

PARECER

– I –

- 1 O eminente Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais, Dr. MARCOS VINICIUS FURTADO COELHO, requer parecer da Comissão acerca da ADI 2021 intentada pelo Presidente JAIR BOLSONARO, no dia 27 de maio de 2021, e que este colegiado opine sobre a conveniência de o Conselho Federal da OAB ingressar como *amicus curiae*.
- 2 Em relatório, vê-se que a ação direta de inconstitucionalidade foi intentada em face de medidas restritivas denominadas "lockdown" e toque de recolher impostos por alguns estados e municípios devido a novos avanços do coronavírus.
- 3 O "intuito da ação é garantir a coexistência de direitos e garantias fundamentais do cidadão, como as liberdades de ir e vir, os direitos ao trabalho e à subsistência, em conjunto com os direitos à vida e à saúde de todo cidadão, mediante a aplicação dos princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade, da democracia e do Estado de Direito".
- 4 Alega também que os decretos estaduais são autônomos e, por isso, não poderiam tratar da matéria do modo como estabelecido nos diversos Estados e municípios.

– II –

- 5 O caso sob exame não se apresenta complexo. Na verdade, trata-se de easy case, embora trate de questões trágicas que assolam a República.
- 6 Despiciendo relatar a situação dramática e surreal por que passam o país, devendo chegar a meio milhão de mortos nos próximos dias.

- 7 Ainda em março de 2021 o Presidente Bolsonaro acionou o Supremo Tribunal Federal contra decretos do Distrito Federal, da Bahia e do Rio Grande do Sul que estabeleceram medidas mais rígidas de combate à Covid-19, como a restrição de circulação de pessoas, toque de recolher e fechamento de estabelecimentos comerciais.
- 8 Também o STF já decidiu que o fechamento de templos religiosos era um ato lícito e compatível com a Constituição, conforme se viu na ADPF 881.
- 9 Uma pequena parte do voto do Ministro GILMAR MENDES, na ADPF dos Templos (881), resume o quadro fático – e até mesmo jurídico – da presente pretensão do Chefe do Poder executivo:
- 10 Diante da eloquência dos fatos e da gravidade da situação, migra para o domínio do surreal a narrativa de que a interdição temporária de eventos coletivos em templos religiosos teria algum motivo “anti-cristão”. É a gravidade dos fatos também que nos permite ver o quão necessário é desconfiarmos de uma espécie de “bom-mocismo” constitucional muito presente em intervenções judiciais aparentemente intencionadas em fazer “o bem”. Vale, aqui, o alerta de FREDERICK SCHAUER: a Constituição não existe apenas para nos proteger de ilícitos cometidos pelos maus agentes públicos; serve também, a Constituição, para impedir que bons agentes públicos façam coisas que são até boas e desejáveis no curto prazo, mas que depõem contra o interesse público no longo prazo.
- 11 Esse é o ponto: a Constituição também existe para impedir que bons agentes públicos façam coisas que são até boas e desejáveis, mas que depõem contra o interesse público no curto e no longo prazo.
- 12 Assim, os seguintes argumentos se contrapõem à ADI do Presidente da República:

PRIMEIRO: a Suprema Corte, por meio da ADPF 672, com base no art. 21, V, do RISTF, determinou a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, **reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais**, cada qual no

exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; **independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União** para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

