

A PANDEMIA DO COVID-19 E OS DESAFIOS PARA O DIREITO

Orgs.

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Ricardo Lupion

Regina Linden Ruaro

Gilberto Stürmer

Paulo Caliendo

Org. Executiva Discente

Fernanda Linden Ruaro Peringer

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –

[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 05

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix; LUPION, Ricardo; RUARO, Regina Linden; STÜRMER, Gilberto; CALIENDO, Paulo. (Orgs).

A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito. SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix, LUPION, Ricardo; RUARO, Regina Linden; STÜRMER, Gilberto; CALIENDO, Paulo. (Orgs), Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

672p.

ISBN – 978-65-87424-14-9



<https://doi.org/10.36592/9786587424149>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

1. COVID-19. 2. Direitos Fundamentais. 3. Jurisdição. 4. Processo.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

1. PANDEMIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: ALGUMAS APROXIMAÇÕES



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-1>

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Resumo

A disseminação do COVID-19 em escala global trouxe consigo uma série de efeitos nefastos impactando as mais diversas searas da vida econômica, social, política, cultural, ambiental, mas também implicando desafios para o Direito, levando inclusive à decretação de estados de exceção constitucional e legal em muitos países. Nesse contexto, o presente texto problematiza e debate, à luz de alguns exemplos, algumas medidas interventivas destinadas ao combate da pandemia e à proteção da vida e da saúde, que, por sua vez, levaram a restrição de outros direitos fundamentais, tecendo, além disso, algumas considerações sobre o processo de radicalização e os extremismos de natureza política e ideológica que se agudizou, ao menos no Brasil, durante a pandemia, tudo somado a uma crise de confiança, que colocam em risco inclusive a Democracia e o Estado de Direito.

Palavras-chave: Pandemia do COVID 19. Direitos Fundamentais. Democracia. Crise.

Abstract

The dissemination of the COVID-19 in global scale was followed by a series of harmful effects, causing impacting several spheres of economic, social, political, cultural and environmental, but also implying challenges for the Law, conducting even to the imposition of constitutional or legal exception states in several countries. In this context, this paper aims to discuss, in light of some examples, interventive measures enacted in order to fight the pandemics and protecting peoples life and health, measures which, on the other hand, imposes restrictions of other fundamental rights. Besides this, some remarks on the process of radicalization and political and

¹ Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS, Desembargador aposentado do TJRS, Advogado e parecerista.

ideological extremism which became particularly acute in Brazil during the pandemics will be made, including the current crises of trust which is putting in risk the Democracy and the Rule of law.

Keywords: COVID-19 Pandemics. Fundamental Rights. Democracy. Crisis.

1 Primeira parte: pandemia, crise e os desafios para os direitos fundamentais e a democracia – primeiras aproximações e delineamento do contexto

À vista da exponencial disseminação do assim chamado “Coronavírus” (COVID-19) em praticamente todo o Planeta e dos seus nefastos efeitos, passados, presentes e futuros, efeitos que, aliás, têm impactado uma gama altamente diversificada de esferas da vida pessoal e coletiva, dos interesses privados e públicos, as reações têm sido igualmente variadas em múltiplos aspectos.

O nosso olhar sobre o fenômeno, pese todas as áreas do Direito serem desafiadas, será o de uma perspectiva jurídico constitucional, destaque dado aos direitos e garantias fundamentais no Brasil, mas necessariamente também ao eventual impacto do contexto político, social e econômico, assim como das medidas restritivas de direitos fundamentais e seu alcance, sobre a Democracia, o Estado de Direito e o funcionamento regular de suas instituições.

É possível afirmar, inclusive, que situações como as quais se está vivenciando, tornam, temporariamente, secundárias milhares de questões e problemas com os quais lida o Direito, deslocando o foco para a necessidade urgente de identificar, avaliar e equacionar centenas de desafios ao direito constitucional.

Como bem colocou o editorial do conhecido *Verfassungsblog* (www.verfassungsblog.com), edição de 20.03.20, diante da falta de ensejo para tanto, muitas perguntas sequer foram (ou muito pouco) objeto de atenção por parte dos juristas, em especial dos constitucionalistas. Ainda de acordo com o referido editorial, um estado de exceção, no sentido genérico, tido como um estado de anormalidade e risco coletivo, que impacta o funcionamento regular das instituições públicas e da vida social e econômica), “não opera apenas como o quadro, mas também é o objeto de nosso agir: nada é mais problemático e complicado. A exceção à normalidade pacífica, nesse contexto, refere-se, ao fim e ao cabo, às competências, procedimento e limites

de decisões coletivas vinculantes: dito de outro modo, ao direito constitucional e sua validade e eficácia”².

