os apresentará ao juiz para homologação.

Para aqueles credores que não lograram transacionar com o devedor, o direito de prosseguir com suas execuções é retomado após o decurso dos 90 (noventa) dias.

A par do possível sancionamento dessas medidas, o CNJ já formalizou, no último dia 31/03/2020, orientações para todos os juízos com competência para julgamento de ações de recuperação judicial em decorrência dos impactos dos econômicos do COVID-19, buscando conferir maior proteção às empresas atingidas pela crise econômica causada pela pandemia ^[22].

As recomendações foram as de i) priorizar a análise e decisão sobre levantamento de valores em favor dos credores ou empresas recuperandas;

22. Ato Normativo 0002561-26.2020.2.00.0000

(ii) suspender de Assembleias Gerais de Credores presenciais, autorizando a realização de reuniões virtuais quando necessária para a manutenção das atividades empresariais da devedora e para o início dos pagamentos aos credores; (iii) prorrogar o período de suspensão previsto no art. 6º da Lei de Falências quando houver a necessidade de adiar a Assembleia Geral de Credores; (iv) autorizar a apresentação de plano de recuperação modificativo quando comprovada a diminuição na capacidade de cumprimento das obrigações em decorrência da pandemia da COVID-19, incluindo a consideração, nos casos concretos, da ocorrência de força maior ou de caso fortuito antes de eventual declaração de falência (Lei de Falências, art. 73, IV); (v) determinar aos administradores judiciais que continuem a promover a fiscalização das atividades das empresas 4 recuperandas de forma virtual ou remota, e a publicar na Internet os Relatórios Mensais de Atividade; (vi) avaliar com cautela o deferimento de medidas de urgência, despejo por falta de pagamento e atos executivos de natureza patrimonial em ações judiciais que demandem obrigações inadimplidas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020.

Essas medidas de exceção, como efetiva aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, neste caso vinculados à ordem econômica e ao desenvolvimento, buscam preservar ao máximo a força empreendedora e empregadora do país, notadamente quando os mais atingidos - os micro e pequenos empresários - correspondem à 99% das empresas do país^[23] e respondem por 27% do PIB^[24].

23. https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/dados_mpes_brasil_2014.pdf

24. <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>

5. Conclusão

A atividade empresarial brasileira, em especial os micro e pequenos empresários, (exatamente pela ausência de robustez financeira para suportar a perda de faturamento durante o *lockdown*), correm risco iminente de encerramento.

A cadeia de eventos trágicos que sucedem a ausência de faturamento ocasionado pela pandemia anuncia uma crise econômica de grandes proporções, que atingirá quase todos os setores da economia nacional. O aumento do desemprego já é sentido; a inadimplência sistemática já é uma realidade. A queda brusca de arrecadação dos entes federativos já vem sendo observada.

O Estado Brasileiro tem adotando medidas de estímulo à atividade para tentar minorar o impacto que as medidas de proteção à saúde pública se impõem, em aplicação à ponderação de princípios. Se por um lado é necessário cumprir as orientações das autoridades de saúde, aplicando o isolamento social e a cessação temporária das atividades econômicas, por outro não se deve olvidar de que ao Estado cumpre zelar pela manutenção desses agentes em cumprimento ao direito da Ordem Econômica e Princípio Fundamental ao Desenvolvimento.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Editora Malheiros, 2ª edição, 4ª triagem, São Paulo, 2015, p. 95.

BLOOMBERG. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-21/virus-response-plan-to-total-about-2-trillion-kudlow-says>. Acesso em: 20 mar 2020

BOIS, François du. *Private Law in the Age of Rights*. In: REID, Elspeth; VISSER, Daniel (eds.). *Private Law and Human Rights: Bringing Rights Home in Scotland and South Africa*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar 2020

_____. *Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 mar 2020

_____. STJ. *AgInt no AREsp 1356729/PR*, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2019, DJe 11/10/2019. Acesso em: 20 mar 2020

CÂMARA DOS DEPUTADOS. <https://www.camara.leg.br/noticias/649469-tesouro-nacional-projeta-deficit-primario-proximo-a-r-400-bilhoes-apos-coronavirus/>. Acesso em: 20 mar 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Ato Normativo 0002561-26.2020.2.00.0000*

KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. *A homologação judicial do plano de recuperação: entre o controle de legalidade e o respeito à liberdade contratual*. Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE), Rio de Janeiro, n. 12, p. 73-97, jan./jun. 2013.

KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*. 2009. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo: São Paulo.

LOBO, Jorge. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Marciano Almeida et al. *A função social da lei Nº 11.101/2005 na falência e recuperação da empresa*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=2488>>. Acesso em: 20 mar 2020

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-COVID-19-coronavirus>. Acesso em: 20 mar 2020

MOREIRA, Marcus Borel Silva. *Processo, acesso à justiça e legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Editora Dois de Julho, Coordenadores Wilson Alves de Souza, Hiolanda Silva Rego e Luís Carlos de Sousa Amorim. Salvador, 2018

ONU. *Declaração sobre o direito de desenvolvimento*. Assembleia Geral das Nações Unidas. de 04/12/1986

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris, 2004.

SEBRAE. https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/dados_mpes_brasil_2014.pdf. Acesso em: 20 mar 2020

COVID-19 e Proteção de Dados Pessoais: o antes, o agora e o depois

MAURÍCIO REQUIÃO ^[1]

Sumário: 1. COVID-19 e capitalismo de vigilância; 2. O antes, o agora e o depois; 3. Referências.

1. COVID-19 e capitalismo de vigilância

O surgimento da pandemia do COVID-19 traz ao mundo contemporâneo desafio que não havia sido enfrentada nesse século. A necessidade de solidariedade e das incessantes pesquisas científicas ressaltam, de modo muito claro, a importância desses valores que vêm sendo tão atacados no Brasil dos últimos tempos.

Da experiência colhida de países que estão lidando com a doença já desde momento anterior ao Brasil, se destaca a necessidade de isolamento social e de testagem massiva, justamente para evitar que pessoas doentes contaminem outras até então saudáveis.

Acontece que, ao contrário de outros momentos em que pandemias assolaram o mundo, a capacidade de vigilância e controle hoje possíveis sobre as pessoas se encontra em patamar nunca visto.

Vive-se hoje, como afirma Shoshana Zuboff, na sociedade do capitalismo de vigilância que, nas palavras da autora “se qualifica como

1. Doutor em Direito. Professor de Direito Civil da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Líder do grupo de pesquisa “Autonomia e Direito Civil contemporâneo”. Advogado.

uma nova lógica de acumulação, com uma nova política e relações sociais que substituem os contratos, o Estado de direito e a confiança social pela soberania do *Big Other*”^[2]. O mundo, especialmente ao longo da última década, foi moldado para extrair dados dos usuários da Internet em escala massiva. Estes dados, reunidos e processados através do que se convencionou chamar de *Big Data*, que permite a obtenção de informações e o poder de influenciar condutas, em escalas até o presente momento ainda não inteiramente esclarecidas.

Assim, os dados pessoais são transformados em importante ativo comercial das grandes empresas de tecnologia do mundo, com o claro objetivo de obtenção de capital, além de outros até o momento não tão claros assim.

Há imensa disparidade informacional entre os que fornecem os dados e aqueles que deles se apropriam. Embora muitos sujeitos, em abstrato, indiquem se preocupar com a proteção de dados pessoais, na prática essa preocupação muitas vezes não se reflete, por razões das mais diversas, incluso aí o desconhecimento sobre a real extensão de que dados estão sendo coletados ou para que fim serão utilizados. Este momento do COVID-19 tem servido para jogar algumas luzes sobre essas questões.

Correm as notícias das mais diversas práticas de monitoramento para tentar identificar e isolar os infectados com o novo vírus, realizadas em diversos países. Na China, ponto inicial da pandemia, são utilizados drones, tecnologia de reconhecimento facial, scanners infravermelhos, além da implementação de aplicativo para classificar as pessoas de acordo com o risco de contágio, sendo tal informação transmitida às autoridades competentes^[3].

2. ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação*. In. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. Tradução Heloisa Cardoso Mourão. 1.ed. São Paulo. Boitempo, 2018, p.49.

3. Ehrhardt Júnior, MARCOS; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. *Privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia da COVID-19*. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/824478175/privacidade-e-protacao-de-dados-pessoais-durante-a-pandemia-da-COVID-19>. Acesso em 31 mar 2020.

A Coreia do Sul, por sua vez, rastreia os celulares dos usuários para criar um mapa que fica disponível publicamente para que todos cidadãos possam consultar por onde passaram as pessoas infectadas. Diversas outras medidas de monitoramento, em maior ou menor grau das acima narradas, já foram adotadas também no Irã, Israel, Taiwan, Áustria, Polônia, Bélgica, Alemanha e Itália ^[4].

Para Byung-Chul Han, China e Coreia do Sul, por exemplo, adotaram práticas de vigilância em geral mais pesadas e com maior aceitação por parte da população do que suas contrapartes ocidentais. Para o autor, isso se explica, em parte, por conta de que, ao contrário da cultura ocidental, a oriental seria mais voltada para o coletivo do que para o individual, sem que isso necessariamente indique se tratar de uma cultura com menor grau de egoísmo ^[5].

No Brasil, bem recentemente, uma empresa nacional, que trabalha com geolocalização, e da qual provavelmente a maior parte dos leitores jamais ouviu falar, se ofereceu para auxiliar no monitoramento durante a pandemia e já está sendo utilizada pela prefeitura de Recife com tal intuito. A referida empresa declarou que atualmente 60 milhões de *smartphones* carregam algum *app* com seu algoritmo, que os permite dizer onde cada uma dessas pessoas está, com uma margem de erro de dois a três metros ^[6].

Também no Brasil, o Governo Federal já anunciou seu interesse na adoção de medidas de monitoramento de celulares, similares às realizadas na China, o que encontra, inclusive, alguns óbices legais. Por enquanto,

4. MOURA, Raissa; FERRAZ, Lara. *Meios de Controle à Pandemia da COVID-19 e a Inviolabilidade da Privacidade*. Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%C3%BAdo/Coronavirus/Meios> Acesso em 31 mar. 2020.

5. HAN, Byung-Chul. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã. In: *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html?rel=mas>. Acesso em 30 mar. 2020.

6. ROSA, João Luiz; BRIGATTO, Gustavo. Companhias dão, de graça, tecnologia contra surto. In: *Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/03/30/companhias-dao-de-graca-tecnologia-contra-surto.ghtml>. Acesso em 31 mar 2020.

de acordo com o SindiTeleBrasil (Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal), dentro de cerca de duas semanas deverá começar o repasse de dados de quase 220 milhões de aparelhos celulares, “com um dia de atraso de modo aglomerado, estatístico e anonimizado, a partir da coleta de informações por quase cem mil antenas” [7].

2. O antes, o agora e o depois

Estes exemplos acabam por remeter ao primeiro ponto: **o antes**. A pandemia do COVID-19 ajuda a mostrar ao mundo o que já vem sendo analisado por diversos pesquisadores: as dimensões de vigilância e monitoramento a que as pessoas estão sendo (real ou potencialmente) submetidas, principalmente a partir dos seus *smartphones*, ultrapassa em muito o que normalmente são capazes de imaginar quando clicam em um “aceito os termos de uso e privacidade” de um aplicativo qualquer.

É verdade que agora, ou seja, **no durante**, boa parte da população coloca essa preocupação em segundo lugar. A luta coletiva pela saúde, faz com que o comportamento de aceitação quanto ao monitoramento e vigilância se torne mais forte. Medidas como as acima elencadas, que são extremas, soam como medidas razoáveis em um tempo de anormalidade.

No Brasil a lei que se destina à regulamentação da matéria de proteção de dados pessoais é a Lei n. 13.709/2018, conhecida Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Importante destacar que a referida Lei se encontra em período de *vacatio legis*, porém, a despeito de ainda não estar em vigor, será utilizada como parâmetro para algumas análises, especialmente por

7. MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. In: *BBC News Brasil*. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em 03 mar. 2020.

se considerar que as consequências dos tratamentos de dados realizados agora impactarão em reflexos para o futuro.

Na LGPD os dados pessoais relacionados à saúde, que estão sendo coletados para o combate à pandemia, são classificados como dados pessoais sensíveis.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (grifo nosso)

Estes dados pessoais sensíveis, nos termos dos arts. 11 a 13 da LGPD, recebem grau ainda maior de proteção do que os dados pessoais que não se encaixam em tal categoria. Isto se dá justamente por conta da natureza personalíssima ou de maior potencial de risco ao seu titular se utilizados de maneira indevida. Informações sobre a saúde, opinião política e orientação religiosa de um indivíduo, apenas para exemplificar algumas das elencadas, podem ser utilizadas de forma preconceituosa e excludente.

Como adverte Yuval Harari, o esforço na coleta de dados para o combate à pandemia pode levar a novos níveis de vigilância. Se antes um simples movimento do dedo, dando um *like*, poderia servir identificar o tipo de preferência do sujeito (*over the skin*), pode ser que se pretenda agora identificar até mesmo a temperatura e pressão sanguínea do sujeito a partir do próprio dedo (*under the skin*)^[8], o que acabaria por inaugurar um padrão ainda mais agressivo de monitoramento, conhecimento e controle.

8. HARARI, Yuval Noah. The world after coronavirus. In: *Financial Times*. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>>. Acesso em 26 mar.2020.

O entendimento sobre a necessidade de proteção desses dados pessoais sensíveis nos leva ao último ponto desse texto: **o depois**. É que esta crise irá passar, mas o que for feito ao longo dela pode ter reflexos bem mais duradouros^[9]. Sobre tal, vamos nos ater a dois problemas.

O primeiro deles é que a coleta desses dados pessoais, ainda que se realize sua anonimização, o transformando em dado anonimizado, que, nos termos da LGPD, “é dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”, as garantias de tal proteção têm se mostrado falhas. Os processos de anonimização, do modo como são feitos atualmente, acabam por permitir em diversos casos que se reidentifique o usuário de quem os dados foram extraídos^[10]. Então, mesmo tratamentos feitos de forma anonimizada, buscando preservar a privacidade e a proteção dos dados pessoais dos sujeitos, para o combate à pandemia, podem vir posteriormente a serem vinculadas aos seus respectivos titulares.

O segundo problema, talvez ainda maior, diz respeito ao que será feito, depois que a crise acabar, com esses sistemas de tratamento de dados montados em todo o mundo para combater a pandemia.

Não pode essa grave crise mundial servir como justificativa para montar um sistema de vigilância e monitoramento, por parte de empresas e governos, ainda mais severo sobre os cidadãos. A preocupação sobre como se dará o uso desses dados e dos seus sistemas de tratamento no futuro se agrava, principalmente, quando se pensa em governos que tendam ao autoritarismo^[11]. Esta excepcional capacidade de monitoramento, somada

9. LUCA, Cristina de. *Geolocalização e reconhecimento facial: vilãs ou aliadas da saúde pública?* Disponível em <<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2020/03/29/geolocalizacao-e-reconhecimento-facial-vilas-ou-aliadas-da-saude-publica/>>. Acesso em 31 mar. 2020.

10. MONTJOYE, Yves-Alexandre de; et al. *Unique in the shopping mall: on the reidentifiability of credit card metadata*. In: *Science*, vol. 347. Disponível em <<https://science.sciencemag.org/content/347/6221/536>>. Acesso em 04 jan. 2020.

11. HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. In: *Financial Times*. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>>. Acesso em 26 mar.2020.

a poderes especiais que têm sido dados a governantes em alguns países, podem, inclusive, trazer prejuízo à própria democracia^[12].

Cidadãos extremamente monitorados podem encontrar dificuldades até mesmo para a liberdade de expressão e para a manutenção da vida privada, direito que, como o próprio nome diz, é um dos pilares da ideia de Direito Privado. Uma “polícia do pensamento”, muito mais eficaz do que aquela descrita por George Orwell, em sua clássica obra “1984”, é realidade já palpável. Que com isso em mente, as escolhas do momento sejam feitas com sabedoria, para que após a pandemia ainda tenhamos um mundo em que gostaríamos de viver.

3. Referências

BIEBER, Florian. *Authoritarianism in the Time of the Coronavirus*. In: *Foreign Police Magazine*. Disponível em <<https://foreignpolicy.com/2020/03/30/authoritarianism-coronavirus-lockdown-pandemic-populism/>>. Acesso em 31 mar. 2020.

Ehrhardt Júnior, MARCOS; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. *Privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia da COVID-19*. Disponível em <<https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/824478175/privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais-durante-a-pandemia-da-COVID-19>>. Acesso em 31 mar 2020.

HAN, Byung-Chul. *O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã*. In: *El País*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html?rel=mas>>. Acesso em 30 mar. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. In: *Financial Times*. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>>. Acesso em 26 mar.2020.

LUCA, Cristina de. *Geolocalização e reconhecimento facial: vilãs ou aliadas da saúde pública?* Disponível em <<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2020/03/29/geolocalizacao-e-reconhecimento-facial-vilas-ou-aliadas-da-saude-publica/>>. Acesso em 31 mar. 2020.

12. BIEBER, Florian. *Authoritarianism in the Time of the Coronavirus*. In: *Foreign Police Magazine*. Disponível em <<https://foreignpolicy.com/2020/03/30/authoritarianism-coronavirus-lockdown-pandemic-populism/>>. Acesso em 31 mar. 2020.

MAGENTA, Matheus. *Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia*. In: *BBC News Brasil*. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>>. Acesso em 03 mar. 2020.

MONTJOYE, Yves-Alexandre de; et al. *Unique in the shopping mall: on the reidentifiability of credit card metadata*. In: *Science*, vol. 347. Disponível em <<https://science.sciencemag.org/content/347/6221/536>>. Acesso em 04 jan. 2020.

MOURA, Raíssa; FERRAZ, Lara. *Meios de Controle à Pandemia da COVID-19 e a Inviolabilidade da Privacidade*. Disponível em: <<https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%C3%BAdo/Coronavirus/Meios%20de%20controle%20a%CC%80%20pandemia%20da%20COVID-19%20e%20a%20inviolabilidade%20da%20privacidade.pdf?hsCtaTracking=ad1577ba-e5bc-4ff3-afdd-54a896891088%7C07ab4d6b-53d3-4a06-9f43-fb43621df88f>>. Acesso em 31 mar. 2020.

ROSA, João Luiz; BRIGATTO, Gustavo. *Companhias dão, de graça, tecnologia contra surto*. In: *Valor Econômico*. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/03/30/companhias-dao-de-graca-tecnologia-contra-surto.ghtml>>. Acesso em 31 mar 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação*. In: *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. Tradução Heloísa Cardoso Mourão. 1.ed. São Paulo. Boitempo, 2018.