- 13 Portanto, já está decidido que os Estados e Municípios têm competência para adotar medidas restritivas – que é o caso esgrimido na ADI sob comento – legalmente permitidas durante a pandemia. A circulação de pessoas pode ser limitada e restringida pelos entes da federação.
- 14 Ainda, na ADIn 6341 MC, o STF reforçou a competência legislativa e administrativa concorrente dos entes federativos na adoção de medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia. Nesta ADIn o STF se debruçou especificamente a respeito dos limites impostos pela nº 13.979/2020 e a subsistência da autonomia administrativa e legislativa dos demais entes federativos, formulando corretamente que “O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal”. Manifestou-se também sobre a preservação do Estado Democrático na edição de tais atos pelos entes, que devem se ater aos seus limites constitucionais, bem como motivá-los.
- 15 O exercício da competência material comum da União, dos Estados e dos Municípios para adotar medidas de saúde (arts. 23, inciso II e art. 30, inciso VII) já é matéria decidida pelo STF.
- 16 Com efeito, como consta do voto do Ministro Gilmar Mendes da ADPF dos Templos, já nos primeiros meses do surto endêmico, o Supremo Tribunal Federal proferiu importantes decisões sobre o tema. Em abril de 2020, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, redator para acórdão Ministro Edson Fachin, assentou-se de forma clara e direta que todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas

sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19. Assim o fez o STF levando em consideração pretensões do governo federal de obstar os Estados e Municípios de adotarem uma das poucas medidas que por comprovação científica revela-se capaz de promover o achatamento da curva de contágio do Coronavírus, qual seja o lockdown – talvez a única disponível num contexto de falta de vacinas. A pretendida obstrução em desfavor dos entes subnacionais seria realizada mediante uma concentração, na figura do Presidente da República, da definição de atividade essencial. Contra ela, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 881-MC/DF 26, reafirmou o dever que todos os entes políticos têm na promoção da saúde pública e, coerente ao federalismo cooperativo adotado na Constituição de 1988, assentou a competência dos Estados e dos Municípios, ao lado da União, para adotarem medidas sanitárias direcionadas a enfrentar a pandemia.

- 17 Mais ainda, é preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.
- 18 O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. ADPF 881-MC/DF 28 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos

termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (ADI 6341-MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 15.4.2020, DJe 271, de 12.11.2020).

- 19 Destaca-se que o art. 3º da Lei 13.979/2020, impugnada naquela ADI, previa como possíveis alternativas a serem adotadas pelas autoridades, no âmbito de suas competências, as medidas de isolamento (inciso I) e de quarentena (inciso II). Percebo, por isso, que a edição da norma impugnada na presente ADPF deu-se em consonância com o quanto decidido na ADI 6341 – MC, e o fato de sua veiculação ter se dado pela forma jurídica do Decreto não muda tal conclusão. Ademais, ainda com o objetivo de preservar a integridade da jurisprudência deste STF, destaca-se que há decisões monocráticas dos ministros deste STF que reconheceram que as restrições de realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas determinadas podem ser determinadas por decretos municipais e estaduais e podem se mostrar medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o enfrentamento da emergência de saúde pública. Em 23.03.2021, o eminente Presidente do STF Ministro Luiz Fux deferiu medida cautelar nos autos do Mandado de Segurança 5.476/PE, para suspender decisões liminares proferidas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco que suspendiam a eficácia do Decreto Estadual nº 50.433, de 15/03/2021, expedido pelo Governador do Estado de Pernambuco. Destaca-se que, nesse caso, as decisões impugnadas fundamentaram-se essencialmente no entendimento de que a restrição ao funcionamento de templos religiosos seria abusiva e inconstitucional. Em face desse argumento, o Ministro Presidente decidiu que as restrições não se mostravam irrazoável, uma vez que restringiam “a realização de atividades religiosas no grau estritamente necessário ao enfrentamento da pandemia da Covid-19 e de modo temporário (entre os dias 18 e 28 de março), prevendo, ademais, meios alternativos de realização de cultos e missas (meio telepresencial)” (Suspensão de Segurança 5476-MC, Rel. Min. Presidente Luiz Fux, Julgado em 22.03.2021, DJe 23.03.2021). Nessa mesma linha, em 06.04.2020, a Ministra ROSA WEBER julgou improcedente reclamação ajuizada pela Igreja Evangélica Assembleia de Deus de Mato Grosso em