Precisamente essa assertiva nos remete ao que talvez seja o principal e mais urgente problema e desafio do ponto de vista constitucional (que as medidas emergenciais do primeiro enfrentamento em termos de saúde pública são prioritárias resulta evidente!), designadamente, a defesa e manutenção, inclusive o fortalecimento, da Democracia e de suas instituições, e do Estado de Direito. Sem isso, a proteção dos direitos fundamentais e dos princípios estruturantes do nosso Estado Democrático de Direito está colocada em sério risco, até mesmo pelo fato de inexistir Estado Democrático de Direito sem direitos e garantias fundamentais, do mesmo modo que na ausência ou grave comprometimento desses implode a ordem constitucional democrática.

Portanto, já por tais razões, mais do que justificável que nos dediquemos, no contexto desse quadro geral, ao que temos (ainda) de mais precioso e que foi conquistado com a democratização do nosso País, mediante a promulgação, em 5.10.88, de nossa mais democrática Constituição Federal.

Estabelecendo aqui um vínculo direto e umbilical com a teoria geral dos Direitos Fundamentais, verifica-se que a principal fonte de violações está relacionada ao fato de que tanto as medidas engendradas e concretamente aplicadas, ainda que com o escopo de proteger a saúde e vida da população, quanto omissões, envolvem restrições aos direitos e garantias do cidadão, seja no sentido de uma intervenção constitucionalmente ilegítima no seu âmbito de proteção, seja em virtude da ofensa ao dever estatal de proteção suficiente, figuras que aqui não iremos desenvolver, inclusive por se tratar de ponto a ser abordado em outras colunas.

O ponto nodal da questão, contudo, como, aliás, amplamente conhecido, não é o fato corriqueiro da restrição a direitos, característico e indissociável do dia a dia da vida numa sociedade politicamente organizada, mas sim, a sua legitimação jurídico-constitucional, que parte do pressuposto (essencial ao Estado Democrático de Direito), de que os fins não justificam o uso de todo e qualquer meio e da conexa (mas não idêntica) proibição de arbítrio.

A questão se agudiza e se torna particularmente ameaçadora quando se busca instrumentalizar o estado de anormalidade e crise, utilizando-o como pretexto para

² Tradução livre do signatário.

captar a simpatia e angariar apoio popular e político, de modo a arrancar a fórceps, sob o manto da legitimidade constitucional, a autorização para a decretação – no caso brasileiro, de um estado de defesa ou mesmo de um estado de sítio – situações nas quais, durante a sua vigência, uma série de fortes restrições a direitos e garantias fundamentais da população pode ser autorizada.

Sabe-se, por outro lado, que situações de grave crise e instabilidade, mormente quando em cheque a saúde e a vida, autorizam – e isso mesmo ausente decretação formal de qualquer um dos estados de exceção constitucional previstos na CF, a tomada de medidas mais rigorosas, que, por sua vez, implicam a restrição, em nível mais acentuados, de alguns direitos e garantias fundamentais, tudo condicionado também a um controle igualmente mais vigilante de sua consistência jurídica e dos respectivos critérios. Aliás, é o que, por ora, se está verificando também entre nós, o que, é bom frisar, não quer dizer que todas as providências sejam constitucionalmente (mas também legalmente) corretas, convocando os atores responsáveis à sua fiscalização, que poderá levar à sua supressão ou reformatação.

Tal constatação, ao invés de sugerir que decretar um estado de sítio ou de defesa é, ao fim e ao cabo, trocar “seis por meia dúzia”, indica justamente o contrário: os referidos estados de exceção constitucional só podem ser legitimamente instaurados quando for manifestamente inviável dar conta da gravidade dos problemas pelas vias até então levadas a efeito.

Além disso, mesmo que se trate de uma típica hipótese autorizativa da decretação de um estado de exceção constitucional pelo menos três diretrizes se impõe: a) a rigorosa observância dos critérios materiais e procedimentais inscritos na CF; b) que o conteúdo e alcance das medidas previstas e impostas seja consistente com a máxima da interpretação restritiva das medidas restritivas, aqui ainda mais rigoroso, no sentido de uma *ultima ratio*; c) que o estado de sítio, tal qual disposto no artigo 137, somente possa ser decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, ou então quando declarado o estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira;

Basta, portanto e por ora, uma mera leitura do texto constitucional para que se perceba a absoluta impossibilidade da decretação de um estado de sítio antes de esgotadas as alternativas anteriores, já referidas.

Qualquer apelo público, tanto mais a proposição formal de um pedido de autorização para a instalação de um estado de sítio, por si só já corresponde a uma ofensa aos mais elementares valores e princípios de um Estado Democrático de Direito e, no caso brasileiro, frontal, inequívoca e inadmissível violação da CF.

De todo modo, feita a advertência, é a constatação de que, após algumas proposições formuladas na fase inicial da pandemia, afirmando eventual possibilidade/conveniência da instauração do estado de defesa (e mesmo do estado de sítio), acabou por prevalecer – pelo menos quanto a tal questão – o bom senso, resolvendo-se o problema com a decretação do estado de calamidade pública, seja na esfera nacional (União), seja ao nível dos demais entes da federação.