Constituição Minoritária e COVID-19

MIGUEL CALMON DANTAS ^[1]

Sumário: 1. COVID-19, Crise e desigualdade estrutural; 2. Constituição minoritária; 3. Tutela constitucional das minorias em tempos de crise; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. COVID-19 ^[2], crise e desigualdade estrutural

Edmar Sobral, 32 anos, é um ajudante de pedreiro que se viu em situação de absoluta impotência e desespero, a despeito de toda a situação de precariedade e as conhecidas insuficiências do sistema de proteção social no Brasil, que não consegue mitigar a desigualdade estrutural que viceja intensamente.

Desde o início das medidas de isolamento social, não consegue mais ser chamado para obras, pelas quais recebia, usualmente, R\$600,00 (seiscentos reais) a cada duas semanas, obtendo apenas uns poucos reais com bicos – a via informal do que fora institucionalizado como trabalho intermitente pela famigerada reforma (ou deforma) trabalhista. Só tendo condições de comprar pão, com a mulher grávida, morando num barraco sem esgotamento sanitário e despensa já vazia, revela não saber mais o que fazer.

1. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, ocupante da cadeira nº 35. Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular da Universidade Salvador (Unifacs). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas (stricto sensu). Professor Adjunto de Ciência Política e de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Procurador do Estado da Bahia e Advogado.

2. De logo, cumpre destacar que o presente estudo parte da premissa da correção e da necessária adoção das medidas de isolamento social que são sustentadas pela Organização Mundial da Saúde, instituição que seria a responsável, num modelo desenvolvido e ideal, pela chamada governança da saúde.

Natasha Silva, 28 anos, por sua vez, dispensada por 15 dias pelo seu patrão, terá o rendimento de R\$1.000 (mil reais) reduzido pela metade, em contrapartida do aumento das despesas com seus filhos, de 6, 8 e 12 anos, que estão em casa após a interrupção das aulas, e, assim, sem merenda e sem almoço fornecidos pela escola.

Na mesma reportagem que registra a iminência do retorno às ruas dos moradores das favelas diante da absoluta falta de recursos, o Jornal Folha de S. Paulo (NAS FAVELAS, 2020) divulga dados do Data Favela mostrando que 72% das pessoas que nelas sobrevivem não têm poupança para se manter nem mesmo por uma semana no baixo padrão de vida ou na condição precária em que já se encontram. O surpreendente é que 28% tenham afirmado ter poupança para tanto.

Em Salvador, primeira capital do país – e, conseqüentemente, a primeira cidade em que as desigualdades estão cravadas historicamente –, que aniversariou em 29 de março, a adoção de medidas básicas e elementares de higiene e saúde, que são imprescindíveis como prevenção ao COVID-19, estão distantes de muitos que não têm abastecimento de água, como registrou o Jornal A Tarde (EM MEIO A SURTO, 2020), ao divulgar em 18 de março que há 8 dias moradores de uma localidade de um bairro estavam sem água.

Já nos Estados Unidos, Ofelia Rouseva (WOMAN, 2020), musicista búlgara bastante conhecida em seu país, que estava em visita ao filho, faleceu pelas complicações decorrentes da COVID-19, relutando em recorrer aos serviços hospitalares por não saber que estava com a doença e por imaginar não ter condições de pagar a conta do tratamento. O caráter seletivo das ações de saúde fizeram-na temer a dívida ao invés da morte.

Os relatos acima expostos revelam que os efeitos da crise multidimensional que decorrem do COVID-19 e das medidas de prevenção e enfrentamento que têm sido adotadas globalmente se revelarão ainda mais graves sobre as minorias, grupos sujeitos à opressão e dominação num processo histórico e estrutural de exclusão social, que se nutre e é nutrido pela desigualdade.

Como destaca Edgar Morin (2010, p. 23-24), as crises envolvem a fratura no interior de um *continuum* e o crescimento das incertezas, acarretando angústias diante da finitude da condição humana e da fragilidade dos vínculos sociais. Ainda para o pensador francês, “a crise tornou-se o modo de ser de nossas sociedades”, ao mesmo tempo em que é um elemento componente do desenvolvimento.

A gravidade da crise, numa escala global e local sem qualquer precedente, é potencializada pelas crises política e econômica que já se tornaram constantes em boa parte dos países como estratégia adotada para implementação das políticas neoliberais, fundantes do paradigma da austeridade estatal e de retrocesso no sistema de proteção social para abertura ao mercado.

A doutrina do choque, na expressão de Naomi Klein (2017, p. 12), tem estimulado o desenvolvimento do capitalismo de desastre, a partir do Chile sob a ditadura de Pinochet, considerada como “[...] tática especialmente cruel de usar, de forma sistemática, a desorientação pública que se segue a um choque coletivo – guerras, golpes, ataques terroristas, colapsos de mercado ou desastres naturais – para aprovar medidas radicais a favor das corporações”.

A crise de 2008, ao contrário do que se poderia imaginar, não culminou com a decretação do fim das políticas neoliberais, que conseguiram se

manter e se intensificar sob o paradigma da austeridade e do ajuste fiscal ainda mais rigorosos para os Estados, como pontua Wolfgang Streeck (2015, p. 30-31), ao constatar que as reformas para regular o bancos e setor financeiro falharam e que a nova era de austeridade prejudica a democracia por afetar a capacidade do Estado equilibrar o direitos dos seus cidadãos com a acumulação de capital demandada pelo poder econômico transnacionalizado.

Os efeitos deletérios e devastadores da crise de 2008 para os sistemas econômicos e para os países foram responsáveis pela adoção de medidas que repercutiram numa maior fragilidade e incapacidade dos Estados, suplantando os fundamentos de solidariedade e de sustentabilidade social dos sistemas de proteção social, como já apontado em outra oportunidade (DANTAS, 2016) ^[3].

No mesmo sentido, Noam Chomsky (2017) destaca que os fundamentos do chamado sonho americano estão solapados e que a concentração do poder econômico corrói as bases da democracia, às custas da proteção do trabalhador, da organização sindical, do sistema educacional e da retração da regulação estatal. Para o autor, “concentração de riqueza proporciona concentração de poder”, que, por sua vez, “se transforma em leis que aumentam a concentração de riqueza”, dando ensejo a um círculo vicioso.

Este círculo vicioso é muito mais pernicioso em países periféricos e já espoliados pelo processo de colonização, como pontuado por Achille

3. Como registrado naquela oportunidade, “Com efeito, chega a ser dramática a constatação feita por Anthony Giddens de que o número de servidores públicos no Grécia, de 2009 até 2014, foi reduzido de quase 1 milhão para cerca de 200 mil, num país com população de cerca de 12 milhões de pessoas . A despeito de Giddens não parecer se sensibilizar com a questão, cumpre destacar que são quase 800 mil pessoas que perderam a condição que lhes dava sustento. Para onde foram essas pessoas, como passaram a subsistir, são questões sobre as quais não se interessa. Se acudiram para o sistema de proteção social, os gastos públicos continuaram pressionados. Se o sistema não os acudiu, o que foi feito deles deveria preocupar, especialmente porque a iniciativa privada não os absorveu, em grande parte. Carlo Bodoni, em diálogo com Bauman , indica que se tem afirmado haver mais de 1.200 casos de suicídio na Grécia. E talvez esse número se amplie”.

Mbembe (2020)^[4] e tão bem registrado por Eduardo Galeano (2010), para quem “nossa riqueza sempre gerou nossa pobreza por nutrir a prosperidade alheia”, prosseguindo, ainda, ao afirmar que “o bem-estar de nossas classes dominantes – dominantes para dentro, dominadas de fora – é a maldição de nossas multidões, condenadas a uma vida de bestas de carga”.

Assim, a América Latina e, especificamente, o Brasil convivem com efeitos que derivam da vulnerabilidade e da dominação suportada pela multidão invisível e sem voz composta pelas várias minorias que integram a estratificação da injustiça e da desigualdade social, muitas delas, inclusive, sofrendo-a em caráter sobreposto, num agravamento agudo da vulnerabilidade e do alijamento político.

Daí que em momentos de crise seja imperativo recobrar a necessidade de resguardo da efetividade das normas constitucionais relativas ao que se pode considerar como sistema constitucional de proteção das minorias, compondo a Constituição minoritária^[5], além de assentar a sua dimensão dirigente (CANOTILHO, 1994; CANOTILHO, 1998), tanto na perspectiva da resistência, quanto na projetiva (DANTAS, 2009).

O presente estudo volta-se, então, à necessidade de destacar o relevo constitucional conferido à tutela das minorias e de grupos vulneráveis e à prioridade que lhes deve ser conferida pelas ações estatais adotadas ordinariamente, mas sobretudo, e principalmente, em época de crise.

A análise, com as limitações pertinentes ao presente estudo, atém-se à

4. Como pontua o autor, “A ‘ocupação colonial’ em si era uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico – inscrever sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais. Essa inscrição (territorialização) foi, enfim, equivalente à produção de fronteiras e hierarquias, zonas e enclaves; a subversão dos regimes de propriedade existentes; a classificação das pessoas de acordo com diferentes categorias; extração de recursos; e, finalmente, a produção de uma ampla reserva de imaginários culturais. Esses imaginários deram sentido à instituição de direitos diferentes, para diferentes categorias de pessoas, para fins diferentes no interior de um mesmo espaço; em resumo, o exercício da soberania. O espaço era, portanto, a matéria-prima da soberania e da violência que sustentava. Soberania significa ocupação, e ocupação significa relegar o colonizado em uma terceira zona, entre o status de sujeito e objeto”.

5. A expressão, adiante mais detalhada, limita-se a designar a parcela temática da Constituição, com suas derivações sistêmicas, que se erige em torno da tutela das minorias.

insuficiência das medidas até então anunciadas pelo Governo Federal, com base na suposta oposição entre saúde e emprego, cuja repercussão no dia-a-dia de Edmar, Natasha e de tantos outros desempregados, trabalhadores informais e precarizados, não se fazem satisfatórias para evitar o grave sofrimento a que estarão submetidos, em iminência de morte, quer pela contaminação, quer pela desassistência social, em nítida expressão de necropolítica (MBEMBE, 2020), quer pelo risco de contaminação.

A única postura possível por parte dos poderes públicos é se alinhar à luta para o despertar da humanidade, constitucionalmente consagrada em vários tópicos do texto de 1988 e, por essa via, lutar contra a morte massiva de milhões ou *megamorte* (MORIN, 2010, p. 56), para o que deve rejeitar as premissas em que tem fundado .

Para tanto, faz-se mister compreender o sentido, a dimensão normativa e dirigente, e as potencialidades do que se pode considerar como Constituição minoritária, que reside e anima o sistema constitucional brasileiro como um todo.

Se as minorias, por definição, estão alijadas do processo político, muitas das quais absolutamente invisíveis ou tornadas invisíveis, não estão ausentes da Constituição Federal, cuja cidadania, como princípio fundamental da República, entendida no já clássico sentido de direito a ter direitos (ARENDDT, ebook), deve lhes ser assegurada por todos os poderes do Estado, sob o escrutínio de toda a comunidade política.

2. Constituição minoritária

As constituições tutelam a todos diante das manifestações de poder que se revelem ou possam ser exercidos arbitrariamente, não se limitando mais, contemporaneamente, ao poder político exercido pelo Estado, mas

também se opondo aos poderes ideológico e econômico^[6] quando possam violar a pessoa humana.

Não obstante conterem declarações de direitos que resultam de um processo histórico de luta social, as constituições também encampam deveres fundamentais que são associados aos referidos direitos^[7] e se direcionam para a proteção indistinta da pessoa humana, numa espiral evolutiva de enriquecimento da cultura constitucional voltada à garantia do bom e justo governo.

As constituições, portanto, protegem a todos, em suas múltiplas projeções e manifestações e nas variadas relações sociais que se estabelecem. Protegem, sobretudo, as minorias, posto a sua especial posição de vulnerabilidade e sujeição à dominação e opressão, como consequência necessária da inflexão normativa da isonomia e da dignidade da pessoa humana, bem como da higidez do processo democrático e do princípio republicano, devendo ser cultivado o reconhecimento das minorias e sua inclusão social enquanto virtude cívica.

Desse modo, a circunstância das constituições tutelarem a todos, à comunidade de cidadãos e cidadãs, não rejeita e, ao contrário, reforça a concepção de se revestirem de natureza contra majoritária, na perspectiva da consagração específica de direitos fundamentais em favor das minorias, como da garantia do exercício de direitos fundamentais que não lhes são específicos.

Pode-se constatar, então, a existência de um sistema constitucional de tutela das minorais como elemento pertinente ao constitucionalismo contemporâneo e que se manifesta intensamente na Constituição Federal, potencializado pela dimensão dirigente que advém imediatamente do seu art. 3º.

6. Daí a referência feita por Luiz Gonzaga Belluzzo (2019, p. 155) aos megapoderes privados, referindo-se às grandes corporações transnacionais.

7. Consoante destacado, dentre outros, por Casalta Nabais (2007) e, em plagas brasileiras, Carlos Rátis (2020).

A consistência do sistema constitucional de tutela das minorias resulta da compreensão da noção nuclear de Constituição minoritária, entendida como constituição parcial em sentido material *stricto sensu*, consoante concepção sustentada por João Carlos Loureiro (2003, p. 365), abrangendo “normas que disciplina, os aspectos fundamentais de um setor da realidade, um subsistema, independentemente da fonte formal de onde provêm. Trata-se da aplicação do conceito de constituição material, na sua acepção normativa, a um subdomínio constitucional”.

A metódica de identificação de constituições temáticas parciais não é desconhecida na doutrina, destacando, a título de ilustração, que José Joaquim Gomes Canotilho (s/d) se refere à constituição econômica, à constituição social, à constituição do trabalho e à constituição cultural, sempre a partir do pressuposto de que tais constituições não implicam em qualquer concepção de isolamento em relação ao sistema constitucional como um todo.

Na mesma linha, Jorge Miranda (2010), a partir da constitucionalização dos ramos do direito, salienta a possibilidade de constituição penal, constituição ambiental, constituição econômica, constituição financeira, dentre outras.

A compreensão constitucionalmente adequada do sistema constitucional de tutela das minorias permite identificar as minorias que foram contempladas com especial proteção, bem como outras que, não estando expressamente consagradas, também o foram pela dimensão viva e atuante do texto constitucional numa correlação produtiva com a realidade subjacente, constitutiva das normas constitucionais sob o paradigma da reflexão hermenêutica.

Para tanto, torna-se imprescindível firmar uma noção, ainda que provisória porque cambiante e aberta, de minorias, a fim de perscrutar a sua

identificação em sede constitucional, sendo concebido como um *construído* histórico, político, filosófico e social, como defendido por Liliana Jubilut (2013) e servindo como eixo transversal constante diante da contextualização em momentos históricos diferentes, conferindo-lhe fluidez.

A noção de minoria não se relaciona com qualquer aspecto quantitativo, como é intuitivo, dependendo dos elementos do a) alijamento dos processos políticos decisórios, democráticos ou não; b) diferenciação e identidade; c) dominação que provoca subjugação e vulnerabilidade. Tais fatores conduzem, naturalmente, as minorais à sujeição das condições de desigualdade estrutural, que muitas vezes viceja invisível aos olhos das instituições porque justamente já estão nela enraizadas, nutrindo uma sorte variada de preconceitos.

Nesse sentido, minoria remete a todo e qualquer grupo cujo membros se identificam, diferenciando-se e distinguindo-se do restante das relações sociais, por fatores que, histórica e contextualmente, sujeitam-nos à dominação nas variadas relações de poder, alijando-os do processo político, quer sejam numericamente majoritários, quer não.

Além disso, a compreensão da realidade das minorais exige a abertura para a ocorrência de situações que envolvam a sobreposição de setores de grupos minoritários, potencializando o caráter excludente e de alijamento e intensificando a dominação e a sujeição, o que tem sido tratado sob a perspectiva da noção de interseccionalidade, construída a partir das reflexões do feminismo negro. Como afirmado por Patrícia Hill Collins e Sirma Bilge (2016), a interseccionalidade nada mais é do que uma forma de entender e analisar a complexidade do mundo, das pessoas e das experiências humanas, que jamais são moldadas por um único fator.

O reconhecimento e o relevo da noção de interseccionalidade reforça a necessidade da compreensão da existência de uma Constituição

minoritária no âmbito da Constituição Federal, que tem como dimensão normativa norteadora e dirigente o art. 3º, sobretudo em seus incisos III e IV, constituindo como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, vedando o preconceito.

Sem pretensão de exaustão, impossível pelo porte do presente estudo, cumpre assinalar as minorias que se encontram especificamente tuteladas pela Constituição Federal, bem como aquelas que, malgrado não tenha uma previsão tópica, forem reconhecidas como destinatárias de específica tutela constitucional.

Assim, e tendo em vista, inicialmente, os fatores de discrimen proscritos pelo art. 3º, inciso IV, do texto constitucional, pode-se identificar como minorias que se encontram constitucionalmente abrangidas os a) migrantes, deslocados e refugiados de variadas nacionalidades e culturas, b) os índios, c) os negros, d) as mulheres, e) os LGBTs, f) as crianças, adolescentes e jovens, g) os idosos, h) os portadores de deficiência, i) os enfermos, j) as pessoas em situação de rua. A estas minorias se associam os vulneráveis que, apesar de não poderem ser identificados como minorias, apresentam as características de sujeição e de alijamento do processo político decisório, como os trabalhadores, abrangendo o desempregados, os trabalhadores informais e os precarizados, os consumidores, e aqueles que se encontram submetidos à pobreza. Quanto aos grupos vulneráveis é possível identificar também as minorias em situação de sobreposição.

Com relação às minorias e aos vulneráveis, a Constituição Federal institui um sistema de proteção que se ancora no caráter dirigente dos objetivos fundamentais já mencionados, bem como na dignidade da pessoa humana, na isonomia e na solidariedade.

Da convergência normativa de tais fundamentos que compõem a Constituição minoritária no âmbito do texto constitucional, formada pela tessitura da tutela de cada grupo minoritário e de vulneráveis, erige-se o princípio da proteção que, sob a perspectiva do direito fundamental ao máximo existencial (DANTAS, 2019) e do princípio hermenêutico da máxima efetividade ^{8]} (HESSE, 1998), pode ser compreendido como o princípio da maior proteção possível (JUBILUT, 2013).

Firmada a existência e os fundamentos da Constituição minoritária, faz-se mister analisar, de maneira global, a extensão da tutela constitucional das minorias no âmbito da crise potencializada pelo COVID-19, tendo em vista o contexto social e a realidade circundante, expressada pelas vivências e experiências de desemprego, sofrimento, dor, angústia e impotência relatados acima, que bem denotam a vulnerabilidade e a sujeição.

3. Tutela constitucional das minorias em tempos de crise

A existência de uma Constituição das minorias ou minoritária, no sentido acima proposto, expressa e informa o caráter contra majoritário da Constituição brasileira, sendo nota usualmente defendida no constitucionalismo contemporâneo.

