

LOCKDOWN: TEMORES JURÍDICOS EM TEMPOS DE CRISE

LOCKDOWN: LEGAL FEARS IN TIMES OF CRISIS

Rafael Freire Ferreira¹

Resumo: Em plena ambiência pandêmica, inadvertidamente um tempo de crise, provocada pelo SARS-CoV-2 (Covid-19), estamos experimentando o “direito vivo”, sendo produzido a partir das necessidades urgentes. Contudo, essa produção jurídica tem ocorrido à revelia da Constituição Federal e tem se sobreposto a super-rigidez constitucional. Tal situação desperta os perigos para instalação de políticas ditatoriais ao se caminhar em um movimento de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: lockdown; inconstitucionalidade; direito de crise.

Abstract: *in the midst of a pandemic environment, inadvertently a time of crisis, caused by SARS-CoV-2 (Covid-19), we are experiencing the “living right”, being produced from urgent needs. However, this legal production has taken place in spite of the Federal Constitution and has been superimposed on constitutional super-rigidity. Such a situation awakens the dangers for the installation of dictatorial policies when walking in a movement of unconstitutionality.*

Keywords: lockdown; unconstitutionality; crisis right.

1- Pai, Professor, Escritor e Advogado (necessariamente nessa ordem). Doutorando (UAL/PT), Mestre (UAL/PT) e Especialista (UGF) em Direito. Pós-graduando em Ciência de Dados e Big Data Analytics (FAMEESP). Estudante de Administração de Empresas (UESC).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo analisa a medida administrativa restritiva Lockdown e sua (in) constitucionalidade, estabelecendo como problema da pesquisa a instabilidade democrática e insegurança jurídica geradas pela medida administrativa, com o objetivo geral de análise do tema à luz da Constituição Federal de 1988 e com objetivos específicos que se desdobram nesse contexto de produção do direito em tempos de crise.

Em análise emotiva é comum aceitarmos medidas que restringem nossa liberdade em prol de uma sensação de segurança, aquilo de Ferreira (2020a, p. 112) denomina imperativo de segurança:

E ao aceitar essas situações, a sociedade está pondo em risco a autonomia individual e naturalmente se submetendo a violação da privacidade, o que fatalmente, a partir da ampliação das intervenções estatais na liberdade individual, caminha-se para um Estado absolutista e expansivo.

Leva-se em conta ainda, que nossa República como afirmou Ferreira (2017, p. 4) “*vivencia uma democracia infanto-juvenil em um processo lento de amadurecimento*”, sobretudo quanto ao exercício dessa democracia, aquele comportamento que Nietzsche (2005) classificou com de “*rebanho*”.

O fato é que estamos vivendo um momento de crise provocada pelo SARS-CoV-2 (Covid-19) que exige arranjos regulatórios urgentes, porém, não há o que se falar em novo direito, em Direito da Crise, pois essas soluções jurídicas devem obediência à CF/88 e as regras basilares de exegese jurídica.

Não podemos desconsiderar a função social do direito como pacificador da sociedade e protetor da dignidade humana, tampouco ignorar as lutas históricas pela sedimentação dos direitos fundamentais:

A forma como os direitos fundamentais estão dispostos hoje, é fruto de longas conquistas, conforme pode ser observado no tópico seguinte sobre a evolução deles. Já existia uma preocupação em afirmá-los, como no artigo 1º da Declaração de Virgínia⁴ na qual proclamava que todos os homens são iguais, nascem livres e independentes, e possuem direitos inatos e essenciais, e sobre esses não porá contrato ou privará sua posteridade, identificadamente o direito à vida e à liberdade, com os meios de adquirir propriedades e obter a felicidade e a segurança. (FERREIRA, 2020a, p. 08)

A pretensão desse estudo, portanto, não é relativizar a vida, por via de consequência, a saúde, pelo contrário, não podemos subestimar o poder desse vírus que assola a humanidade, entretanto, fazemos um convite à lucidez, para que o Lockdown seja analisado racionalmente e possam perceber que a CF/88 é um marco civilizatório no Brasil e não pode ser relativizada por conveniência política.

Não esqueçamos que os Direitos Fundamentais são frutos de lutas históricas em prol da contenção do poder absolutista, por isso mesmo são limitadores da atuação estatal.

2. DECISÃO DO STF: ADPF 672

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672, o Supremo Tribunal Federal (STF) permitiu aos governadores e prefeitos o exercício de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19, dentre elas: imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas.

Na decisão da ADPF 672, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou a gravidade da emergência causada pelo Covid-19 exige das autoridades em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde (SUS).

Mas o que seriam medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o Ministro? A dúvida persiste, já que sua decisão contrária, com todo o respeito, a sua própria obra de Direito Constitucional como demonstramos ao longo desse artigo.