face de decisão que, em sede de mandado de segurança, reconhecia a validade do Decreto Estadual nº 432, o qual, em seu art. 3º, inciso XI, proibiu as igrejas de realizarem cultos, missas e qualquer liturgia religiosa. Ao apreciar a questão sob o ângulo dos parâmetros definidos na ADI 6341, a relatora considerou não haver estrita aderência com a decisão atacada, naquilo que “realizou cotejo entre o Decreto Estadual e o Federal para concluir que o Estado, por deter competência suplementar, não teria exorbitado seus poderes ao estatuir norma mais rígida do que aquela emanada pela União” (Reclamação 39.884, Rel. Min. ROSA WEBER, Julgado em 06.04.2020, DJe 17.04.2020). *Ibidem* voto Ministro GILMAR MENDES ADPF 881.

- 20 Essa autonomia, portanto, precisa necessariamente ser mantida, afinal, a pandemia não se desenvolve uniformemente em todo o território nacional e os Estados e Municípios precisam de uma tal autonomia para decidir, fundamentadamente e dentro de seus limites constitucionais, as medidas mais adequadas ao combate da pandemia no estágio em que ela se apresenta no respectivo ente federativo.
- 21 O Governo Federal não pode ter comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Isto é, não pode se valer da própria torpeza ao alegar desproporcionalidade dos Decretos que restringem o exercício de atividades econômicas ou sociais como prejudiciais à subsistência dos brasileiros quando, ele próprio, ao que tudo indica (até mesmo conforme a CPI da COVID) não tomou as medidas que antecipassem a compra e distribuição de vacinas ou sequer incentivo às medidas profiláticas básicas; tal situação sem dúvidas agravou o cenário de pandemia no Brasil.

SEGUNDO: na especificidade dos templos religiosos, o STF já deixou claro que está atendida a proporcionalidade de medidas que tais. Veja-se novamente o voto do Ministro Gilmar:

- 22 Uma ordem constitucional que tutela uma pluralidade de bens jurídicos não pode conviver com pretensões deduzidas cujo efeito prático de eventual acolhimento seja o de tornar absoluto certa situação jurídica (alegadamente apresentada como representativa de um direito fundamental). ADPF 881-MC/DF 30 A propensão dos direitos

fundamentais à colisão dá-se em inescapável contexto de multiplicidade normativa vis-à-vis o princípio da unidade da Constituição, que na espécie requer harmonização (concordância prática), por não se admitir que a incidência de uma norma constitucional anule a normatividade de outra de igual hierarquia.

- 23 E mais :
- 24 No contexto de uma pandemia das dimensões como a que a ora vivenciamos, as controvérsias sobre os limites da juridicidade de restrições ao exercício de direitos fundamentais tornam-se tônicas dos debates constitucionais. As medidas de distanciamento social, a restrição à locomoção e a proibição de reuniões públicas recorrentemente suscitam o questionamento sobre a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em jogo. A principal pergunta que se coloca é, afinal, em que medida o valor normativo atribuído ao direito fundamental à vida e à saúde, cuja proteção historicamente é invocada para justificar restrições desse nível, pode acomodar limitações, por vezes, tão drásticas às liberdades individuais e coletivas. Aqui, temos o claro agravamento de uma problemática ínsita à solução dos conflitos entre direitos fundamentais: a incomensurabilidade das posições em questão. Se, por um lado, essa ordem de ideias obsta que se confira peso máximo ao direito à liberdade religiosa, de modo a justificar a criação de espaços imunes às regras de restrição de circulação de pessoas voltadas ao combate da pandemia; por outro lado, ainda não explica se e até que ponto o poder público pode lançar mão de medidas restritivas à guisa de cumprir o dever inscrito no art. 196, CF/88, a tutela da saúde. Dito de outra forma, as medidas legislativas e administrativas concernentes à promoção da saúde também são propensas a colidir com outras posições jurídicas que refletem direitos fundamentais, e em observância ao princípio da unidade da Constituição devem ser objeto de ponderação com outros bens constitucionais.
- 25 Permito-me a desenvolver a questão também à luz da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e da proibição de proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), tema tocado também no respectivo voto do Ministro Gilmar.