A controvérsia é bem posta por Jorge Reis Novais (2006), ao contrapor a concepção deliberativa da democracia – o que poderia ser estendida às concepções processuais e procedimentais de constituição – à compreensão do caráter contra majoritário das constituições contemporâneas, do em vista a colisão e a tensão entre democracia e Estado de Direito, que (s/d) também retrata ao se referir à relação entre constitucionalismo e democracia.

8. Em plagas brasileiras, destaca-se a doutrina de Manoel Jorge e Silva Neto (1999, p. 18), apontando-o como “[...] um judicioso aviso do dever de concretização imposto ao intérprete”, além de “[...] acenar para o intérprete soluções que extraiam o máximo em termos de operatividade do preceito constitucional”.

Nesse sentido é que se compreende as referências de Dworkin (1984, p. 153), Robert Alexy (2008, p. 446-449) e Ferrajoli (2002, p. 23-24) ao convergirem, por distintas razões e fundamentos, quanto ao caráter contra majoritário dos direitos fundamentais.

Para Dworkin (1984, p. 153) os direitos fundamentais seriam trunfos das minorias no âmbito do processo político-decisório contra as maiorias contingentes e variáveis, o que não significa que os direitos fundamentais não estendam a sua proteção a todos, como já esclarecido. Os direitos fundamentais são também direitos das maiorias; todavia, as maiorias costumam utilizar-se de seu poder para manter-se nele, suprimindo e excluindo as minorias, circunstância em que os direitos fundamentais revelam-se especialmente importantes, pois devem assegurar a minoria diante da opressão da maioria. Se assim não fosse, a democracia se transformaria em tirania das maiorias, deturpando o seu sentido libertário e emancipatório.

Da mesma forma, Robert Alexy (2008, p. 446-449), ao aprimorar a noção formal de norma de direito fundamental, do que se deduziu a noção formal de direitos fundamentais, sustenta que “[...] direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.

Luigi Ferrajoli (2002, p. 23-24), por seus próprios fundamentos, alinha-se a este entendimento, defendendo um sentido substantivo de democracia, decorrente da dimensão material dos direitos fundamentais, e sustenta que os direitos fundamentais impõem vínculos ao processo político e democrático, estando “[...] subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do indecidível que e do que indecidível que não” .

Assim, a Constituição minoritária, além da sua típica função de tutela, serve à higidez do processo democrático, pois os direitos que são resguardados às minorias demarcam o âmbito do que não pode ser decidido de forma diversa pelo processo democrático, impondo-se sobre e contra as maiorias – inclusive as maiorias parlamentares, simples e qualificadas, no mais das vezes – e figurando como trunfos, diques ou escudos.

Ademais, tendo em vista que os direitos fundamentais são limites materiais ao poder de reforma, nos termos do art. 60, §4º, inciso IV, do texto constitucional, os direitos que integram a tutela constitucional das minorias constituem verdadeiras normas de blindagem constitucional em face das maiorias superqualificadas, não podendo ser atingidos em seu conteúdo essencial e nem restringidos de forma desarrazoada e desproporcional.

Não obstante esteja cravado no constitucionalismo contemporâneo o caráter contra majoritário, percebe-se que a vivência e concretização da tutela constitucional das minorias persiste deficiente por uma série de razões, dentre as quais se pode destacar a natural dificuldade de implementação dos direitos que lhes são assegurados, como resultado do alijamento do processo político decisório, e as resistências políticas, institucionais, sociais e até mesmo culturais – de uma cultura de baixa constitucionalidade, típica do constitucionalismo tardio (SILVA NETO, 2016) ^[9] e de baixa intensidade democrática, em sentido substantivo –, que residem, sobretudo, na desigualdade estrutural que se firmou ao longo da história.

Daí a necessidade de um apuro nas reflexões relacionadas à temática das minorias e dos direitos fundamentais que lhe são assegurados, notadamente em momentos de crise, em que a vulnerabilidade já existente se torna muito mais agravada, podendo levar a situações absolutamente dramáticas, como as relatadas acima.

9. Consoante o autor, “Constitucionalismo tardio é o fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais” (Destques no original).

É preciso, ainda, desconstruir dogmas que radicam no senso comum teórico compartilhado pelas estruturas tradicionais do ensino e da prática jurídica, que tornam invisíveis as minorias, suas dificuldades e particularidades, bem como elevam a insensibilidade do sistema jurídico a tais aspectos.

E justamente nesta linha de obstáculos institucionais para a efetiva tutela dos direitos das minorias é que reside, em caráter de ilustração, a decisão proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso ao indeferir a liminar requerida no Mandado de Segurança 34507/DF, impetrado com o objetivo de trancar a tramitação da então Proposta de Emenda Constitucional nº 141, que, ao ser aprovado, instituiu o Novo Regime Fiscal, usualmente conhecido como teto de gastos, alterando o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com efeito, já na ementa se constata a erronia da premissa em que se funda a decisão, entendendo ser possível deixar a proteção das minorias, no que se refere às medidas de alocação de recursos, ao livre jogo da arena política, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

3. Por significarem severa restrição ao poder das majorias de governarem, cláusulas pétreas devem ser interpretadas de maneira estrita e parcimoniosa. Não há, na hipótese aqui apreciada, evidência suficiente de vulneração aos mandamentos constitucionais da separação de Poderes, do voto direto, secreto, universal e periódico, dos direitos e garantias fundamentais, e dos princípios da razoabilidade, segurança jurídica, devido processo legal, intranscendência da pena e vedação do retrocesso, que justifiquem a intervenção do Judiciário para suprimir o debate.

4. A responsabilidade fiscal é fundamento das economias saudáveis, e não tem ideologia. Desrespeitá-la significa predeterminar o futuro com déficits, inflação, juros altos, desemprego e todas as consequências

negativas que dessas disfunções advêm. A democracia, a separação de Poderes e a proteção dos direitos fundamentais decorrem de escolhas orçamentárias transparentes e adequadamente justificadas, e não da realização de gastos superiores às possibilidades do Erário, que comprometem o futuro e cujos ônus recaem sobre as novas gerações.

5. Por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos. Porém, esta não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização.

A análise dos fundamentos da decisão lançados na fundamentação e reproduzidos na ementa denotam a incompreensão quanto ao contexto social em que estão inseridas as minorias e implica absoluta negação às premissas normativas em que está ancorada a Constituição minoritária.

A proteção constitucional às minorias e a dimensão contra majoritária, orientada pela dimensa dirigente, justifica-se exatamente pelo déficit representativo das minorias e pelo seu associado alijamento do processo político-decisório. Verifica-se, ainda, a contaminação do discurso jurídico pelo consequencialismo resultante da já mencionada doutrina do choque, que constrange o pensamento como se não houvesse alternativa, anunciando um destino caótico, numa autêntica distopia jurídica. Caos este que vem se constituindo, contrariamente ao juízo de prognose do poder de reforma, chancelado pela decisão em questão, justamente pela rigidez do ajuste fiscal introduzido pela Emenda Constitucional nº 95/2016, que nada mais fez do que adotar o modelo dirigente para cristalizar o paradigma da austeridade fiscal em detrimento da dimensão social do texto constitucional, tal como anunciado por Bercovici e Massoneto (2016).

Outrossim, o discurso que nega o caráter ideológico da responsabilidade fiscal o embaralha com a austeridade, que foi implementada pela aludida emenda constitucional e vai muito além das exigências próprias à responsabilidade fiscal.

Nesse sentido, a assertiva de que “há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos” e que “esta não é uma questão constitucional, mas política”, recorda a conhecida advertência final de Konrad Hesse (1991)^[10], não sendo possível para muitas minorias, como os idosos, as crianças e adolescentes, e muitos portadores de deficiência, “mobilização social”.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal não tem demonstrado, no que se refere a questões atinentes a recursos públicos e à justiça distributiva, permeado pelo sistema constitucional das minorias, malgrado esteja no que se refere às questões pertinentes ao reconhecimento^[11], como se pode constatar das decisões relativas: a) aos direitos das mulheres, com a temática de parto de feto anencéfalo, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, e b) aos direitos LGBTs, com o reconhecimento de constituição de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, e o enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo até que o Congresso Nacional supra a omissão, legislando especificamente sobre a matéria, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733.

No que respeita à tutela do trabalhador, que constitui grupo vulnerável, com relação ao qual há convergência parcial entre a Constituição laboral e a Constituição das minorias, pela intersecção com minorias, também se identifica resistência à compreensão da plena normatividade do princípio da proteção e da igualdade material, que vêm a ser contrapostos,

10. Segundo o constitucionalista germânico, “A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.”

11. Nancy Fraser e Axel Honneth (2018) debatem se, sob a perspectiva da justiça social, igualdade material das minorias, sustenta a necessidade tanto de reconhecimento como de redistribuição.

indevidamente, com a proteção da empresa e a competitividade, ensejando o que tem sido tratado como *race to the bottom*^[12], consistente num processo progressivo de retrocesso na proteção ao trabalho para, supostamente, assegurar competitividade mediante precarização das relações laborais e suplantação do modelo contratual típico, o que, em verdade, tem contribuído para a desigualdade econômica e agravamento da concentração da riqueza, além dos efeitos econômicos reflexos para os países periféricos.

A situação do déficit de proteção do trabalhador, associado ao déficit de proteção das minorias se torna particularmente grave em razão das consequências das medidas adotadas para prevenção, contenção e tratamento do COVID-19.

Ao mesmo tempo em que surgiu e se intensificou a preocupação global com a expansão do vírus, sua facilidade de contágio e sua mortalidade em face de idosos ou pessoas que portem determinadas doenças, que constituem minoria e grupo vulnerável, surgiu a preocupação com a economia, sobretudo em face das quedas sucessivas e intensas das bolsas de valores por todo o mundo, chegando a se estabelecer a contraposição entre a proteção à saúde, que exige o distanciamento social, recomendada pela Organização Mundial da Saúde, e à sanidade do mercado, das corporações e da atividade econômica em geral.

O próprio Chefe do Poder Executivo, no Brasil, seguindo os erros iniciais do governo Trump e do governo de Milão, menosprezou a doença e seus efeitos sobre a saúde, desenvolvendo campanha intitulada “*O Brasil não pode parar*” para o restabelecimento da abertura do comércio e o retorno

12. Como sustenta Alan Tonelson (2002), referindo-se aos efeitos da *race to the bottom* para os trabalhadores norte-americanos, “as políticas globais contemporâneas têm levado a grande maioria dos trabalhadores numa grande corrida mundial até o fundo, numa disputa sem vitória por trabalho e meios de subsistência com centenas de homólogos já empobrecidos por todo o globo” (Tradução livre).

das pessoas às ruas, encontrando a resistência dos governadores e parte dos prefeitos, bem como do Supremo Tribunal Federal^[13], ao ser provocado, ao conceder liminar a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669.

Ora, ao assim proceder, voltando-se contra as orientações técnicas de seu próprio governo, em oposição aos governadores, à experiência mundial e às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, o Chefe do Poder Executivo adota postura que sujeita as minorias tanto ao maior risco de contágio, como os idosos. Outrossim, na medida em que o Governo Federal retarda, restringe ou não adota políticas sociais necessárias e suficientes para proteção das empresas que delas necessitem (sobretudo as micro e pequenas empresas), sujeita as minorias sobre as quais se projeta a pobreza ao risco da desassistência e ao risco da doença.

A análise das medidas anunciadas para a proteção social emergencial diante da crise econômica que se apresenta, destinadas a mitigar os efeitos sobre o empresas, emprego e renda, ultrapassa o âmbito do presente estudo, além de não estarem muito bem definidas em razão do movimento pendular do Governo Federal, sem que sejam definidas e adotadas medidas imediatas.

Não obstante isso, a aparente contraposição entre emprego e saúde serve apenas para alimentar e remodelar a aludida doutrina do choque, do desastre, em detrimento da tutela dos respectivos bens jurídicos e sujeitando ainda as mais minorias aos respectivos riscos, agravando e intensificando a vulnerabilidade a que já estão submetidas.

O discurso fundado na estrita lógica economicista, sob o paradigma da austeridade, tem sido superado, mas apenas em caráter episódico e

13. Determinou o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que estava vedada “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”.

excepcional, sendo importante a compreensão desenvolvida por Luigi Ferrajoli (2007, p. 68), ao destacar que o regime político da democracia constitucional custa até pouco, embora devesse ser mais custoso, como se verifica abaixo, *in verbis*:

Por isso, é absurda a tese de que a democracia custa muito. Se pensamos na vistosa inadimplência dos direitos sociais, à expansão da miséria e à enorme desigualdade do mundo, em contraposição aos países ricos, devemos concluir, contrariamente, que custa pouco, vergonhosamente pouco^[14].

Ademais, sustenta que “se é verdade que os direitos fundamentais custam, é também verdadeiro que custa ainda mais a sua violação e o seu inadimplemento. Este é um fato ignorado^[15]”, no que lhe assiste razão.

Logo, nas condições contemporâneas de isolamento social, de paralisação de várias atividades econômicas, e do risco de contágio potencializado pela incapacidade de absorção do sistema de saúde para os pacientes que sejam mais graves – usualmente idosos e portadores de outras doenças, que constituem minorias próprias –, a dimensão dirigente da Constituição Federal, que permeia o sistema constitucional de proteção das minorias, constitui barreira de resistência que obsta retrocessos nos direitos reconhecidos às minorias e, ao mesmo tempo, impõe, a adoção de medidas de proteção social para assegurar a saúde concomitantemente com a preservação do emprego e da renda, amparando a atividade produtiva e os trabalhadores.

Qualquer postura distinta do poder público importará em grave violação da ordem constitucional, devendo ser adotadas medidas concretas

14. Em tradução livre. No original, “Per questo è assurda la tesi che la democrazia costa troppo. Se pensiamo alle vistose inadempienze dei diritti sociali, alle sacche spaventose di miseria e alle enormi disuguaglianze nel mondo e pergino all’interno dei paesi più ricchi, dobbiamo al contrario concludere che essa costa troppo poco, vergognosamente poco”.

15. Em tradução livre, “Ma soprattutto, se è vero che i diritti fondamentali costano, è anche vero che costano assai più le loro violazioni e le loro inadempienze. È questo un fatto di solito ignorato”.

de transferência de renda, de assistência social, de garantia do emprego e manutenção das empresas, sem que, para tanto, seja necessário sujeitar as empresas, os trabalhadores e às famílias em geral à lógica opressiva do endividamento.

A proteção às minorias e o enfrentamento da desigualdade estrutural constituem problemas que concernem a toda a comunidade política, por serem imprescindíveis à higidez do processo democrático e à garantia da autorrelação da pessoa humana.

4. Conclusão

Edmar e Natasha, com suas respectivas famílias, não podem ser entregues à própria sorte, sujeitos à escolha de Sofia entre cumprir o isolamento social e não ter condições de subsistência ou buscar as condições de subsistência sem isolamento social e se sujeitando aos efeitos nocivos do COVID-19. Moradores de favelas sem esgotamento sanitário e sem fornecimento de água e presos não têm sequer alternativas.

O presente estudo parte da constatação do caráter contramajoritário da Constituição Federal pelo reconhecimento do sistema constitucional de proteção às minorias, que converge para o que fora denominado de Constituição minoritária ou das minorias, sendo uma nota características do constitucionalismo contemporâneo.

Em tais condições, em época de COVID-19, assentou-se o relevo constitucional da Constituição minoritária, destacando as minorais especialmente contempladas e a dimensão dirigente da Constituição brasileira, e reconhecendo as deficiências institucionais e culturais para que se torne efetiva a tutela conferida no texto, motivada pela desigualdade estrutural e pela má compreensão do sistema constitucional.

A eventual limitação de recursos e outros obstáculos não podem ser opostos às medidas que devem ser adotadas pelo governo para proteção da saúde – notadamente por ser o grupo de risco composto pela minoria dos idosos e pela dos enfermos –, e não afastam a necessária adoção de medidas de proteção social, assistência e socorro às empresas que dele necessitem, aos trabalhadores, para manutenção do emprego e renda, e para as famílias.

Como exposto anteriormente, se inegável é a crise econômica e os seus efeitos, cabe aos poderes públicos suportar o seu encargo, pois em representação do compartilhamento da responsabilidade comunitária, coordenando a iniciativa privada para resguardar a vida e, propiciando a quebra da lógica do livre mercado neoliberal, acudir aos que necessitem, assegurando a desmercantilização das condições existenciais.

Não podem ser admitidas, portanto, medidas que impliquem em regresso da proteção constitucional das minorias, como também a omissão quanto aos imperativos de preservação de emprego e renda e das empresas.

Apenas o já combalido e criticado Estado tem tal capacidade, antevendo-se a fragilidade e a inconsistência do mercado para tanto, fundado apenas na lógica individualista e capitalista da competição, cujo rompimento e impõe.

É possível que as medidas que venham a ser adotadas, ainda que excepcionalmente, sirvam para demonstrar a absoluta necessidade de reconceber o Estado vinculado aos seus governados, superando a lógica do capitalismo financeiro em que se governa para os acionistas das grandes corporações, e permitindo a compreensão da capacidade e da necessidade do Poder Público estar apto a garantir os direitos fundamentais de maiorias e minorias, harmonicamente, admitindo a existência de bens comuns e que, como tal, devem ser comunitariamente protegidos.

A insegurança, a incerteza e a opressão que se agudizam entre a incerteza da pobreza, da fome e da falta de renda de um lado, e do COVID-19, com suas consequências e gravidade, do outro, exige o revigorar da solidariedade social em torno de uma concepção aberta e plural de comunidade, a que se integrem as minorias mediante processos de mudança estrutural que sejam estimulados e assegurados pela ordem jurídica. Não há economia sem pessoas. Que a comunidade aberta dos intérpretes da Constituição esteja apta aos enfrentamentos dos respectivos desafios, pois o texto constitucional garante os mecanismos para tanto.

5. Referências

Abrantes, José João. *Fim do Direito do Trabalho?*. In.: Gouveia, Jorge Bacelar; Piçarra, Nuno (coord). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 247-260.

Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Arendt, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013, ebook.

Belluzzo, Luiz Gonzaga; Galípolo; Gabriel. *A Escassez na Abundância Capitalista*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Bauman, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. São Paulo: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

Bercovici, Gilberto; Massoneto, Luís Fernando. *A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição econômica*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24845>. Acesso em: 31 dez 2016.

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34507. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, 22/11/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310795693&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, 31/03/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso em: 31 mar 2020.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 1998.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, [s.d].

_____. *Jornadas Sobre a Constituição Dirigente, 2002*, Curitiba. COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *“Brancosos” e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

Chomsky, Noam. *Réquiem para o sonho americano*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

Collins, Patricia Hill; Bilge, Sirma. *Intersectionality*. Cambridge: Polity Press, 2016.

Dantas, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Sustentabilidade não é austeridade: constitucionalismo em tempos de crise*. In.: Dantas, Miguel Calmon et al. *Estado Social, Constituição e Pobreza - Estudos de Doutorado I*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 11-70.

_____. *Máximo Existencial como Direito Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2019.

Dworkin, Ronald. Rights as Trumps. In: Waldron, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153-167.