Outro ponto importante da decisão diz respeito ao conflito de competências entre as unidades federativas, no qual fora afirmado pelo Ministro que não compete ao Presidente da República afastar unilateralmente, as decisões dos governos locais no exercício de suas competências constitucionais, que adotem medidas restritivas reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, em consonância com as recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS) e demais estudos científicos.

Pois bem, a decisão seria acertada se não tivesse aberto precedentes para ofensas constitucionais graves, nomeadamente, as cláusulas pétreas. Dessa forma, na prática, o que vêm ocorrendo são lesões ao direito individual de locomoção, ao pacto federativo e a separação dos poderes.

Dessa forma, comungamos da opinião de que a ADPF 672 é inconstitucional.

3. LOCKDOWN E AS OFENSAS CONSTITUCIONAIS

Terminamos o capítulo anterior defendendo a tese de que a ADPF 672 tem promovido diversas inconstitucionalidades, vejamos então, os argumentos em defesa dessa opinião, para tanto, usaremos como base o livro de Direito Constitucional do próprio Ministro Relator do caso.

O Lockdown ou em bom português “bloqueio total” é um protocolo de segurança que isola determinados locais e impede a circulação de pessoas. Logo, estamos diante de uma restrição ao direito fundamental individual de locomoção: *Art. 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens* (BRASIL, CF/1988).

Sobre o Direito de Locomoção afirma Moraes (2015, p. 138):

Trata-se, porém, de norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, **obviamente, de previsões arbitrárias**. Assim, **poderá o legislador ordinário** estabelecer restrições referentes a ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio. (grifo nosso)

A CF/88 é resultado de uma junção de princípios e regras estabelecidos de forma consciente pelo legislador constituinte para organização do nosso Estado, por isso é classificada como dogmática. Inobstante, aquele momento histórico vivido carregava muitos traumas e resquícios de governos autoritários, prudentemente, nossos legisladores se preocuparam em estabelecer mecanismos de estabilização das instituições democráticas, antecipando proteções para os momentos de crises que poderiam surgir.

É o que Moraes (2015, p. 839) chama de *sistema constitucional da crise*: “*consistente em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crise e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional*”.

Por esse motivo não há o que se falar em novo direito da crise, mas sim em utilização do direito em tempos de crise. Todavia, o momento de crise não pode ser um pretexto para relativização do texto constitucional.

Nesse embalo, a CF/88 trouxe três institutos de estabilização constitucional (estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal), que no tocante ao Lockdown nos interessa especificamente o Estado de Sítio.

O artigo 21, V da CF/88 determina que é competência exclusiva da União decretar o estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal. Sendo exclusiva é indelegável.

O artigo 49, IV da CF/88 diz que é competência (também exclusiva) do Congresso Nacional aprovar o estado de defesa e a intervenção federal e autorizar o estado de sítio, bem como suspender tais medidas.

O artigo 84, X da CF/88 dispõe que compete ao Presidente da República (competência privativa) decretar o estado de defesa e o estado de sítio.

Já o artigo 90, I e § 1º designa o Conselho da República e o Conselho da Defesa Nacional para opinar sobre a decretação dessas medidas de contenção da crise.

Perceba caro leitor, que estamos diante de um mecanismo complicado, cheio de especificidades que visa o controle firme do Estado para que não restrinja os direitos fundamentais de qualquer maneira. O legislador constituinte, calejado pelos autoritarismos vividos, se preocupou em disciplinar como deveríamos agir institucionalmente em tempos de crise.

Por sua vez, o artigo 138 da CF/88 disciplina como se dará o Estado de Sítio, estabelecendo que o decreto deve indicar a duração da medida, as normas necessárias à sua execução, as garantias constitucionais que ficarão suspensas, as áreas abrangidas e quem será o executor das medidas.

Dentre as medidas que podem ser tomadas, o artigo 139, I da CF/88 estabelece o Lockdown (obrigação de permanência em localidade determinada).

À vista desses dispositivos constitucionais, a decretação do Lockdown sob a batuta do STF é uma inconstitucionalidade sem precedentes no Brasil, que ofende diretamente três cláusulas pétreas.

A CF/88 no artigo 60, § 4º dispõe como cláusula pétrea: a forma federativa de Estado, o voto, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

A restrição ao direito de locomoção, sem seguir o procedimento exigido pela CF/88, atenta diretamente um direito e garantia individual (Art. 5º, XV, CF/88). Ao mesmo tempo em que ofende o Pacto Federativo, já que o Chefe (governadores e prefeitos) de uma unidade federativa (Estado, DF e Municípios) invade a competência do Chefe (Presidente da República) de outra unidade federativa (União). Não satisfeito, ofende, também, a cláusula pétrea Separação dos Poderes, já que tudo isso foi autorizado pelo Poder Judiciário (STF), usurpando, dessa maneira, a competência do Poder Executivo Federal (determinar que o chefe de uma unidade federativa exerça competência de um chefe de outra unidade federativa) e do Poder Legislativo (permitindo a decretação de medidas sem previsão legal).