- 26 No caso, os decretos não incorrem em proibição de excesso. Na verdade, se os governadores e prefeitos não tomarem medidas de restrição poderão eles responder por omissão protetiva, incidindo o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Aliás causa estranheza que órgãos como o Ministério Público, que devem proteger os direitos difusos e coletivos, ainda não tenham ingressado com ações visando a impedir que os Estados, Municípios e o próprio poder executivo federal incidam na violação da *Untermassverbot*. Muitas vidas teriam sido salvas se o Direito chegasse antes, compelindo as autoridades a tomarem medidas restritivas, como o próprio lockdown. De novo: a CF – e aqui em especial a *Untermassverbot* – serve para impedir que bons agentes públicos façam coisas que são até boas e desejáveis no curto prazo, mas que depõem contra o interesse público no longo prazo.

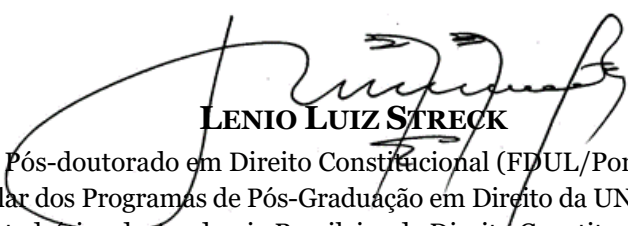
TERCEIRO e último: a alegação formal de que os decretos estaduais são autônomos carece de fundamento. Primeiro, um decreto autônomo não é “autônomo” a partir de um conceito a priori, como aliás nenhum conceito jurídico é. É o caso concreto que estabelece a relação de pertinência e ligação orgânica para com a lei à qual esteja regulamentando.

- 27 Poderia aqui fazer uma lexicografia acerca do conceito “abstrato” de decreto autônomo. O problema é que nem uma lei e nem um conceito tem o condão de abranger de antemão todas as hipóteses de aplicação. Não existem, no direito, a não ser em posturas textualistas, respostas antes das perguntas.
- 28 O conceito de decreto autônomo é dado a partir de sua aplicação, sendo despiciendo, aqui, retornar à tese de que um texto só existe na sua norma (MÜLLER). Ora, se há uma lei federal que trata de um estado de saúde emergencial e há decisão do STF tratando da “cooperação de competências”, esses dos elementos objetivos se constituem como holding para a elaboração de decretos e portarias que regulamentem os diversos aspectos pelos quais os Estados e Municípios tratarão da pandemia. Parece evidente isso.

- 29 Isto é, o exame dos decretos vários deixa claro que a sua dimensão material está intrinsecamente vinculada à Lei que tratou do estado de saúde emergencial. E, se ficassem dúvidas sobre a essa umbilical ligação, basta examinar as decisões do STF que trataram do “federalismo cooperativo” e da clara adequação da proporcionalidade dos atos restritivos de estados e municípios.
- 30 Desse modo, em conclusão, a nova ADI apresentada pelo Presidente da República não traz nenhum argumento que já não tenha sido debatido e decidido de forma fundamentada pelo plenário do STF.
- 31 Por fim, causa estranheza que o Presidente da República utilize argumentos que contrapõem vida e economia. Esses argumentos não jurídicos devem também ser afastados, uma vez que apostam em hierarquização de vidas, como se vidas humanas pudessem ser medidas por critérios utilitaristas, revivendo uma espécie de Dilema do Trem, conhecido de todos. Afinal, “vidas humanas importam”!
- 32 Por tais razões, o parecer é no sentido do ingresso do CFOAB com *amicus curiae*, para sustentar a **improcedência** da citada ADI proposta pelo Presidente da República.

É o parecer.

Porto Alegre, 28 de maio de 2021.



LENIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal)
Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)
Professor Emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)
Advogado – OAB/RS 14.439