Em meio a surto do coronavírus, população sofre com falta de água em Salvador. *A Tarde*. Salvador. 18 março 2020. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/2123427-em-meio-a-surto-do-coronavirus-populacao-sofre-com-falta-de-agua-em-salvador>. Acesso em: 27 mar. 2020.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2002.

_____. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. t. 2. Bari: Laterza, 2007.

_____. *A democracia através dos direitos. O Constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Fraser, Nancy; Honneth, Axel. *Redistribución o Reconocimiento?* Madri: Morata, 2018.

Galeano, Eduardo. *Veias Abertas da América Latina*. São Paulo: L&PM, 2010.

Gargarella, Roberto (coord.). *Derechos y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.

Härbele, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

_____. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madri: Tecnos, 2000.

_____. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002

_____. *L'État Constitutionnel*. Paris: Economica, 2004.

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

Jubilut, Liliana Lyra. *Itinerários para a proteção de minorias e dos grupos vulneráveis*. In.: Jubilut, Liliana Lyra; Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco; Magalhães, José Luiz Quadros. *Direito à Diferença*. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 1.

Klein, Naomi. *Não Basta Dizer Não*. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2017, p. 12.

Loureiro, João Carlos. *Constituição e Biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, 1276 p.

Martins, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Dever Fundamental de Ficar em Casa*. Prelo, 2020.

Mbembe, Achille. *Necropolítica*. Arte e Ensaios [Online], Vol. 2 Número 32, Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em 30 mar 2020.

Miranda, Jorge. *A Constituição do Trabalho Portuguesa*. In.: II Congresso Internacional de Direito (Brasil-Europa): Análise Contemporânea do Direito em face da Globalização e da Crise Econômica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 9-22.

Morin, Edgar. *Para onde vai o mundo*. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

Nabais, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In Nabais, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra: 2007.

Nas Favelas, moradores passam fome e começam a sair às ruas. *Folha de S. Paulo*. São Paulo. 27 março 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/nas-favelas-moradores-passam-fome-e-comecam-a-sair-as-ruas.shtml>. Acesso em: 27 mar. 2020.

Novais, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

PITTSBURGH POST-GAZETTE. *Woman who died of COVID-19 refused to do to hospital, worried about bills, her son says*. *Pittsburgh Post-Gazette*. 25 março 2020. Disponível em: <https://www.post-gazette.com/local/region/2020/03/25/Woman-who-died-of-COVID-19-refused-to-go-to-hospital-worried-about-bills/stories/202003250139>. Acesso em 25 mar 2020.

Santos, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

Streeck, Wolfgang. *A crise de 2008 começou há 40 anos*. In.: Rodrigues, João; Teles, Nuno (coord). *De pé, Ó Vítimas da Dívida*. Lisboa: Deriva, 2015.

Silva Neto, Manoel Jorge e. *O princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Constitucionalismo Brasileiro Tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

Tonelson, Alan. *The Race to the Bottom: Why a Worldwide Worker Surplus and Uncontrolled Free Trade Are Sinking American Living Standards*. Oxford: Westview Press, 2002.

A Constituição em Tempos de Crises e a Pandemia da COVID-19

ROMEU DA CUNHA GOMES ^[1]

Sumário: 1. Colocação do problema; 2. Relativização da Constituição e o tratamento da Pandemia; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Colocação do problema

Inicialmente, é preciso situar conceitualmente o quadro fático representado pela chamada “Pandemia do Novo Coronavírus”. Apesar de estarmos vivendo uma crise de dimensões alargadas, o atual estado de coisas não pode ser tido como algo totalmente diferente do cenário anterior, onde se sucediam e até mesmo coexistiam inúmeras crises – econômicas, imigratórias, de segurança pública etc.

Boaventura de Sousa Santos já refletiu sobre o tema e afirmou que “a actual pandemia não é uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade” ^[2].

A tese, pois, que se busca investigar neste trabalho é se as crises anteriores alteraram a forma como se percebe a Constituição e levaram à aceitação do quadro permanente de restrição das garantias ou de adoção de exceções à normatividade constitucional.

O que se busca analisar é se o estado permanente de crise acabou por reduzir o grau de resistência às restrições aos direitos fundamentais e as barreiras impostas às tentativas de instituir exceções constitucionais.

1. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana.

2. Disponível em <https://www.ces.uc.pt/pt/agenda-noticias/destaques/2020/virus>, link acessado em 20/03/2020..

A hipótese que se busca verificar é se este estado de crises produziu uma redução do papel da Constituição, tanto em termos de medidas legislativas ou executivas que contrariam o texto constitucional como no enfraquecimento da centralidade da Constituição como critério de orientação do discurso e da atuação dos atores políticos; isto é, se as sucessivas e simultâneas crises levaram à maior aceitação pelos atores políticos das restrições e exceções constitucionais, num processo de erosão da autoridade moral/axiológica da Constituição.

Para citar um exemplo que introduz o problema objeto deste trabalho, em Portugal, a crise econômica recentemente enfrentada não apenas motivou a edição de medidas concretas de redução de direitos fundamentais como, segundo investigação de José Alexandre Zachia Alan ^[3], também foi responsável por construir um discurso de relativização dos comandos constitucionais.

Na análise que fez das reações críticas à atuação do Tribunal Constitucional português que invalidaram medidas econômicas recomendadas pela autoridade central da União Europeia, José Alexandre Zachia Alan identificou a formação de fenômeno que designou por “validade variável da constituição a depender de turbulência institucional”:

Com efeito, as críticas aviadas se vazam em buscar relativizar a validade dos comandos constitucionais – de alguns, de todos, apenas dos direitos sociais, tudo a depender do conteúdo particular de cada uma das críticas – em tempos de crise ao tentarem restringir a atuação de controle da Corte Constitucional. Em outras palavras, ao tentar estabelecer limitação ao controle desempenhado pela Corte, tentou-se caracterizar situação de validade variável da constituição a depender de turbulência institucional, especialmente

3. ALAN, José Alexandre Zachia, *CRISE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL – uma tentativa de paralelo entre Portugal e o Brasil e os questionamentos acerca da validade da constituição*, in Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan-abr/2015, p. 69-85.

nos casos em que existe suposto risco à própria conformação do Estado, justamente como ocorre em Portugal, ameaçado pela crise econômica e vivendo a premência de situação – saída do bloco da União Europeia – que importaria ruína de determinado formato político aprovado pela maioria^[4].

Insistindo ainda neste exemplo, observa-se que a crise que se instalou em Portugal levou ao corte dos subsídios de natal e de férias dos servidores, através dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, medidas estas que foram invalidadas pela Corte Constitucional em sede de controle de constitucionalidade. Para os fins desse trabalho, interessa menos o conteúdo da decisão da Corte Constitucional do que a reação desencadeada pelo julgamento.

Na pesquisa citada acima, José Alexandre Zachia Alan conclui que houve a formação de construção teórica alicerçada na ideia que se deveria admitir a relativização da constituição em tempo de crise^[5].

No Brasil, a crise econômica vivenciada nos últimos anos, marcada pelo desemprego de milhões de pessoas, levou a reformas sensíveis do texto constitucional, com limitações sustentadas na anormalidade do quadro socioeconômico. Há também uma crise de corrupção que provocou a formação de movimento que reconhece na interpretação maximizadora das garantias constitucionais um entrave à punição efetiva.

É preciso esclarecer que não se coloca em discussão a necessidade ou acerto destas medidas, seja no Brasil ou em Portugal, o que seria metodologicamente inviável pela própria abrangência das medidas, que demandaria, para manter o mínimo de controle argumentativo, a individualização que não é possível neste espaço. Muitas dessas medidas,

4. “CRISE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL – uma tentativa de paralelo entre Portugal e o Brasil e os questionamentos acerca da validade da constituição”, in Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan-abr/2015, p. 69.

5. Idem, p. 82.

inclusive, foram submetidas em conjunto ou isoladamente ao controle judicial de constitucionalidade.

O que se destaca neste trabalho é o fato de que tais medidas, constitucionalmente justificáveis ou não, insistentemente repetidas, geraram a normalização da restrição aos direitos aos fundamentais e o rebaixamento dos níveis de exigências argumentativas e de fundamentação em todo o processo de restrição.

2. Relativização da Constituição e o tratamento da pandemia

A tese deste trabalho, como já anunciado, é que as crises sucessivas e muitas vezes simultâneas promovem um fenômeno de relativização da constituição que tem como fundamento a necessidade de se adotar uma normatividade distinta da constitucional para os tempos de crise.

Este quadro de normalização das restrições aos direitos fundamentais e à dinâmica constitucional dos Poderes pode ser explicado conceitualmente pela ideia de Estado Pós-Democrático, que tem sido entendido como um modelo de Estado marcado pelo cenário permanente de crise, ambiente que serve de justificação para as referidas restrições.

O termo “pós-democracia” é atribuída ao sociólogo inglês Colin Crouch, que o utilizou pela primeira vez em obra publicada no ano 2000, com o objetivo de designar o panorama atual em que há o funcionamento formal das instituições democráticas, mas no qual a dinâmica democrática desaparece progressivamente, com a transferência de poder do povo para pequenos grupos que controlam as decisões^[6].

Rubens R. R. Casara transportou esta fundamentação teórica para o

6. CASARA, Rubens R. R., *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 23-24.

campo da ciência jurídica e a aplicou à realidade brasileira, concluindo que “a pós-democracia revela-se ainda mais complexa e dramática em países nos quais a luta contra concepções abertamente autoritárias e pela concretização de direitos básicos ainda estava distante de ser dada como encerrada”^[7].

Este pensamento pós-democrático constrói um elemento cultural de normalização da relativização dos direitos fundamentais, a ponto de não mais se exigir o esforço argumentativo para a realização de restrições.

Daí é que a crise provocada pela Pandemia do Novo Coronavírus, embora realmente represente dimensões catastróficas superlativas em relação às crises anteriores, se alimenta, no campo jurídico, da naturalização da restrições por uma ideologia pós-democráticas que, neste momento, enfraquece a barreira que os direitos fundamentais representariam.

Este estado permanente de crises construiu no imaginário coletivo uma aceitação de que a restrição a direitos fundamentais é inevitável e que se deve excepcionar a Constituição em tempos de crises; os sucessivos fenômenos designados por crise produziram no imaginário social a aceitação irrefletida e acrítica das medidas de restrição a garantias constitucionais.

Este estado de naturalização da restrições tem feito com que a resposta para as crises sejam sempre limitações a direitos fundamentais; neste ambiente cultural, os valores constitucionais são entendidos como entraves e não como soluções para as crises.

A respeito da atual Pandemia, Demétrio Magnoli apontou o contraste na excessiva valorização do recurso à medidas restritivas: “há bons motivos para invocar a solidariedade social, a responsabilidade coletiva, a ética cidadã. Mas, num salto quântico, passaremos a solicitar o recurso à força policial?”^[8].

7. *Idem*, p. 24.

8. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2020/03/nos-esclarecidos-precisamos-pensar-fora-da-bolha-da-alta-classe-media.shtml>, link acessado em 21/03/2020.

A cultura de aceitação das restrições nas crises recentes faz com que, nesta Pandemia de graves consequências, a ênfase seja maior em medidas invasivas e não em propostas de aplicação da solidariedade ou de assistência social, sobretudo num país de enormes desigualdades sociais.

Francisco Balaguer Callejón^[9], analisando o contexto da Pandemia na Europa, reconhece que, na narrativa da crise vivenciada, a Constituição tem perdido importância no espaço público e que é necessário restabelecer a sua centralidade:

“Talvez fosse conveniente que, no futuro, recordássemos os valores constitucionais nos quais se deve inspirar nossa convivência. A dignidade da pessoa humana, por exemplo. De qualquer pessoa, sejam quais forem suas condições de saúde ou sua idade. Bem como a atenção especial que se deve prestar a grupos menos favorecidos ou que estejam em pior situação para enfrentar um problema concreto. Esses valores, assim como a própria Constituição, ocupam um lugar cada vez mais marginal no espaço público.

No contexto da globalização acelerada deste século 21, a economia e a tecnologia estão se convertendo em fatores de legitimação que, pela primeira vez na história do constitucionalismo moderno, competem com a própria Constituição na construção do espaço público, formulando narrativas que já não atendem nem aos direitos nem à democracia como referentes. Situar novamente a Constituição no centro do espaço público não é só questão de convicções democráticas ou éticas. É também funcional para garantir uma resposta equilibrada aos problemas do nosso tempo”.

A relativização da Constituição não apenas provoca a redução dos níveis de direitos e garantias como acarreta também a perda importância na construção do espaço público descrito por Callejón, pois há, além de tudo, uma redução da carga simbólica das normas constitucionais.

9. CALLEJÓN, Francisco Balaguer, *O fracasso da narrativa desprovida de solidariedade*, https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/03/13/internas_opiniao,833946/artigo-o-fracasso-da-narrativa-desprovida-de-solidariedade.shtml, link acessado em 21/03/2020.

Neste quadro, a realidade fática disputa espaço com a normatividade da Constituição e vai encolhendo a sua abrangência sob a justificativa de que exceções são necessárias para responder às crises. Forma-se um estado de exceção que não é aquele previsto constitucionalmente. Isto é, a Constituição Federal de 1988 prevê um quadro de excepcionalidade constitucional para os momentos de crise, com o objetivo de estabelecer garantias básicas mesmo em momentos emergenciais. No entanto, paralelamente, se forma na prática dos Poderes Públicos um processo de excepcionalidade que não é aquele previsto constitucionalmente e que é, justamente por isso, de difícil controle.

Quis a Constituição Federal de 1998 – e essa é a regra em termos de teoria constitucional – que o Estado de Crise obedecesse aos regramentos previamente definidos para o Estado de Defesa e Estado de Sítio, sendo inviável teoricamente admitir que a Constituição possa ser excepcionada por vontade dos poderes constituídos em condições e limites não previstos pela própria Constituição.

A percepção de que se pretende, a pretexto de atender à crise do Novo Coronavírus, adotar medidas não previstas mesmo no Estado de Sítio já foi manifestada pelo Min. Alexandre de Moraes em decisão a respeito da atual Pandemia. Na apreciação da Medida Cautelar na ADPF n.º 661 e na ADPF n.º 663 – nas quais o Diretório Nacional do Partido Progressista (PP) e o Presidente da República pretendem a prorrogação, por conta da Pandemia, do prazo de vigência das Medidas Provisórias pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional –, o relator reconheceu que nem mesmo no Estado de Defesa ou no Estado de Sítio existe previsão que atribua tamanho poder ao Executivo:

“Observe-se que, mesmo nas mais graves hipóteses constitucionais de defesa do Estado e das Instituições Democráticas – Estado de Defesa (CF, art. 136) e Estado de Sítio (CF, art. 137)

– inexistente qualquer previsão de suspensão do prazo decadencial de validade das medidas provisórias, pois o texto constitucional determina a continuidade permanente de atuação do Congresso Nacional”.

O fundamento para se rejeitar a prorrogação foi a dinâmica de freios e contrapesos que está por trás da regra que condiciona a validade da Medida Provisória à aprovação do Congresso, que controla, neste ponto, a atuação do Poder Executivo na faculdade de editar atos com força de lei.

A decisão, contudo, apesar de não ceder à pretensão de excepcionar a regra constitucional do prazo decadencial da medida provisória, aceita a proposta do Congresso no sentido de dispensar a análise da Medida Provisória pela Comissão Mista, de modo que o parecer será elaborado, enquanto vigentes as medidas restritivas de isolamento, por relator designado na forma do regimento e não mais pela Comissão Mista.

Na decisão, o Relator autorizou que as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como reconhece a possibilidade de emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental, o que confronta com o art. 62, §9º, da Constituição da Federal de 1988:

Art. 62. (...)

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

A proposta interpretativa do Congresso Nacional, ao final aceita pela decisão monocrática, foi tida como “razoável” sem que

se examinasse qualquer pressuposto de controle das restrições constitucionais, a exemplo da *proporcionalidade em sentido estrito*, já que não houve qualquer diferenciação sobre o conteúdo relevante da medida provisória, e não se examinou a *necessidade* da medida, aqui entendida na exigência de demonstração de inexistência de outro meio de viabilizar a tramitação da Medida Provisória que não representasse a relativização da regra constitucional.

3. Conclusão

Os sucessivos fenômenos designados por crise produziram no imaginário coletivo a aceitação irrefletida e acrítica das medidas de restrição a garantias constitucionais ou até mesmo a aceitação de exceções à Constituição que não se encaixam no sistema de crises previsto no texto constitucional.

Com relação propriamente aos direitos fundamentais, este fenômeno envolve, pois, ao mesmo tempo, (1) a restrição jurídica propriamente dita, bem como (2) a redução da sua carga simbólica.

Os parâmetros de aceitação das medidas restritivas advindas da Pandemia serão determinados pelo processo de aceitação irrefletida e acrítica decorrente do estado permanente de crise. E será ainda mais acrítica em razão da dimensão alargada da crise atual.

É preciso, portanto, manter a Constituição como elemento central de construção das respostas às crises, rejeitando a possibilidade de relativização de suas regras a cada nova crise, por maior que seja esta.

4. Referências

ALAN, José Alexandre Zachia, *CRISE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL – uma tentativa de paralelo entre Portugal e o Brasil e os questionamentos acerca da validade da constituição*, in Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan-abr/2015, p. 69-85.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 30/03/2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 661. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF661liminar.pdf>. Acessado em 30/03/2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 663. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF663liminar.pdf>. Acessado em 30/03/2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer, *O fracasso da narrativa desprovida de solidariedade*. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/03/13/internas_opiniao,833946/artigo-o-fracasso-da-narrativa-desprovida-de-solidariedade.shtml. Acessado em 21/03/2020.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

MAGNOLI, Demétrio, *Nós esclarecidos precisamos pensar fora da bolha da alta classe média*. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2020/03/nos-esclarecidos-precisamos-pensar-fora-da-bolha-da-alta-classe-media.shtml>. Acessado em 21/03/2020

PORTUGAL. *Lei n.º 64-B/2011*. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/243769/details/maximized>. Acessado em 30/03/2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Vírus: tudo o que é sólido se desfaz no ar*, disponível em <https://www.ces.uc.pt/pt/agenda-noticias/destaques/2020/virus>. Acesso em 20/03/2020, às 11:35 horas.