Moraes (2015, p. 840) definiu muito bem qual deve ser o papel do Poder Judiciário em tempos de crise:

Assim, será possível ao Poder Judiciário reprimir eventuais abusos e ilegalidade cometidas durante a execução das medidas do Estado de Defesa ou de Sítio, inclusive por meio de mandado de segurança e habeas corpus, pois a excepcionalidade da medida não possibilita a total supressão dos direitos e garantias individuais, e **tampouco configura um salvo-conduto aos agentes políticos para total desrespeito à Constituição e às leis.** (grifo nosso)

Não satisfeito, Moraes (2015, p. 840), na mais completa lucidez em relação à decretação do Estado de Sítio, complementa: “a doutrina dominante entende impossível, por parte do Poder Judiciário, a análise da conveniência e oportunidade política para a decretação”.

Não o bastante, no tocante ao Direito Administrativo, a ofensa constitucional continua na análise do princípio da legalidade. Temos aqui duas vertentes distintas que se completam:

“Ao contrário da legalidade fundada nos direitos fundamentais², aqui esse princípio se funda na estrita obediência à lei no sentido de que não há exercício da atividade administrativa se não houver previsão legal. Então não se pode fazer tudo que não for proibido, mas sim, fazer

2- CF/88. Art. 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

apenas o que for permitido. O administrador público tem que atuar em submissão à lei, por isso a quem chame esse princípio de Juridicidade. A lei nesse caso é no sentido amplo, não só a norma legislada (sentido estrito), mas também aquelas advindas do poder (da Administração) normativo e regulamentar, pois se subentende que estão em acordo com a lei em sentido estrito". (FERREIRA, 2020b, p. 42)

A legalidade para o cidadão de fazer ou deixar de fazer algo apenas em virtude de lei está prevista no artigo 5º, II da CF/88 e a legalidade para a Administração Pública como uma obrigação de seguir os mandamentos da lei encontra-se no artigo 37 da CF/88.

Ante o exposto, a decretação de Lockdown por governadores ou prefeitos ofende o princípio da legalidade em todas as suas formas, pois está obrigando o cidadão a cumprir uma determinação administrativa sem previsão legal. Isso é preceito básico, um ato administrativo, em regra quase absoluta, necessita de amparo legal para ser editado³.

Encerro esse tópico com as palavras do ínclito Ministro Alexandre de Moraes (2015, p. 797):

Portanto, não terá cabimento a interpretação constitucional conforme a Constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, **pois o Poder Judiciário não poderá**, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), **atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal**. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição. (grifo nosso)

Sem mais...

4. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DIFUSO

O Poder Constituinte Difuso é também chamado de Mutação Constitucional, por meio do qual o Poder Judiciário modifica a norma constitucional sem alterar seu texto, transformando seu sentido.

A rigidez constitucional é uma classificação que aponta a Constituição com um processo de reforma mais difícil do que o processo de legislação infraconstitucional. A CF/88 é classificada pela doutrina como rígida e, excepcionalmente, super-rígida, esta última pelo motivo de conter normas que não podem ser modificadas pelo processo de reforma, portanto, normas petrificadas que só podem ser modificadas mediante a convocação do Poder Constituinte Originário, ou seja, com a produção de uma nova Constituição.

Essa compreensão reforça a ideia de respeito às cláusulas pétreas robustecendo a necessidade de preservação do texto constitucional e nos alertando para o perigo da sua relativização. É uma questão de estabilidade jurídica e política.

Dada essa rigidez, a hermenêutica constitucional não se sobrepõe as regras de competência pré-estabelecidas:

"Se a Constituição regula de uma determinada maneira o papel respectivo dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se na marca das funções a ele encaminhadas; dito órgão não deverá modificar a distribuição das funções através do modo e do resultado de dita interpretação". (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2013, p. 128)

3- FERREIRA (2020b, p. 94): "Isto posto, a Administração Pública, ao cumprir as suas vontades, está cumprindo as vontades da lei. Nessa medida, o ato administrativo é um ato típico, pois se ajusta as determinações antecedentemente assentadas na lei. Essa imposição à lei evita que o administrador público aja livremente e seja ilimitado em sua discricionariedade".

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes enfatiza: “a interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.

Parece claro que o texto constitucional somado as regras tradicionais de interpretação é o próprio limitador da atuação do Poder Constituinte Difuso.