Direitos Trabalhistas em Tempos de Pandemia: O Fato do Príncipe e a Força Maior

ROSANGELA RODRIGUES DIAS DE LACERDA ^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Da pandemia do coronavírus; 3. Da não configuração do fato do príncipe. Da possibilidade de ocorrência de força maior; 4. Das rescisões contratuais durante as medidas restritivas; 5. Da suspensão das atividades laborais durante a quarentena; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

O presente estudo tem por escopo estabelecer os possíveis efeitos da pandemia do coronavírus nas rescisões dos contratos individuais de emprego, levando em consideração as normas consolidadas sobre o fato do príncipe e sobre a força maior, à luz da Constituição Federal de 1988 e sua eficácia irradiante. No primeiro item, são tecidas considerações sobre a epidemia mundial e gravidade das circunstâncias, seguidas da argumentação jurídica sobre a não configuração do fato do príncipe e da possibilidade de ocorrência de força maior, nos casos concretos. Em seguida, é realizada uma breve digressão sobre os efeitos da força maior nos casos de encerramento das atividades empresariais, de forma total ou parcial e, por derradeiro, são esmiuçados os efeitos da suspensão da atividade laboral, configurada como interrupção contratual, não tendo sido recepcionado o artigo 503 da CLT pela Carta Magna em vigor. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e documental.

1. Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Professora Adjunta da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP.

2. Da pandemia do coronavírus

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia ^[2]. Desde o início da propagação da doença, inúmeras controvérsias têm sido suscitadas quanto aos efeitos do fato jurídico nos contratos de emprego em vigor, especialmente em face de determinações de autoridades locais, como Governadores de Estado e Prefeitos Municipais, de suspensão de atividades empresariais durante determinado período de tempo, para contenção da contaminação pelo vírus.

Não há cura e nem vacina para a doença; logo, é preciso restringir a disseminação do agente causador para evitar um colapso no sistema de saúde. Impende gizar, porque oportuno, que este colapso atinge todo o sistema, incluindo hospitais públicos e privados, e impede que o doente tenha acesso a equipamentos que realizam a respiração artificial. Deste modo, ainda que o paciente tenha numerário suficiente para custear sua internação em leito de UTI, ou ainda que possua plano de saúde que lhe permita usufruir deste serviço ou ainda que possua ordem judicial para internamento, não haverá a possibilidade de acesso do doente ao tratamento, a menos que outro paciente venha a óbito e desocupe o leito de UTI. Este é o verdadeiro significado da locução denominativa “colapso do sistema de saúde”: não há vagas e nem aparelhos de ventilação artificial suficientes para todos e os médicos e gestores de saúde precisarão escolher quem perecerá.

2. ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID19&Itemid=875>. Acesso em: 28 mar. 2020.

A situação é grave e exige a adoção de medidas urgentes pelas autoridades públicas, que incluem o isolamento social e, conseqüentemente, a interrupção dos contratos de trabalho. Em manifestação liminar sobre o tema, prolatada na decisão interlocutória de 24 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a competência das autoridades locais para determinar restrições à locomoção de pessoas em Estados e Municípios^[3]. A decisão destaca que, no âmbito da saúde pública, há legitimação concorrente para adoção de providências pelos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, de sorte que esta atribuição não está restrita às agências reguladoras federais. É preciso minudenciar, por conseguinte, quais as conseqüências da extinção do vínculo empregatício durante o período de vigência destas medidas.

3. Da não configuração do fato do príncipe. da possibilidade de ocorrência de força maior

Estabelecida a constitucionalidade, em caráter liminar, das medidas adotadas pelos governos estaduais e municipais, restringindo as atividades econômicas em diversos setores da economia, cumpre analisar se a pandemia do coronavírus, que é indubitavelmente um fato jurídico, pode ser configurada como fato do príncipe ou como força maior.

Caso adotada uma interpretação literal e açodada do *caput* do artigo 486 da CLT^[4], seria possível afirmar que, em face das rescisões empregatícias, as verbas indenizatórias – ou seja, a multa de 40% do FGTS e o aviso prévio – seriam pagas pelos Estados ou Municípios cujos governadores ou prefeitos

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista; Data de prolação da decisão liminar: 24.03.2020.

4. BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 51. ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 154. Art. 486. No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

fossem responsáveis pela paralisação definitiva ou temporária do trabalho. Esta interpretação, entretanto, contém um equívoco em seu nascedouro: a não configuração da pandemia de coronavírus como fato do príncipe por estar ausente o **ato de vontade** do gestor público.

Com efeito, o *factum principis* é um instituto de direito administrativo que pode ser conceituado como “o exercício lícito de poderes extracontratuais, pela entidade contratante, que incide no contrato administrativo de forma direta, especial e significativa, modificando-o ou resolvendo-o, e cuja incidência cria um dever de indenizar ou modificar o contrato em favor do particular^[5]”.

Como se verifica, no direito administrativo, o fato do príncipe é um instituto para defesa do particular em face de desequilíbrios econômicos e financeiros verificados na execução de contrato administrativo – contrato entre empresa e ente da Administração Pública direta ou indireta. No direito do trabalho, trata-se de ato administrativo lícito, emanado de autoridade pública competente, no exercício de poder discricionário, sempre sob a égide do princípio da primazia do interesse público sobre o privado, que pode causar paralisação temporária ou definitiva do trabalho. Em outras palavras, o fato do príncipe, no direito do trabalho, atende aos critérios de conveniência, oportunidade e justiça, havendo uma liberdade de escolha para a prática do ato. Por exemplo, se a autoridade competente decide desapropriar um restaurante para construção de uma escola pública, haverá uma rescisão contratual, em relação aos garçons, cozinheiros e demais empregados, provocada pelo fato do príncipe. Nesta hipótese, há sempre um ato volitivo do gestor público, que atenderá à razoabilidade e aos juízos de conveniência e oportunidade.

5. GASIOLA, Gustavo Gil. O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.

No caso de uma pandemia, não há liberdade na conduta do gestor público, mas uma necessidade imperiosa de proteção da vida e da integridade física de toda a população. Não há que se cogitar, lididamente, de escolha – de poder ser fechado ou não o comércio; de poder funcionar ou não uma determinada empresa. Há uma imposição de fechamento por autoridades de saúde mundiais, que alicerçam as suas determinações em pesquisas científicas e em estatísticas de propagação de vírus. Afirmar que a autoridade local pode escolher entre suspender ou não as atividades empresariais, para promoção do isolamento social, equivale a afirmar que a autoridade local pode escolher entre a vida e a morte das pessoas – não é cabível esta opção, a seu talante, em face da pauta axiológica constitucional em vigor.

Em suma, o caso pode vir a configurar, a depender de cada empreendimento, hipótese de força maior – vez que não há conduta culposa ou dolosa por parte do empregador, da Administração Pública e muito menos do empregado.

Embora o artigo 1º, §1º, da Medida Provisória 927/2020 afirme peremptoriamente que se trata de força maior, em verdade é preciso estabelecer, no caso concreto, quais os efeitos da medida restritiva na economia da empresa. Em consonância com o art. 501, §2º, da CLT, somente estará configurada a referida excludente se o motivo for capaz de ou se efetivamente afetar a situação econômica e financeira da empresa de maneira substancial. Por conseguinte, nem todo fato inevitável e imprevisível consubstanciará a força maior; é preciso ainda a ocorrência de prejuízos ou possibilidade desta ocorrência capazes de levar o empreendimento à bancarrota. Se a empresa já estava com a sua situação numerária em estado deplorável, não é plausível que a pandemia tenha causado o seu naufrágio. Ademais, toda empresa precisa ter uma reserva de emergência, com alta

liquidez, para hipóteses congêneres – faz parte do risco que o indivíduo assume ao empreender. É precisamente este valor resguardado a título de reserva de emergência que pode assegurar a sobrevivência da empresa em caso de queda abrupta de faturamento, qualquer que seja o seu motivo.

4. Das rescisões contratuais durante as medidas restritivas

No caso concreto, observada especificamente cada empresa de *per si*, se for verificada a ocorrência de força maior, nos moldes do art. 501 da CLT, ainda caberá indagar quais verbas trabalhistas serão devidas, porquanto o artigo 502 da CLT somente se aplica se houver a extinção da empresa ou do estabelecimento em que o empregado trabalhe. Se a aludida extinção não ocorrer, serão devidas todas as verbas rescisórias, a serem pagas pelo empregador, como se houvesse ocorrido a despedida sem justa causa.

Se for o caso de incidência do artigo 502 da CLT, o empregado fará jus ao adimplemento de saldo de salário, férias vencidas acrescidas de um terço, férias proporcionais acrescidas de um terço, décimo terceiro salário proporcional, metade do valor do aviso prévio, se for indenizado, FGTS e multa de 20% (a multa também se reduz à metade, por força do art. 502, II, da CLT) e também terá direito ao seguro-desemprego. Se não houver a extinção da empresa ou do estabelecimento, as verbas devidas são as mesmas, apenas o aviso prévio será devido em sua integralidade e a multa do FGTS é de 40%, a cargo do empregador.

5. Da suspensão das atividades laborais durante a quarentena

Quanto à suspensão das atividades laborais, cumpre destacar que o artigo 3º, §3º, da Lei 13.979/2020 definiu o período como de interrupção contratual, ou seja, não há labor, porém os salários devem ser pagos. Deixa

de ser obrigatório o adimplemento, em face da ausência de deslocamento, do vale-transporte e do vale-refeição (ou seus congêneres, como cartão-refeição, ticket, etc).

É imprescindível, porém, asseverar que o artigo 503 da CLT, que prevê a redução salarial em até 25% em caso de força maior – sem redução da jornada – não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O artigo 7º, inciso VI, da Carta Magna assegura a irredutibilidade salarial, salvo negociação coletiva, o que colide frontalmente com o dispositivo consolidado. A irredutibilidade salarial é cláusula pétrea, não sendo lícito ao poder constituinte derivado sequer a propositura de emenda constitucional que proponha a sua restrição ou extinção.

6. Conclusão

A pandemia por coronavírus fez exsurgir inúmeras controvérsias acerca dos direitos trabalhistas devidos durante a interrupção do contrato e decorrentes da rescisão contratual durante a vigência das medidas restritivas. Importa concluir que não se aplica à espécie o conceito de fato do príncipe, por ausência de ato de vontade do gestor público, de modo que não é devido o pagamento de metade da indenização pelo ente da Administração Pública que editou a norma.

É possível, em cada caso concreto, verificar a configuração de força maior, caso o motivo ensejador seja potencialmente ou efetivamente capaz de afetar a situação econômica e financeira da empresa, de maneira substancial. Se não houver este prejuízo consumado ou potencial, não há que se cogitar de ocorrência de força maior, nos moldes do art. 501 da CLT.

Caso configurada a força maior, se acarretar o encerramento das atividades da empresa ou do estabelecimento, as verbas indenizatórias

(aviso prévio e multa do FGTS) serão devidas por metade ao empregado dispensado, mantendo-se todas as demais parcelas rescisórias, em sua integralidade. Se não houver o aludido encerramento, as parcelas são todas devidas integralmente, inclusive o aviso prévio e a multa do FGTS.

Por derradeiro, é imperioso gizar que o art. 503 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 7º, inciso VI, somente admite a redução salarial mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, sempre com a participação do sindicato.

7. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 – Distrito Federal*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista; Data de prolação da decisão liminar: 24.03.2020.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 51. ed. São Paulo: LTr, 2020.

GASIOLA, Gustavo Gil. *O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID19&Itemid=875. Acesso em: 28 mar. 2020.

Pandemia, Relações Privadas e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: O Caso dos Condomínios Edilícios

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA ^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Poderes da Administração Pública; 3. Obrigações dos Particulares; 4. Eficácia horizontal de direitos fundamentais; 5. Poderes dos particulares; 5.1. Validade de atos associativos, como reuniões de colegiados e assembleias, por meio não presencial; 5.2. Vedação a despejos residenciais; 5.3. Restrições a obras em condomínios edilícios; 5.4. Restrições de acesso às áreas comuns ou através das áreas comuns; 5.5. Restrições de acesso de visitantes, locações, cessões e festas; 5.6. Medição de temperatura corporal; 6. Risco Abstrato e Risco Concreto; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. Introdução

Logo que a pandemia relacionada ao Coronavírus (COVID-19) se instalou no país, e o risco de contágio comunitário se tornou evidente, medidas de isolamento social começaram a ser imaginadas, por iniciativa do Poder Público e inclusive de particulares.

Importa, neste texto, discutir não os poderes da Administração, ou deveres dos particulares perante o Poder Público, temas que serão de qualquer modo expostos nos itens iniciais, e sim os poderes dos particulares contra particulares. Ou seja, até que ponto podem particulares impor limitações a outros iguais, em razão da pandemia. Daí haver sido considerado oportuno revisitar o conceito de eficácia horizontal de direitos

1. Doutor em Direito (PUC-SP, 1999). Professor Associado de Direito Internacional Público na Universidade Federal da Bahia. Juiz Federal (Seção Judiciária da Bahia). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania (PPGD/UFBA). E-mail: saulo.bahia@trf1.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7398414546353246>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3768-3664>

fundamentais. E tomar um campo específico de problema: as relações privadas em condomínios edilícios.

2. Poderes da Administração Pública

Em caso de pandemias, quando as limitações à circulação pessoal e ao funcionamento de atividades (comerciais ou não-comerciais, individuais ou associativas), possuem iniciativa por parte do Poder Público, compreende-se a possibilidade de estabelecimento lícito dessas restrições, por caber ao Estado o dever precípua de proteger a saúde da população em geral, controlando surtos epidêmicos.

No Brasil, previu-se como objetivo geral da República “promover o bem de todos” (CF88, art. 3º, IV), e ser competência da União “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (CF88, art. 21, XVIII) e legislar sobre a defesa civil (CF88, art. 22, XXVIII), sendo competência desta e dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública” (CF, art. 23, II), donde a competência concorrente para legislar sobre “proteção e defesa da saúde” (CF88, art. 24, XII).

Afinal de contas, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF88, art. 196), e a relevância pública da saúde foi destacada, “cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (CF88, art. 197). O Sistema Único de Saúde, nos termos da Constituição Federal, possui a competência de “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, II).

A legislação infraconstitucional consolida esta missão do Poder Público, que à toda evidência recebeu a incumbência de impor limitações em prol da saúde da população. Forçado pelo advento da pandemia, em 30 de janeiro de 2020 (através do Decreto 10.212) o Poder Executivo resolveu promulgar o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005.

Não iremos nos reportar a todo o complexo de normas legais que cuidam dos poderes da Administração, já que bastará mencionar a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, cuja tramitação foi bastante rápida (cerca de dois dias). A lei “dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.” (art. 1o).

A Lei 13.979/2020 prevê a possibilidade de, no prazo definido em ato do Ministro de Estado da Saúde (que disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei, e que não poderá ser superior ao declarado pela Organização Mundial de Saúde, cf. art. 1o, §§ 2º e 3o, 2o, I e II, e art. 3o):

- a) isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus;
- b) quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus;
- c) determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas; vacinação e outras medidas profiláticas; ou tratamentos médicos específicos;

- d) estudo ou investigação epidemiológica;
- e) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
- f) restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País; e locomoção interestadual e intermunicipal;
- g) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
- h) autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira; e previstos em ato do Ministério da Saúde.

Previu-se que estas medidas somente poderiam “ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde” e deveriam “ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública” (art. 3o, par. 1o), sem que isto possa significar violação “à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas” (art. 3o, par. 2o, III).

A condição de atos do príncipe ou do império é expressamente indicada na Lei 13.979, quando se previu que as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas (art. 3o, par. 4o), e se indicou autoridades federais e gestores locais para praticá-las (art. 3o, §§ 5o, 6o e 7o). Foram preservados ainda os serviços públicos e atividades essenciais (art. 3o, §§ 8o, 10 e 11). A Lei ainda regula a possibilidade de dispensa de licitação para as contratações de bens, serviços e insumos necessários

ao enfrentamento da emergência, alterando o regime dos contratos públicos (arts. 4o, e 4-A a 4-I), e regula limitações ao acesso à informação (art. 6o-B).

3. Obrigações dos Particulares

Aos particulares restou, na dicção da Lei 13.979, obrigações, como a de comunicação imediata às autoridades sanitárias de possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus, e sobre a circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo pandemia (art. 5o). Já era previsto pelo Código Penal, como crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, a ação de “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente” (art. 132), com pena de detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave (como quando a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais – par. único, art. 132).

Especificamente sobre a epidemia, é crime causá-la, nos termos do Código Penal brasileiro (art. 267):

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

§ 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§ 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

Do mesmo modo, previu-se apenação à infração de medida sanitária preventiva e à omissão de notificação de doença, nos artigos 268 e 269 do CPB:

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Mas importa neste presente texto, como já dito, discutir não os poderes da Administração, ou deveres dos particulares perante o Poder Público, expostos nas regras anteriormente expostas, e sim os poderes dos particulares contra particulares. Ou seja, até que ponto podem particulares impor limitações a outros iguais, em razão da pandemia. Antes de mais nada, faz-se oportuno revisitar o conceito de eficácia horizontal de direitos fundamentais.

4. Eficácia horizontal de direitos fundamentais

Marmelstein destaca que os direitos fundamentais deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, ou um “sistema de valores” a orientar toda ação pública e privada. Com isto, passam os direitos fundamentais a possuir, além de uma relação vertical (Estado-indivíduo) uma eficácia também horizontal (indivíduo-indivíduo)^[2].

2. MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 371.

Alexy identificou a idéia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no caso *Luth*, julgado em 1958 no Tribunal Constitucional Federal alemão^[3].

Daniel Sarmiento advoga a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas^[4], e há efetivamente exemplos disto na jurisprudência brasileira (STF, RE 201.819-8, j. 11.10.2005 e RE 161243, j. 19.12.1997). Em outra obra, Sarmiento refere que a ponderação de interesses pode ser feita diretamente pela opinião pública^[5], cabendo acrescentar ser possível que a ponderação possa mesmo ser feita diretamente por particulares, já que os direitos fundamentais garantidos a estes correspondem às próprias bases jurídicas da ordem jurídica da coletividade (dimensão objetiva dos direitos fundamentais)^[6].

5. Poderes dos particulares.

Tornemos ao tema central.

Neste passo, com o irrompimento da transmissão comunitária no

3. Vide ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Um excelente resumo do caso pode ser encontrado na obra *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão* [SCHWABE, Jürgen (Coletânea original); MARTINS, Leonardo (Organização e Introdução). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005, p. 381/382]: “O cidadão alemão Eric Luth, conclamou, no início da década de 50, (à época crítico de cinema e diretor do clube de Imprensa da Cidade Livre de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio do seu filme “Jud SuS” de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Luth, com base no par. 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 511 GG. O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do tribunal estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.”.

4. SARMENTO, DANIEL. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 326.

5. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais (Estudos de Direito Constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 70

6. Idem, p. 71

país, particulares principiaram por imaginar impor a iguais restrições de circulação, limitações ao exercício de atividades alheias (comerciais ou não), ou impedimentos de ações associativas. Morando em condomínios de casas ou apartamentos, ou simplesmente por circunstâncias de vizinhança, passou-se por exemplo a se discutir sobre a viabilidade de iniciativa coletiva (ou seja, do condomínio), privadamente, para impor a descontinuidade de obras residenciais, restrições de ingresso, circulação e utilização de áreas comuns ou privativas, a realização válida de assembleias condominiais não presenciais etc.

Muitas convenções condominiais são omissas a respeito, ou mencionam apenas o dever geral de comunicação das doenças contagiosas. O artigo 1.336, IV, do Código Civil brasileiro, determina que é dever do condômino não prejudicar a saúde dos demais. Já previa o artigo 1.277 do CC, como regra de vizinhança, que “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”.

E o artigo 1.348, também do Código Civil, indica competir ao síndico a defesa dos interesses comuns.

Daremos destaque então a cada uma das principais situações que podem ocorrer.

5.1. Validade de atos associativos, como reuniões de colegiados e assembleias, por meio não presencial

As decisões no âmbito do condomínio edilício são assembleares, ou seja, dependem da assembleia de condôminos.

É certo que Rubens Carmo Elias Filho e Rodrigo Karpat, em parecer exarado no âmbito da comissão de direito imobiliário da OAB-SP, sugerem

a possibilidade de aplicação analógica do art. 1.324, do Código Civil à falta de decisão assemblear: “Art. 1.324. O condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se representante comum”^[7]. Em que pese prevista a norma para o condomínio voluntário, não havendo oposição dos demais, atuaria o síndico em nome da assembleia. Medidas urgentes em relação à COVID-19, assim, poderiam ser tomadas pelo síndico em nome do condomínio sem a realização da assembleia. Mas, uma vez convocada ou cabendo realizá-la, surge o problema.

Passou-se a discutir a validade de assembleias que se realizem sem a presença física dos condôminos, presença física esta que é desestimulada ou proibida em períodos de quarentena, quando a aglomeração é vista como um vetor de contágio pandêmico.

A dúvida sobre a validade pode ser afastada na medida em que inexistente qualquer vedação legal e mesmo não se costuma encontrar vedações em estatutos sociais de condomínios para que a “presença” possa ser reputada existente em ambiente virtual. A presença em sala de reunião virtual é uma presença equivalente à presença física em um salão qualquer de reuniões. A Administração Pública em geral há muito já pratica atos públicos exclusivamente em ambiente virtual, e um exemplo disto são as sessões de órgãos colegiados do Poder Judiciário em que se assegura a presença das partes, ministério público e advogados, além dos próprios magistrados, por teleconferência.

Pode-se criticar o modo virtual a partir de limitações que possam trazer à participação de condôminos, por dificuldade ou impossibilidade de acesso à rede mundial de computadores ou a uma estação de trabalho. Nestes casos, se as dificuldades forem comprovadamente existentes, a

7. ELIAS FILHO, Rubens Carmo e KARPAT, Rodrigo. Parecer sobre fechamento de áreas comuns e cancelamento de assembleias – OAB-SP. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-imobiliario/noticias/parecer-sobre-fechamento-de-areas-comuns-e-cancelamento-de-assembleias>. Acesso em 25mar2020.

reunião virtual não deverá acontecer validamente, podendo-se colher a manifestação de vontade por meio de voto impresso, por exemplo, assegurando-se a lisura da apuração, por qualquer meio. Todavia, se este não foi o caso, e não parecer sê-lo na quase totalidade dos condomínios brasileiros diante da disseminação geral do acesso à internet por tablets, celulares e computadores pessoais (todos a permitirem a reunião virtual), não há como se retirar validade de uma assembleia convocada sob esta forma. A assembleia virtual permite o início no horário determinado para a primeira ou para a segunda convocações, a apuração de quórum de instalação e de deliberação, as discussões (com uso da palavra pelos condôminos), a exibição de documentos e a votação (existindo meios inclusive para a sua realização de modo secreto). Sequer se faz necessária a compreensão de que apenas em matérias urgentes o meio virtual possa ser utilizado. Garantida a participação de todos, até mesmo assuntos ordinários do condomínio podem ser sujeitos a uma assembleia virtual.

Para afugentar as dúvidas acerca de sua validade, vem de ser apresentado inclusive Projeto de Lei pelo Senador Antônio Anastasia (PSD/MG), tratando de diversos temas das relações jurídicas de direito privado, e que prevê expressamente a possibilidade de assembleias virtuais.

Algumas das normas contidas no projeto serão apresentadas pelo Min. Dias Toffoli ao Conselho Nacional de Justiça, sob a forma de recomendação aos magistrados brasileiros.

5. 2. Vedação a despejos residenciais

O referido projeto previu que os despejos de imóveis prediais ficariam suspensos até 31 de dezembro de 2020, mas não se liberariam os inquilinos de pagar os alugueis, embora se possa diferir seu adimplemento em caso de perda de renda por desemprego (sendo possível o locador retomar o imóvel para uso próprio ou de seus familiares).

Em certo sentido, o projeto promove uma acomodação em relação à pretensão de famílias que tiveram decesso de renda doméstica em razão de restrições às atividades comerciais ou profissionais diante da razão da pandemia. Confronta-se portanto o interesse do proprietário-locador com o do inquilino. Deve-se sempre lembrar quando decisões do Judiciário impediram o despejo pelo argumento da “função social da propriedade”. Os preços dos alugueis dispararam, a construção civil experimentou um retraimento nos lançamentos em razão da menor demanda (pois houve desestímulo à aquisição de bens por locadores e locatários), o desemprego na área aumentou... Medidas assim, que intervêm no mercado e desequilibram os seus agentes, não passam despercebidas em seus efeitos. A única vantagem da proposta foi haver estabelecido um termo temporal não dilatado. No mais, apenas desvantagens, ao se transferir aos proprietários o ônus de suportar a perda de renda apenas presumida dos inquilinos (já que se deixou de considerar que o não pagamento pudesse advir de período anterior à pandemia ou tivesse relação com esta). O melhor seria haver linha de crédito ou a mera previsão de auxílio pecuniário a quem fosse comprovadamente atingido pela pandemia, assegurando-se, no caso, a continuação, ou quando cabível, a descontinuação das relações locativas privadas. Trata-se de iniciativa discutível, de resultados práticos negativos imprevisíveis em sua extensão, mas certos.

5.3. Restrições a obras em condomínios edilícios

Também prevista a sua possibilidade no Projeto acima referido, as paralisações de obras por determinação exclusiva de síndicos, referendadas ou não por assembleias condominiais, passou a ser tema de discussões em todo o país.

Quando a própria Administração Pública estabelece a paralisação, com as exceções que entender cabíveis (serviços inadiáveis e urgentes etc),

não há o que se discutir. O problema é quando, sem qualquer autoridade federal, estadual ou municipal a determinar esta suspensão, pretender o condomínio fazê-lo *sponte sua*.

Neste caso, deve-se entender que o dever de zelar pela saúde da comunidade edilícia (horizontal ou vertical) não permite, sem avaliação das autoridades epidemiológicas chanceladas pela Administração Pública, a iniciativa exclusiva do condomínio.

5.4. Restrições de acesso às áreas comuns ou através das áreas comuns

Do mesmo modo, apenas pelo risco abstrato de contágio, não pode o condomínio proibir o acesso através de áreas comuns para as unidades individuais. Admite-se, a partir do momento em que medidas de isolamento social sejam aprovadas pela Administração Pública, que o acesso possa ser limitado pelo Condomínio, a fim de evitar aglomerações, como é o caso de limitação de pessoas no interior de elevadores (condomínios há que limitaram a duas ou quatro pessoas simultaneamente), ou em corredores e escadas etc. Pode-se referir que medidas dirigidas a pessoas de menor imunidade ou idosos possam ser estabelecidas prevendo maior isolamento quando da circulação em áreas comuns.

Questão correlata é o uso de áreas comuns (piscinas, quadras, academia, sauna, churrasqueira, salão de festas etc). Sendo o uso destas áreas facultativo e não necessário, se a Administração Pública estabelecer restrições a aglomerações e isolamento social, pode o condomínio restringir o acesso a estas áreas (horários ou número simultâneo de pessoas), inclusive total (fechamento).

O morador pode exigir que sistemas biométricos de verificação de identidade seja substituído por sistemas onde não ocorra risco de transmissão da pandemia.

5.5. Restrições de acesso de visitantes, locações, cessões e festas

Sem autorização ou previsão pelas autoridades públicas, não pode haver restrição à entrada de visitantes, à locação ou cessão (onerosa ou gratuita) da unidade, ou a aglomerações no interior da unidade. As medidas de isolamento social decretadas em geral até o momento podem no máximo afetar a realização de festas com grande número de convidados, na medida em que eventos culturais ou recreativos que promovam concentração de pessoas acima de determinado número foram proibidos em vários locais. Mas não há ainda como se associar o isolamento social à proibição de locação ou cessão do imóvel a terceiros, na medida em que o fim precípua do imóvel precisa ser preservado, até mesmo para permitir o isolamento social dos que dele devam se utilizar locando ou recebendo em cessão. Nada impede que a evolução crítica da pandemia promova a intervenção do Estado, como se deu na China, que proibiu a entrada de visitantes em condomínios e locações/cessões, a fim de evitar a rotatividade de pessoas no condomínio. Mas, repetimos, sem prévio estabelecimento pela autoridade pública, tais iniciativas, se adotadas unilateralmente pelo condomínio, deverão ser em princípio consideradas abusivas.

5.6. Medição de temperatura corporal

Do mesmo modo, sem autorização do poder público, e por mais que síndicos e assembleias pretendam conter a propagação do vírus, não se pode exigir a medição de temperatura corporal de moradores e visitantes. Tal medida pode ser implantada, sem dúvida, mas apenas com o aval expresso da Administração pública.

6. Risco Abstrato e Risco Concreto

Tudo o que dissemos acima se deu na premissa da existência de mero risco abstrato de contágio, estimado por particulares, e que não poderia

ensejar iniciativa própria destes, limitativa de direitos de outros particulares (circulação, propriedade etc). O temor de contágio, genericamente falando, carecendo ainda de concreção (derivada da avaliação precípua pelas autoridades governamentais competentes), deve inibir a ação *motu proprio* do agente privado.

Mas, considerando o que se disse sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, se o risco é concreto, palpável, inegável, e há séria expectativa de ser encampado pela Administração Pública, surgiu para o particular a capacidade de efetivamente se antecipar ao prejuízo iminente (disseminação do coronavírus), e adotar de logo medidas contra outros particulares. Figuras jurídicas assemelhadas já existem no direito penal (legítima defesa) e no direito civil (atos de defesa ou desforço para a proteção da posse, ou a exceção do contrato não cumprido). No caso do condomínio edilício, as medidas adotadas coletivamente terão de se valer da previsão geral de que “é dever do condômino não prejudicar a saúde dos demais” (art. 1.336, IV, do Código Civil brasileiro).

Fará uso o particular, assim, da ponderação, colocando o direito que pretende assegurar (saúde em ambiente de vizinhança) diante do direito de terceiro, com ele conflitante. Avaliar-se-á se o meio escolhido é adequado e necessário, para então buscar saber se o grau de importância supera do grau de prejuízo do direito de terceiro violado. Arrisca-se o particular a uma apreciação posterior desvantajosa por parte do Poder Judiciário, mas terá agido de plenamente lícito em caso contrário.

7. Conclusão

De todo o exposto, nota-se como as relações privadas podem ser preenchidas por profundas discussões sobre a efetividade dos direitos fundamentais.

A eficácia horizontal dos mesmos pode ser posta à prova, em situação como a atual pandemia do coronavírus. Não há certezas nem clareza, muitas vezes. Há, no direito, apenas a inegável verdade relacionada ao fato de que se vive continuamente a irrupção de problemas (definidos como questões que admitem sempre mais de uma solução), e que dão vida à aporia jurídica fundamental, qual seja, o que é justo *hic et nunc*.

8. Referências.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30mar2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30mar2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30mar2020.

BRASIL. *Decreto 10.212, de 30 de janeiro de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm#anexo. Acesso em: 30mar2020.

BRASIL. *Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida..** Acesso em: 30mar2020.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo e KARPAT, Rodrigo. Parecer sobre fechamento de áreas comuns e cancelamento de assembleias – OAB-SP. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-imobiliario/noticias/parecer-sobre-fechamento-de-areas-comuns-e-cancelamento-de-assembleias>. Acesso em 25mar2020.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011.

SARMENTO, DANIEL. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 326

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais (Estudos de Direito Constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWABE, Jürgen (Coletânea original); MARTINS, Leonardo (Organização e Introdução). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundacion Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005.

O Estado Constitucional Solidarista e a Pandemia de COVID-19: Breves Lineamentos

VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR ^[1] e

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES ^[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O contexto atual da pandemia de COVID-19; 3. O estado constitucional solidarista como alternativa institucional para o combate à pandemia de COVID-19; 3.1. Premissas conceituais; 3.2. Fundamentos teóricos e filosóficos do estado constitucional; 3.3. O lugar constitucional do pensamento solidarista; 4. Novos vetores solidaristas para a atuação do estado em face da pandemia de COVID-19; 4.1. O federalismo cooperativo; 4.2. A cidadania solidária; 4.3. O redimensionamento da atuação dos poderes estatais; 5. Considerações finais; 6. Referências.

“Homem nenhum é uma ilha de si mesmo; cada um é uma peça do continente, uma parte do todo: a morte de qualquer homem me diminui porque faço parte da humanidade e, assim, nunca mandes perguntar por quem os sinos doam, eles doam por ti.” John Donne

1. Introdução

O presente artigo científico versa sobre a relevante temática do Estado Constitucional Solidarista e a pandemia gerada pelo coronavírus.

1. Doutor e Mestre em Direito Público pela UFBA. Professor Convidado nas Pós-graduações da UFBA, LFG, Juspodivm, FAINOR, UESB e UNIME. Professor de Direito Constitucional da FAINOR – Vitória da Conquista. Sócio-membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

2. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Pesquisador vinculado ao CNPQ. Membro da Academia de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia e do Instituto de Direito Constitucional da Bahia.

Para tanto, pretende-se, em apertada síntese, apresentar: uma exposição do panorama da pandemia de COVID-19; uma descrição do Estado Constitucional Solidarista como alternativa institucional em face da mencionada crise sanitária; e a correlata indicação dos principais vetores do solidarismo que podem nortear a atuação do Poder Público em face deste grave e atual problema de problema de alcance planetário.

2. O contexto atual da pandemia de COVID-19

O mundo vivencia os efeitos trágicos da COVID-19, uma doença respiratória aguda causada pelo coronavírus, tendo sido identificada, inicialmente, em Wuhan, província da China, em dezembro de 2019. Em 11 de março do corrente ano, a Organização Mundial da Saúde **declarou formalmente a emergência de uma** pandemia (OMS, 2020).

Com efeito, a partir de janeiro de 2020, começaram a ser identificados os primeiros casos confirmados fora da China continental, a saber: Tailândia (13 de janeiro); Japão (16 de janeiro); Coreia do Sul (20 de janeiro); Taiwan e Estados Unidos (21 de janeiro); Hong Kong e Macau da China (22 de janeiro); Cingapura (23 de janeiro); França, Nepal e Vietnã (24 de janeiro); Malásia e Austrália (25 de janeiro); Canadá (26 de janeiro); Camboja (27 de janeiro); Alemanha (28 de janeiro); Finlândia, Emirados Árabes Unidos e Sri Lanka (29 de janeiro); Itália, Índia e Filipinas (30 de janeiro); e Reino Unido (31 de janeiro).

No transcurso do mês de fevereiro, o número de países afetados aumentou de modo significativo: Bélgica (4 de fevereiro); Egito (14 de fevereiro); Irã (19 de fevereiro); Israel e Líbano (21 de fevereiro); Afeganistão, Bahrein, Iraque, Kuwait e Omã (24 de fevereiro); Argélia, Brasil, Croácia, Áustria, Suíça (25 de fevereiro); Geórgia, Grécia, Macedônia do Norte,

Noruega, Paquistão, Romênia (26 de fevereiro); Dinamarca, Estônia, Nigéria, Países Baixos, San Marino (27 de fevereiro); Azerbaijão, Islândia, Lituânia, México, Mônaco, Nova Zelândia, Bielorrússia (28 de fevereiro); Equador, Irlanda, Luxemburgo e Catar (29 de fevereiro).

Mais recentemente, durante o mês de março, foram também confirmados casos nos seguintes países: Armênia, Guadalupe, República Tcheca, República Dominicana, São Bartolomeu (1 de março); Andorra, Indonésia, Jordânia, Letônia, Marrocos, Portugal, Senegal (2 de março); Argentina, Chile, Gibraltar, Liechtenstein, Ucrânia (3 de março); Guiana Francesa, Ilhas Faroé, Hungria, Polônia (4 de março); Eslovênia, Bósnia, Palestina, África do Sul, Martinica (5 de março); Butão, Vaticano, Sérvia, Togo, Camarões, Eslováquia (6 de março); Maldivas, Colômbia, Peru, Malta, Paraguai, Costa Rica, Moldávia (7 de março); Bulgária, Bangladesh (8 de março); Albânia, Chipre, Brunei, Burkina Faso, Guernsey (9 de março); Mongólia, Chipre, Panamá, Jamaica, Congo, Jersey, Turquia (10 de março); Bolívia, Guiana, Honduras, Costa do Marfim, Polinesia (11 de março); Gabão, Gana, Guiana, Cuba, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago (12 de março); Antígua e Barbuda, Aruba, Burkina Faso, Cazaquistão, Curaçao, Etiópia, Guatemala, Guiné, Ilhas Cayman, Ilhas Virgens, Mauritània, Mayotte, Kosovo, Porto Rico, Quênia, Santa Lúcia, Sudão, Suriname, Uruguai, Venezuela (13 de março); Congo, Guiné, Mauritània, Namíbia, Ruanda, Seychelles, Suazilândia (14 de março); Bahamas, Guam dos Estados Unidos e Uzbequistão (15 de março); Groenlândia, Libéria e Tanzânia (16 de março).

Registre-se ainda que, até o final de março de 2020, um contingente expressivo de 710.918 casos foram identificados em mais de 200 países, com grande concentração na Europa, na China, nos Estados Unidos, no Irã e na Coreia do Sul, com, ao menos, até o momento, 33.551 mortes confirmadas em todo mundo (OMS, 2020).

Do ponto de vista do Direito Constitucional, o enfrentamento desta pandemia, nos âmbitos global e nacional, demanda a necessária substancialização de um verdadeiro Estado Solidarista, enquanto fórmula político-jurídica mais adequada para lidar com a prevenção e o enfrentamento dos efeitos negativos do coronavírus.

Deveras, a efetivação de um Estado Constitucional Solidarista, inclusive em solo brasileiro, revela-se como a via institucional mais adequada para responder os ingentes desafios postos por esta crise sanitária, ao contribuir na maximização da tutela e a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos ameaçados ou violados nesta dilemática conjuntura, tais como a vida, a saúde, a proteção aos idosos, a tutela consumerista e o trabalho.

Posto isto, pode-se indagar: o que seria então um Estado Constitucional Solidarista?