Isso tudo corrobora com a ideia até aqui empreendida de relativização constitucional, o alerta para que percebamos que permitir que a CF/88 seja direcionada a revelia do seu próprio texto abre precedente para que os Poderes da República atuem de forma autoritária, definindo de acordo com a conveniência política o que é e o que não direito.

5. IMPORTÂNCIA DOS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS PARA ENFRENTAMENTO DA CRISE

Da mesma forma que alertamos para o respeito a rigidez da CF/88 e aos limites do Poder Constituinte Difuso, chamamos a reflexão para a importância dos mecanismos de estabilização constitucionais aqui já dispostos, quais sejam: intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio.

Os mecanismos democráticos de defesa têm a finalidade de enfrentar períodos de crise e normalizar o estado democrático de direito, o que inclui aí a estabilização social que demande medidas urgentes, como é o caso da pandemia do Covid-19.

Não sobejam dúvidas de qual foi a intenção do legislador constituinte ao definir esses mecanismo, como bem explicou José Celso de Mello Filho (2001, p. 1037):

“A preservação da intangibilidade do ordenamento e da autoridade do Estado, ameaçados por situações de crise político, institucional ou social, constitui o objetivo específicos desses instrumentos jurídicos postos à disposição do Poder Executivo federal. As regras constitucionais em análise instituem direitos públicos subjetivos deferidos ao Estado, que geram, no âmbito da sociedade civil, o status subjectionis, complexo de relações jurídicas que impõem às pessoas deveres, prestações e encargos, a serem por elas cumpridos e observados em benefício da organização estatal. A excepcionalidade dos mecanismos constitucionais de defesa do Estado torna necessariamente transitório o exercício dos poderes extraordinários de que o Executivo, por autorização constitucional, se investe. O status subjectionis, gerado por tais mecanismos, afeta de modo substancial, o regime das liberdades públicas”.

Destarte, é perceptível que a CF/88 se preocupou em estatuir os direitos fundamentais, se preocupou com sua efetividade e se preocupou ainda com sua preservação em tempos de crise.

Os mecanismos aqui estudados asseguram os valores constitucionais maiores, que são extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88), ao contrário disso, permitir que quaisquer dos Poderes limitem os direitos fundamentais fora dos ditames constitucionais é uma forma de ditadura.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões empreendidas até aqui nos levam às reflexões maiores como, por exemplo, a necessidade de uma nova Constituição Federal.

Não estou com isso afirmando que deva ser convocada uma Assembleia Constituinte, contudo, para aqueles que acham que vale tudo juridicamente em tempos de crise, precisam entender que essa não é a vocação da atual Constituição.

Caso essa Constituição não esteja sendo suficiente para o enfrentamento das crises, que crie outra, mas enquanto a CF/88 existir, deve-se a ela o máximo respeito.

Relativizar o texto constitucional é um precedente muito perigoso. Permitir que os Poderes extrapolem as suas competências é um precedente muito perigoso. Como já afirmado, os direitos fundamentais limitam a atuação estatal e as medidas inconstitucionais que estão sendo tomadas estão enfraquecendo essa barreira imposta por tais direitos. Em um ano de pandemia estamos destruindo o simbolismo constitucional forjado ao longo dos séculos.

Reforçamos a ideia de preservação da saúde e da vida humana, voltamos a afirmar que não podemos subestimar o poder devastador do Covid-19, todavia isso não pode ser uma desculpa para que os agentes políticos descumpram a CF/88.

Outrossim, mesmo que a CF/88 seja estritamente cumprida, para estabelecer limitações ao direito de locomoção, faz-se necessário apresentar as evidências científicas, com edição de pareceres e recomendações técnicas para cada realidade local. Por exemplo, é totalmente ilógico apertar o horário de funcionamento do comércio, bem como do transporte público, provocar maior aglomeração durante o dia e decretar toque de recolher a noite, sem apresentação de qualquer parecer dos órgãos de saúde que comprove a eficácia dessas medidas. A ideia deveria ser diminuir a aglomeração e não aumentar, como tem ocorrido na redução do funcionamento do comércio.

Não é o cumprimento da CF/88 que causará mortes, mas sim a negligência daqueles que estão ou deveriam estar à frente das estratégias de saúde pública. A verdadeira causa de tantas mortes na saúde pública no Brasil é anterior ao Covid-19 e chama-se corrupção.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação: atualizado com a LGPD**. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020a.

_____. **Manual Objetivo de Direito Administrativo**. Curitiba: CRV, 2020b.

MELO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 31. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. O cidadão e a construção da democracia no Brasil. **SEMINARIO INTERNACIONAL EN CULTURA DE LA LEGALIDAD: “LOS DESAFIOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XXI” (2017)**. Universidad Carlos III de Madrid. Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ). [Consult. 25/02/2021] Disponível em <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25659>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (672) Distrito Federal**. [Consult. 02/03/2021]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>