2. O estado constitucional solidarista como alternativa institucional para o combate à pandemia de COVID -19

2.1. Premissas conceituais

Por maior que seja o esforço em revelar novas possibilidades de concretização dos direitos fundamentais e compreender o fenômeno constitucional, toda tentativa será vã sem a clara percepção de que a solidariedade constitui a identidade e principal fundamento jurídico na aurora deste terceiro milênio.

O sistema de garantias e direitos fundamentais, enquanto criação humana, jamais poderia divergir da sua própria natureza. Saúde, lazer, moradia, liberdade, dignidade, educação, alimento, família, segurança, propriedade, trabalho, vida, igualdade, paz, meio ambiente sadio e

sustentável e os demais bens jurídicos fundamentais, constituem, de maneira interdependente, o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas de qualquer ser humano.

O maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente. Tais direitos existem num contexto de solidariedade objetiva e subjetiva. Os direitos fundamentais apenas existem solidariamente. A negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais. Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer direito fundamental compromete a própria condição humana.

A concretização constitucional e o pensamento solidarista caminham juntos. Onde um está separado do outro, cessam as possibilidades de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CRFB).

A ideia de solidariedade traz dois grandes impactos no pensamento constitucional. O primeiro deles diz respeito aos direitos fundamentais e sua inserção no constitucionalismo global através de cartas constitucionais supranacionais ou da recepção dos direitos humanos incorporados em tratados internacionais através de cláusulas constitucionais de abertura (art. 5º, § 2º e § 3º da Constituição Federal de 1988). O segundo impacto cria novo paradigma na compreensão do Estado Constitucional, tanto no aspecto externo (por exemplo, cooperação, interdependência, interconstitucionalidade, interculturalidade, democracia inclusiva e cidadania supranacional), quanto no âmbito interno (por exemplo, pluralismo, felicidade, multiculturalismo, tolerância, cidadania multidimensional).

Assim, a interpretação e concretização dos direitos fundamentais, principalmente nos países em que os direitos essenciais à realização da condição humana são constitucionalizados em virtude de sua carência no plano fático, devem ser realizadas à luz do paradigma Estado Constitucional Solidarista.

2.2. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Estado Constitucional

Quando se fala em *Estado de Direito*, *Rechtsstaat*, *L'État légal*, ou *Rule of Law*, está a se referir ao que se denomina, na tradição constitucional, de Estado de Direito democrático-constitucional, ou simplesmente Estado Constitucional, todos eles alicerces da juridicidade estatal.

Segundo Peter Häberle (2007, p. 5), os referidos conceitos espelham não apenas o real ou já seguramente alcançado. O Estado Solidarista não se afigura apenas possível forma de desenvolvimento do Estado Constitucional, pois ele já assumiu esta conformação na realidade, sendo, necessariamente, a forma necessária de estatalidade legítima do amanhã, de reafirmação da justiça social, do pluralismo e dos direitos fundamentais.

Muito mais importante que fortalecer a solidariedade no âmbito estatal é fortalecê-la na sociedade, compreendendo a sua complexidade e o seu pluralismo, que se afirma nas ideias de tolerância, respeito às diferenças, defesa das minorias, diversidade e, sobretudo, fortalecimento dos laços de solidariedade social.

Decerto, o contratualismo, em termos gerais, refere que o Estado é produto da decisão racional do homem em face da necessidade social. Dentre os filósofos políticos que seguem tal corrente de pensamento estão: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632- 1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Segundo Thomas Hobbes (1983, p. 223), tal razão será a paz e a segurança que deve o Estado garantir perante a sociedade beligerante, afinal, em sua concepção, o homem é o lobo do próprio homem. Sem a espada, os pactos não são senão palavras, Na sua concepção, o Estado assume estrutura institucional que na prática se apresentará virtualmente auto-suficiente, pela magnitude das suas atribuições, auto-referencial pelos fundamentos do seu poder, hermética por sua impermeabilidade aos reclamos dos súditos, incondicional porque o cumprimento dos seus fins é incompatível com a formulação de reservas por parte dos contratantes no momento de contratar, impune, pois, toda sanção pretendida aplicável ao soberano seria uma sanção do súdito contra si mesmo, e irreversível devido aos perigos de retorno à situação pré-contratual.

Por sua vez, John Locke (2017, p. 5) fundamenta a existência do Estado na garantia da liberdade, propriedade e igualdade entre os indivíduos. Os homens em estado de natureza são livres para ordenar seus atos e para dispor de suas propriedades conforme sua própria vontade, dentro dos limites da lei natural, sem necessidade de pedir permissão e sem depender da vontade de outra pessoa e são iguais, posto que não haja coisa mais evidente que o fato de seres da mesma espécie e idêntica natureza, nascidos para participar sem distinção de todas as vantagens da natureza e para servir-se das mesmas faculdades sejam também iguais entre si, sem subordinação ou sujeição. Seu modelo de Estado é o liberal e o homem é por natureza um ser egoísta que quer apenas o seu progresso pessoal.

A seu turno, J.J.Rousseau (2006, p. 6.) afirma a incompatibilidade entre igualdade e propriedade, pois é nesta última que se encontra a origem da desigualdade entre os homens, no momento em que um deles cercou determinado espaço territorial. Serão, portanto, a liberdade e a igualdade, os fundamentos do Estado. O homem é bom por natureza, e, cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, daí que a lei, na concepção de Rousseau, é a expressão da vontade geral.

Os contratualistas e outros pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, a exemplo de Montesquieu, Voltaire, Sieyès, contribuíram historicamente para a formação do Estado Constitucional, fruto do movimento conhecido por constitucionalismo, concretizado na Inglaterra, após a Revolução Gloriosa de 1688, no movimento de Independência dos Estados Unidos da América em 1776, e na Revolução Francesa de 1789, que se iniciou sob novos ideais e novas esperanças, as quais se fizeram presentes na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, incorporada à Constituição da França de 1791.

Para Montesquieu (2005), as sociedades modernas partem em busca da liberdade através limitação do poder do Estado em face do indivíduo, liberdade expressada nos direitos e garantias individuais. O modelo de Estado que se seguiu, após o absolutismo, foi o Estado Liberal.

Após as duas grandes guerras mundiais, o capitalismo encontrou seus primeiros limites, expressos na segunda geração de direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais), pois, nesse momento histórico, o Estado precisava fortalecer-se para atender essas novas demandas sociais que agora lhe impunha obrigação de fazer e não apenas abster-se de interferir na liberdade individual.

A grande depressão dos EUA, em 1929, por outro lado, apontará a falência do liberalismo econômico, em seu lugar surge o intervencionismo estatal. Verifica-se a falência do modelo Liberal. O Estado passa a ser dualista: busca o desenvolvimento econômico para garantir o bem-estar social. Afirma-se o Estado Constitucional Social, buscando a sua legitimidade na realização dos direitos sociais, econômicos e culturais e na conquista da igualdade material. Agora o Estado é chamado a intervir na sociedade para garantir a igualdade, afinal, os direitos de segunda geração exigem uma prestação positiva. A primeira constituição do mundo

a incorporar os direitos de segunda geração foi a Constituição do México de 1917, seguida da Constituição da Alemanha de 1919.

O legítimo fundamento do Estado encontra-se na solidariedade e na dignidade humana, envolvidos por práticas de cidadania multidimensional e pluralista voltadas para a concretização dos direitos fundamentais. Encontra-se também no transcurso constante e eficaz rumo ao cumprimento dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação.

Como bem refere Posada (1935, p.11), o Estado cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para cumpri-los. Daí a sua natureza dinâmica, porquanto o Estado é processo. Caminha, pois, na direção de uma República construída como povo que se governa a si próprio, que decide seus destinos e contribui solidariamente nas decisões políticas fundamentais do Estado.

No Brasil, o Estado Constitucional é conformado pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º ao 4º, bem como nos demais dispositivos referentes ao direito constitucional organizatório, legitima-se na exata medida que consegue garantir e tornar eficazes os direitos fundamentais. Seus limites, diretrizes, possibilidades e funções institucionais estão todos vinculados ao fortalecimento dos laços de solidariedade social.

Compreendê-lo em sua essência, é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas do povo. Ele se concretiza através do novo marco teórico e filosófico do constitucionalismo solidário, alcançando o chamado Estado Constitucional Solidarista.

2.3. O lugar constitucional do pensamento solidarista

A solidariedade revela-se como um termo plurissignificativo. Em ética, é compreendida como sentimento do grupo que supõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros. Em teoria política, afigura-se como consciência acrescentada de direitos e de responsabilidades. Em sociologia, afigura-se como o consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através do sentimento de cooperação que deriva necessariamente da similitude e da divisão do trabalho, bem como um fato social que consiste no consenso espontâneo das partes do todo social.

Para Durkheim (1999, p. 34), a solidariedade é fato social, pelo que seu estudo pertence ao domínio da sociologia, fato que só pode ser bem conhecido por intermédio dos seus efeitos sociais. O direito reproduz as principais formas de solidariedade social. Criticando a clássica divisão do direito em público e privado, Durkheim irá propor uma classificação da solidariedade social seguindo a classificação das regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções que são ligadas a elas.

No tocante às sanções, umas consistem essencialmente numa dor ou numa diminuição infligida ao agente, privando-o de algo de que desfruta. Diz-se que são repressivas – é o caso do direito penal. Quanto ao outro tipo, consiste no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, estando ligada à reparação das coisas. Existem, portanto, sanções repressivas organizadas ou sanções apenas restitutivas.

O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Assim, o direito penal simboliza a solidariedade por similitude, a que Durkheim denomina solidariedade mecânica. Todos os membros do grupo são individualmente

atraídos uns pelos outros, por se assemelharem, mas também são apegados ao que é a condição de existência desse tipo coletivo, isto é, a sociedade que formam por sua reunião. A solidariedade, nascida das semelhanças, vincula diretamente o indivíduo à sociedade. Esta conexão que se estabelece entre os indivíduos, criando vínculo entre consciências individuais e consciência coletiva é fundamental para compreensão da solidariedade por similitude e situa-se num nível mais psicológico que propriamente sociológico.

Já a solidariedade devida à divisão do trabalho ou orgânica corresponde à sanção restitutiva.

Parte do direito civil tem, pois, como objeto determinar a maneira como se distribuem as diferentes funções familiares e o que elas devem ser em suas relações mútuas; isso quer dizer que exprime a solidariedade particular que une entre si os membros da família em consequência da divisão do trabalho doméstico, exemplifica Durkheim. Essa divisão do trabalho familiar domina todo o desenvolvimento da família. O direito administrativo estabelece a divisão funcional dita administrativa. O mesmo ocorre com o direito constitucional no caso das funções governamentais e o sistema de divisão de competências.

Com efeito, a divisão do trabalho cria entre os homens todo o sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura. Do mesmo modo que as similitudes sociais dão origem a um direito e a uma moral que as protegem. A divisão do trabalho social dá origem a regras que asseguram o curso pacífico e regular das funções divididas.

Ao final de sua obra, Durkheim faz referência à ideia de justiça, que será desenvolvida por seu discípulo, Léon Duguit. Afirma Durkheim, que não basta haver regras, elas têm de ser justas e, para tanto, é necessário que as condições externas de concorrência sejam iguais.

Como bem refere Renato Treves (2004, p. 57), a vida em sociedade não pode se estender em nenhum campo sem que a vida jurídica a siga simultaneamente nos mesmos relacionamentos. Em Durkheim, o direito é o símbolo visível da solidariedade social.

O grande mérito de Durkheim constituiu em apresentar a concepção de solidariedade bem próxima da sociedade, constituindo quase que a identidade reflexiva da própria sociedade, fundando as bases do que se denominou solidarismo sociológico e que, posteriormente, Duguit desenvolveria para construir o seu solidarismo jurídico.

Segundo Reinhold Ullmann e Aloysio Bohnen (1993, p.159), a solidariedade aparece hoje como atualização da fraternidade, a qual se diferencia do solidarismo fundamentalmente por seu referencial cristão, centrado nas noções de caridade e comunhão.

Deveras, o Solidarismo oferecerá uma via diferente da dos fanáticos do individualismo exasperado que alarga a consciência de si até às dimensões de uma consciência de todos. O sonho de Platão, na obra - República, onde confia aos sábios a direção da cidade, não é diferente do dos adeptos do Terror de 1793, nem do das ditaduras que encontram no princípio de uma razão ou de uma moral absolutas a legitimidade de um poder abusivo.

Logo, ser solidário é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade, onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista.

Léon Duguit (1975) desenvolveu ampla crítica às doutrinas que sustentam o princípio da estatização do direito. Para ele, o homem concebeu o direito antes de conceber o Estado e não o Estado antes de

conceber o direito, e a noção do direito, tanto em sentido objetivo como subjetivo, é, portanto, anterior e superior à noção de Estado.

Logo, o Estado encontra-se submetido à regra de desenvolvimento da solidariedade assim como o são os próprios indivíduos, sendo a vontade dos governantes, uma vontade jurídica capaz de impor constrição somente no momento em que se manifesta nos limites que lhe são traçados pela regra do direito. O Estado não é outra coisa senão o produto da diferenciação natural entre os homens do mesmo grupo do qual deriva o que se chama de potência pública, que não pode, de nenhum modo, ser legitimada por sua origem, mas somente pelos serviços que presta de acordo com a regra de direito.

Para Adolfo Posada (1934, p. 25), no tratamento que este último confere à concepção teleológica de Estado. O Estado surge idealmente da decisão consciente de estabelecer meio idôneo a serviço da realização dos fins da vida humana e, antes de tudo, para garantia da liberdade. Daí que para Posada o Estado seja constitutivamente Estado serviçal, de serviços públicos oferecidos aos cidadãos. O Estado seria, pois, o reflexo da solidariedade.

Logo, a forma de Estado constitucional social refletiria a implicação constitucional e ética de realização da justiça social e na harmonização jurídica da esfera individual e social do homem em seus diversos papéis sociais, estabelecendo sistema de garantias dos direitos e liberdades essenciais, com vistas a mais ampla realização dos fins humanos. Sua idéia pura de Estado reflete seu compromisso com o regime de Estado de Direito comprometido com os direitos humanos, sendo a substância condicionante de sua forma jurídica.

No mesmo sentido, Duguit (1975) afirma a reforma social como tarefa central do Estado, revisando o constitucionalismo liberal individualista,

fornecendo as bases para o constitucionalismo social e solidário. Observa que, em todas as formas de agrupamento humano, existe uma única realidade, a pessoa humana, isto é, a consciência e a vontade do indivíduo^{II} e conclui afirmando que essa individualidade parece mais viva e mais ativa quanto mais coerente, complexo e compreensivo é o grupo social^{III}. Construir esse ideal universal passa necessariamente por três fenômenos relacionados à nossa concepção de solidariedade: o pluralismo, a cooperação interconstitucional e a interculturalidade.

Para Duguit (1930), o fundamento do direito é solidariedade ou a interdependência social, todos os membros da sociedade, pela regra de direito, são obrigados a nada fazer em contrário à solidariedade social e fazer tudo o que está em sua capacidade para que assegure a sua realização. A solidariedade pertence ao nível constitucional. É o seu referencial e primeiro fundamento, experiência presente e nunca acabada, em constante construção. A ponte evolutiva da teoria da constituição reside, portanto, na afirmação do constitucionalismo solidarista.

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 não se filiou a nenhuma concepção específica de solidariedade, aproximando-se, no entanto, do pensamento defendido por Duguit. A solidariedade a ser concretizada no texto constitucional demonstra infinitas possibilidades de aplicação, afinal, a nossa Constituição é texto vivo, aberto e plural, reflexivo das esperanças de uma sociedade atualmente em crise. O preâmbulo constitucional brasileiro de 1988 faz referência à sociedade fraterna, enquanto o art. 3º, I preceitua como objetivo expresso da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Afirma o pluralismo no art. 1º, IV como fundamento da República Federal e Democrática.

Uma sociedade solidária constitui o centro de gravidade de desenvolvimento e efetividade do direito. Unindo a perspectiva sociológica à perspectiva jurídica podemos defini-la como a instituição determinante das condições de possibilidade da vida social que serão tão amplas quanto maiores forem os laços de solidariedade que unem seus indivíduos para o cumprimento do projeto político fundamental estabelecido em nossa Constituição.

A sociedade solidária possui seu aspecto mais significativo na sua vinculação com a sociedade livre e justa. A vinculação entre liberdade, justiça e solidariedade não é gratuita. Liberdade sem justiça social é ilusória e opressora. A Justiça que se afirma na ausência da liberdade impõe o medo e o descrédito. A sociedade que se constrói egoisticamente, refratária às ideias e concepções solidaristas, não é justa, tampouco livre, porque a liberdade pressupõe que o outro igualmente o seja.

Já com relação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, eles refletem o equilíbrio de dois subsistemas: o liberal e o social. Duguit acreditava firmemente que as sociedades modernas estavam evoluindo para este projeto solidarista.

A concepção individualista de liberdade, que motivou, contudo, a construção da doutrina sobre o fundamento do direito e à limitação do Estado, com grandes repercussões na Revolução de 1789, tem lugar de relevo na história das ideias políticas, com reflexos na atual sistema político brasileiro. Essa concepção é ainda a base da legislação, ainda que esta seja cada dia mais convergindo para o solidarismo. Permanece, por vezes, o erro de alguns teóricos e dos legisladores em considerar a liberdade individual como dogma intangível e definitivo, universal. A propriedade muito mais que direito é função social.

A solidariedade que hoje se constrói já superou a mera fraternidade da Revolução liberal burguesa, é a sua evolução. Não obstante o grande

lema da revolução francesa estar expresso na trilogia - liberdade, igualdade e fraternidade, este último termo não se fazia presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ela irá reaparecer em 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, ao preconizar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

Na doutrina liberal -individualista, se o Estado pode fazer certas leis é porque o indivíduo tem certos direitos subjetivos contra ele, que se conservam na medida em que se fazem leis que limitando o direito de uns, preservam a liberdade de todos. Exemplo disso é o direito de propriedade. Ao contrário, na concepção solidarista da liberdade, o indivíduo não tem nenhum direito, ele tem deveres sociais, e o Estado não pode fazer nada que o impeça de cumprir estes deveres, notadamente o dever de realizar livremente suas atividades.

O projeto político fundamental estabelecido no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 é dever de todas as instituições sociais e do próprio indivíduo imbuído do seu dever de solidariedade decorrente da divisão social do trabalho.

Se o homem é obrigado a trabalhar ele não está, no entanto, obrigado a trabalhar no que está além de suas forças. Se um homem abusa do outro na exploração de seu trabalho compromete os valores sociais. Aqui reside a legitimidade de todas as leis da época moderna de todos os países que organizam o exercício do trabalho.

Convergindo para a concretização do pensamento solidarista, o constituinte originário estabeleceu no art. 4º, IX da Constituição Federal de 1988 o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Aqui o Brasil passa a integrar o conjunto dos Estados Constitucionais Cooperativos.

Solidariedade, fraternidade e cooperação são termos que o legislador constituinte utilizou para conferir maior densidade fenomenológica ao pensamento solidarista. Verifica-se, pois, em todos os dispositivos constitucionais a influência do pensamento solidarista. Afinal, a solidariedade é a via de concretização de muitos dispositivos constitucionais, principalmente aqueles que reafirmam a solidariedade por similitude, atribuindo deveres de proteção a toda sociedade.

Os direitos fundamentais no Estado Solidarista devem ser compreendidos em suas múltiplas dimensões, conferindo-lhes unidade e sistematicidade, sem, no entanto, abandonar a densidade epistemológica que a correta classificação em gerações oferece para a compreensão da historicidade dos direitos fundamentais.

3. Novos vetores solidaristas para a atuação do estado brasileiro em face da pandemia de COVID-19

3.1. O federalismo cooperativo

O Estado Federal teve seu marco inicial em 1787 com a famosa Convenção da Filadélfia, que, como solução proposta à superação das dificuldades inicialmente encontradas pelas treze colônias inglesas ao se libertarem, formaram uma confederação de Estados soberanos através de um tratado celebrado em 1776 e ratificado no ano de 1781.

Como assinala Fernanda Almeida (2005, p. 19), o federalismo apresentou a adoção de organização política verdadeiramente nova que transcendeu os limites do pensamento político anterior e passou a representar alternativa para o modelo de autoridade política centralizada, desenvolvido durante a Revolução Francesa.

Assim, a Confederação transmudou-se em Federação. Este foi o primeiro e grande passo para a consolidação da forma de Estado Federal. O segundo e não menos importante foi a materialização dos acordos e compromissos firmados na Convenção de Filadélfia pela Constituição dos Estados Unidos de 1787, a primeira constituição escrita do mundo.

Durante os memoráveis debates então travados na Convenção de Filadélfia, os artífices do novo modelo tiveram oportunidade de apontar os defeitos da Confederação. Fizeram-no em muitos discursos e artigos, valendo mencionar os que, sob o pseudônimo coletivo de *Publius*, foram regidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, posteriormente, reunidos na clássica obra - o federalista.

A Constituição é, pois, a base jurídica do sistema federativo, consolidadora do acordo firmado e repositório das regras essenciais da convivência entre a unidade e as entidades componentes. A Constituição Federal é o pacto federativo do tipo de Estado Federal.

Por sua vez, a repartição de competências é a pedra angular do sistema federativo, envolvendo, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação necessários para sua persecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente à outra.

No modelo federativo vigora a descentralização política, ou seja, a competência legislativa conferida às unidades parciais (governos locais), coexistindo com a competência legislativa constitucionalmente conferida à unidade total (governo nacional). A descentralização implica a divisão de competências. Para que a descentralização não descaracterize o Estado federal, há que ser mantida a unidade do todo. Assim, a República Federativa do Brasil é dotada de soberania, ao contrário das unidades parciais que possuem apenas autonomia.

Neste sentido, apresenta-se o federalismo como modo de preservar a particularidade no âmbito de uma união estatal maior, mantendo o equilíbrio entre a soberania da nação como um todo e a autonomia dos entes federados, concomitantemente à sua interdependência, que em nosso entendimento é fortalecido pelos laços de solidariedade que deve existir entre os entes federativos, nacionais e locais.

O modelo federativo nasceu inicialmente da necessidade da integração de campos de poder exclusivos e limitados, conformadores de uma unidade detentora, igualmente, de um campo de poder exclusivo e restrito. Trata-se do federalismo dual. Aqui existia uma igualdade absoluta, em matéria de competência, entre as esferas governamentais estaduais e a União, nesse momento não se falava em competência comum ou concorrente, apenas em exclusiva.

Com a substituição do liberalismo clássico pelas concepções intervencionistas do Estado do bem-estar social, o sistema de repartição de competências adquiriu uma nova conformação que redundou no fortalecimento do poder central à custa do enfraquecimento do poder dos Estados passando-se ao federalismo cooperativo.

Tal experiência cooperativa já se fazia presente na Constituição alemã de Weimar de 1919, e Austríaca de 1920, que já traçavam um modelo de federalismo cooperativo e que serviram de modelo para a nossa Constituição Federal de 1934. Em momentos constitucionais anteriores, vínhamos seguindo o clássico modelo federalista norte-americano de um federalismo dualista rígido.

Decerto, no âmbito do federalismo cooperativo, não ocorre o completo abandono da técnica de repartição de competência horizontal,

apenas surge nova técnica, denominada vertical, onde se prevê uma área de competências comuns ou concorrentes que pode ser compartilhada.

No que tocante à Federação brasileira, embora tenha ela se formado diversamente da matriz norte-americana, já que aqui houve um processo de formação centrífugo, espelhou a nossa Federação, que nasceu com a República, no modelo americano, inicialmente no *dual federalism*. Foi com a Constituição de 1934 que fomos buscar inspiração no federalismo cooperativo alemão da Constituição de Weimar de 1919 e austríaco de 1920.

Os caminhos da Federação brasileira orientaram-se, porém, por novo norte, em que se verifica a coexistência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tal qual não ocorre no modelo norte-americano, tampouco no modelo alemão. Por tal fato atribui-se ao federalismo brasileiro o termo federalismo de segundo grau, vale dizer, tipo de federalismo em que o Município é ente da federação dotado de autonomia e competências próprias derivadas diretamente do pacto federativo.

No Brasil, o sistema do federalismo dual só encontrou acolhida no Texto Constitucional de 1891, já que a Carta de 1934 recepciona as influências dos movimentos que levaram ao surgimento do intervencionismo estatal, iniciando o deslocamento centrípeto de competências e poderes, passando ao modelo cooperativo, o qual sofreu refluxos com as Constituições de 1937 e de 1967.

O principal aspecto do federalismo cooperativo brasileiro, retomado pela Carta Magna de 1988, é a absorção do pensamento solidarista na busca da redução das desigualdades regionais, conforme afirmamos.

Entretanto, temos que buscar o federalismo cooperativo de equilíbrio, onde as regiões menos favorecidas desenvolvam seu potencial produtivo para saírem da situação de dependência, contribuindo para

o desenvolvimento econômico do país. Portanto, as políticas públicas, em todos os níveis, quando, ingenuamente, distribuem recursos sem contraprestação produtiva, são fraternalistas (mínimo existencial), jamais solidaristas (máximo potencial). Para concretizar o princípio solidarista é necessária a existência de contraprestação, ideia reforçada pelo princípio constitucional da eficiência e do dever de progresso (CF/88, art. 37, *caput* e art. 3º, II).

Outro aspecto relevante é a solidariedade educacional, científica e tecnológica que deve existir entre os entes da federação, tanto em nível vertical (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto horizontal (Estados ou Municípios), através de protocolos de cooperação, algo que também deve ser estendido à Administração Pública Direta e Indireta de cada ente.

Sendo assim, o federalismo cooperativo se apresenta como um modelo de organização estatal mais compatível com a necessidade de prevenção e o enfrentamento da COVID-19, ao propiciar a articulação dos governos nacionais e locais, nos limites de suas respectivas competências, tendo em vista a formulação e execução de políticas públicas conjuntas e, portanto, dotadas da sinergia necessária para salvaguardar a dignidade humana.

3.2. A cidadania solidária

O conceito de cidadania tem sido central no âmbito da filosofia jurídica e política.

Para Adela Cortina (2003, p. 275), o cidadão é aquele que pertence a uma comunidade política moderna, cujas instituições pretendem ser justas e precisamente adquirem sua legitimidade dessa pretensão de justiça. Logo, exercer cidadania é participar ativamente desse processo de construção.

O sonho grego da cidadania cosmopolita é concretizado no novo modelo de cidadania multicultural, onde se busca conciliar a diversidade de culturas com a necessidade de uma ética universal.

Partindo para construção do modelo de ética cívica na sociedade pluralista, aproxima-se mais da ideia de cidadania solidária. O direito na perspectiva pós-positivista deve pretender estar justificado dentro de um referencial moral e ético.

Segundo Adela Cortina (2003, p. 284), as características dessa ética cívica seriam as seguintes: 1) realidade social que se integra ao mundo vital de uma sociedade pluralista; 2) substrato axiológico que vincula as pessoas como cidadãos e não como súditos nem vassalos; 3) dinamicidade, pois constitui a cristalização dos valores compartilhados por diversas propostas de vida; 4) publicidade, pois se faz conhecida à comunidade através da opinião pública, com razões compreensíveis e admissíveis; 5) pertencimento dos cidadãos, portanto própria dos membros da sociedade civil, diferentemente de uma ética estatal; 6) laicidade, porquanto não aposta em nenhuma determinada confissão religiosa, mas também não se propõe a eliminá-las.

Logo, a cidadania solidária é produto do compromisso ético e humanístico com a efetividade dos direitos fundamentais pela via solidarista, que realiza o sonho kantiano de comunidade ética cosmopolita na exata medida que a cidadania tende a ser mundial.

Como sustenta Ricardo Torres (2001, p. 310), existindo maior integração entre os Estados Constitucionais Cooperativos, onde os princípios possibilitadores da efetividade dos direitos humanos constituem a sua base ética, o direito internacional público deixa de ser o conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre as nações para adquirir o contorno de um direito internacional dos direitos humanos.

A democracia na perspectiva solidarista se materializa, em termos gerais, quando o conteúdo dos atos dos representantes faz-se justo em face dos cidadãos possibilitando o desenvolvimento integral da condição humana em termos sociais, econômicos e culturais, respeitando as liberdades fundamentais e fortalecendo os laços de solidariedade. Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política, ou seja, o controle popular do poder político figura como uma condição necessária para, primeiro, obter e, depois, conservar as liberdades civis.

Segundo Friedrich. Müller (2007, p. 50), a possibilidade de exercício e o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: isto significa que os direitos humanos não substituem a democracia; mas uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos.

A cidadania solidária também se concretiza na forma de participação política reivindicatória das condições básicas de vida digna para todos, garantindo o acesso aos bens indispensáveis ao mínimo existencial. Efetiva-se na satisfação das expectativas dos menos favorecidos, proporcionando-lhes uma justa igualdade de oportunidades, pois, onde a exclusão social se faz presente, a liberdade e a justiça não se manifestam, senão para poucos.

Destarte, o exercício de uma cidadania solidária revela-se como um dos pilares ético-políticos para a prevenção e o enfrentamento das consequências trágicas da pandemia do coronavírus, ao possibilitar a construção de uma rede fraterna de esforços públicos e privados, em prol da dignidade humana e do mínimo existencial.

3.3. O redimensionamento da atuação dos poderes estatais

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, preconizava que qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não

está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não teria uma Constituição.

A separação de funções estatais comporta a interdependência funcional instrumental aliada à harmonia substancial, ambas subordinadas aos objetivos e finalidades constitucionais do Estado, especificamente ao regime jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico. Resumidamente, o Estado se organiza para realizar os direitos fundamentais.

O art. 2º da nossa Lei Fundamental estabelece como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Independência e harmonia conduzem à interdependência. A interdependência funcional é instrumentalizada pela Constituição Federal para que o Estado alcance, com fundamento nos preceitos nela estabelecidos, os seus objetivos fundamentais, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme os ensinamentos de J.J. Canotilho (2002, p. 881), o princípio da separação e interdependência dos Poderes possui a função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os Órgãos de Soberania transformam-se em relevantes fatores de observância da Lei Fundamental.

Com efeito, é na observância da Lei Fundamental que deve residir a harmonia substancial dos Poderes, conducente ao princípio da

conformidade dos atos do Estado com a Constituição. Mesmo os atos políticos devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controle da sua conformidade com as normas constitucionais.

Como sustenta Habermas (2003, p. 81), os problemas de integração, que todas as sociedades altamente complexas precisam superar, só podem ser resolvidos por meio do Direito moderno, se esta integração, e aqui me refiro à integração entre os órgãos de soberania, for gerada a partir de um Direito legítimo constituído por aquela forma abstrata de solidariedade política, cuja continuidade ou ruptura dependerá da concretização de direitos fundamentais.

Ao Poder Judiciário atribui-se hoje um maior protagonismo no estado democrático de Direito, para que o ativismo judicial se identifique solidariamente com a concretização dos direitos fundamentais, a fim de que a jurisdição se afirme como novo instrumento de proteção social, contribuindo diretamente na consecução dos objetivos fundamentais da sociedade política.

Ao Poder Legislativo cabe a importante tarefa de concretizar, em nível político-legislativo, a partir do texto da norma constitucional, através de decisões políticas com densidade normativa, os atos legislativos, os preceitos da Constituição. Posteriormente, incumbe-lhe o dever democrático de produzir leis simples e acessíveis às camadas sociais mais carentes, num diálogo aberto à participação ativa de todos os destinatários da norma.

Logo, realizar os direitos fundamentais partindo de atividade legislativa torna-se possível com uma maior democratização dos processos legislativos e do próprio direito, mas acima de tudo, em não havendo participação popular no diálogo formativo das leis, respeitando adequadamente a autonomia dos cidadãos individuais, fortalecendo os laços de solidariedade.

A seu turno, através do Poder Executivo, com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo e infralegal, desenvolve-se o trabalho concretizador, mediante decisões, procedimentos e normas que implementam políticas públicas ou programas de ações governamentais.

Deste modo, tal redimensionamento da atuação dos poderes estatais contribui decisivamente para a prevenção e o enfrentamento dos efeitos maléficos da COVID-19, a fim de incrementar uma atuação sinérgica e eticamente comprometida dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, tendo em vista a proteção da vida, da saúde pública, do mercado, do consumo e do trabalho humano.

4. Considerações finais

A sociedade internacional vivencia os efeitos trágicos da COVID-19, uma doença respiratória aguda causada pelo coronavírus, tendo sido identificada, inicialmente, em Wuhan, província da China, em dezembro de 2019 e, desde março do corrente ano, declarada formalmente pela Organização Mundial da Saúde como uma verdadeira pandemia.

À luz do Direito Constitucional, o enfrentamento desta pandemia, nos âmbitos global e nacional, demanda a necessária substancialização de um verdadeiro Estado Solidarista, enquanto fórmula político-jurídica mais adequada para lidar com a prevenção e o enfrentamento dos efeitos negativos do coronavírus.

Decerto, a efetivação de um Estado Constitucional Solidarista, inclusive em solo brasileiro, revela-se como a via institucional mais adequada para responder os ingentes desafios postos por esta crise sanitária, ao contribuir na maximização da tutela e a promoção dos direitos fundamentais dos

cidadãos ameaçados ou violados nesta dilemática conjuntura, tais como a vida, a saúde, a proteção aos idosos, a tutela consumerista e o trabalho.

A seu turno, o federalismo cooperativo se apresenta como um modelo de organização estatal mais compatível com a necessidade de prevenção e o enfrentamento da COVID-19, ao propiciar a articulação dos governos nacionais e locais, nos limites de suas respectivas competências, tendo em vista a formulação e execução de políticas públicas conjuntas e, portanto, dotadas da sinergia necessária para salvaguardar a dignidade humana.

Ademais, o exercício de uma cidadania solidária revela-se como um dos pilares ético-políticos para a prevenção e o enfrentamento das consequências trágicas da pandemia do coronavírus, ao possibilitar a construção de uma rede fraterna de esforços em prol da tutela e da promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Por fim, saliente-se que o mencionado redimensionamento da atuação dos poderes estatais contribui também para a prevenção e o enfrentamento dos efeitos maléficos da COVID-19, a fim de incrementar uma atuação sinérgica e eticamente comprometida dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, tendo em vista a proteção da vida, da saúde pública, do mercado, do consumo e do trabalho humano.

5.. Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARNAUD, Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CORTINA, Adela. Ética e Cidade Cosmopolita. Trad. Cláudio Molz. In: *Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. *Stato, popolo, governo – illusioni e disillusioni costituzionale*. Milano: Giufrè, 1985.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DONNE, John. *Devotions upon Emergent Occasions*. Meditation XVII. 1623.

DUGUIT, Léon . *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930.

_____. *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

_____. *Fundamentos do Direito*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

DURKHEIM, Emile. *Da Divisão do Trabalho Social*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUVIGNAUD, Jean. *A solidariedade – Laços de Sangue e Laços de Razão*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'Ordinamento Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2002.

GURVITCH, Georges. *La Vocation Actuelle de la Sociologie. Antécédents et Perspectives*. Paris: Presses Universitaires. 2. ed. 1963.

HABERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Trad. Antônio Escohotado. Madrid: Ed. Nacional, 1983.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. Amando Lázaro. Madrid: Ed. Aguilar, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito*. In: *Direitos Humanos e Democracia*. Clemerson Merlin Clève et. al (organizador). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação*. In: *Tratado de direito constitucional*. Tomo I. 2. ed. Coordenadores: Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2012.

OMS. *Organização Mundial do Comércio*. Disponível em: <https://www.who.int>. Consulta em: 29 de março de 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Trad. Maria Alice Farah Calil. Barueri: Manole, 2004.

POSADA, Adolfo. *La crisis del Estado y el Derecho Político*. Madrid: C. Bermejo, 1934.

_____. *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

POZZOLO, Susanna. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Tradução: Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004.

ULLMANN, Reinhold; BOHNEN, Aloysio. *O solidarismo*. São Leopoldo: Unisinos, 1993.

VANONI, Ezio. *Opere Giuridiche*, vol. II. Milão: Giuffrè, 1962.

VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional – aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

I SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

01/abril - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA



Fábio Periandro

Tema: *Reflexos do COVID-19
no Constitucionalismo*



Gabriel Marques

Tema: *Estado de Defesa e
Estado de Sítio*



Marcos Sampaio

Tema: *Constitucionalismo
Digital*



Miguel Calmon

Tema: *Direitos das Minorias*



Rosângela Lacerda

Tema: *Direito do Trabalho
e Fato do Príncipe*



Saulo Casali

Tema: *Direitos
Fundamentais e
Pandemia*

II SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

08/abril - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia

Transmissão via Zoom Meetings

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA



Adriano Pedra

Tema: *Reformas
Constitucionais em
Tempos de Pandemia*



André Batista

Tema: *A Recusa ao Exame
Diagnóstico do Covid-19*



Christianne Gurgel

Tema: *Autonomia
Privada Coletiva de
Trabalho e as MPs 927 e
936*



Geovane Peixoto

Tema: *Direitos
Fundamentais e Sistema
Penitenciário em Tempos
de Covid-19*



Jaime Barreiros

Tema: *Os impactos do
Covid-19 nas eleições 2020
e a proposta de unificação
do calendário eleitoral*



Marcos Borel

Tema: *A Recuperação de
Empresas e o Estado de
Calamidade.
Recomendações do CNI*

REALIZAÇÃO:

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA



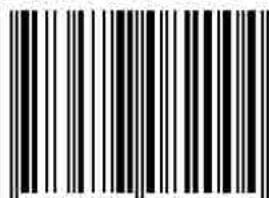
Academia de Letras Jurídicas da Bahia

APOIO:



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

ISBN: 978-65-87082-00-4



9 786587 082004



EDITORA
IASP