Isso, contudo, não quer dizer que não se esteja a vivenciar um estado de anormalidade e mesmo de exceção, inclusive em termos constitucionais, em virtude do problema, por si só já gravíssimo, da pandemia que grassa no Brasil e em todo o mundo e das inúmeras medidas tomadas desde a decretação do estado de calamidade pelo Congresso Nacional, mediante a edição do Decreto Legislativo nº 6, de 20.03.2020, atendendo requerimento do Governo Federal.

É que, paralelamente à calamidade pública da pandemia e as imensas dificuldades no tocante à sua contenção e superação, o Brasil passa por uma crise política e econômica altamente explosiva, que, embora tenha iniciado há alguns anos, alcançou níveis praticamente sem precedentes equiparáveis desde os primeiros anos da Década de 1990. A gravidade, contudo, do quadro atual, é maior e mais preocupante, visto que nos anos mais difíceis de instabilidade econômica e em parte também política (agudizada na breve “Era Collor” e sua implosão) referidos, não se verificaram, em termos quantitativos e em intensidade, tantas manifestações contra as instituições democráticas, e, em especial, em prol de uma intervenção militar.

Nesse contexto, a pergunta elementar é precisamente, se e em que medida, reuniões e manifestações públicas e mesmo, em termos gerais, o exercício da liberdade de expressão, podem ser utilizadas para atacar frontalmente a instituição que é, numa democracia representativa, o seu órgão mais importante, e mesmo a instituição que exerce, igualmente legitimada pela ordem constitucional, a função de garantir as próprias regras do jogo democrático (devido processo legislativo, direitos políticos, etc.) e os direitos e garantias fundamentais em geral, sem os quais, por sua vez, inexistem um Estado Democrático de Direito que possa ostentar esse rótulo.

Outro ponto aqui focado, diz respeito às possibilidades e limites de intervenção no processo, operando de modo a coibir abusos na fruição das liberdades comunicativas, pelo Poder Judiciário, aqui representado pelo seu órgão de cúpula e guardião da Constituição, o STF.

Parte II – O STF como guardião da democracia e garante das liberdades de reunião e expressão?

Considerando a verdadeira avalanche de casos levados ao STF e decididos desde a decretação do estado de calamidade em nível nacional, bem como a miríade de temas discutidos, resulta absolutamente impossível tratar de todos, inclusive daqueles que envolvem diretamente a proteção de direitos e garantias fundamentais, em especial, contudo, quando se trata de avaliar a legitimidade constitucional de intervenções restritivas pelo poder público, seja por ação, seja mesmo por omissão.

De outra parte, visto que sempre que se estiver diante de violações de direitos fundamentais, mas também de suas restrições e seu controle, de algum modo também está em causa a própria Democracia e o Estado de Direito, o que se busca aqui é ilustrar o problema à luz de dois exemplos, sobre os quais já houve manifestação do STF, em plena vigência do estado de exceção legislativo e fático vivenciado por ocasião da pandemia do COVID-19, vulgo coronavírus.

Nessa toada, é de se invocar aqui, o Inquérito – cuja abertura foi requerida pela Procuradoria-Geral da República - autorizado pelo Ministro Alexandre de Moraes, no bojo do qual se investiga atos em favor do AI-5 e do fechamento das instituições, republicanas, destaque para a verificação da existência de organizações e esquemas de financiamento de manifestações contra a democracia.

Note-se que na fundamentação da decisão foi apontado que a CF proíbe o financiamento e a propagação de ideais contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), tampouco permitindo a realização de manifestações objetivando a destruição do Estado de Direito, mediante a superação de limites materiais ao poder de reforma constitucional, que constituem o núcleo substancial do dos princípios democrático e republicano, como é o caso do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação de poderes e dos direitos e garantias

fundamentais (CF, artigo 60, parágrafo 4º), ainda mais quando com isso se pretende ainda sustentar a instauração de um regime autoritário.

Além disso, a decisão referiu serem inconstitucionais, por não cobertas pelo manto protetor da liberdade de expressão, condutas e manifestações destinadas à aniquilação do pensamento crítico essencial a uma ordem democrática, assim como àquelas que pregam a violência, o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais.

À vista do Inquérito que tramita na Suprema Corte brasileira, e como (pelo menos aparente) contraponto e mesmo eventual contradição, assume ainda maior relevo a medida cautelar na petição 8.830-DF, formulada pelo líder do PT na Câmara dos Deputados, decidida pelo Ministro Celso de Mello, em 07.05.2020, onde se buscava a interdição de carreata/manifestação em Brasília marcada para o dia 08.05.20.

De acordo com o autor da petição, cujo conteúdo aqui se transcreve em parte, extraído do relatório do prolator da decisão:

“Com efeito, circula nas redes sociais do autodenominado ‘Comandante Paulo’, uma convocação de todo o povo brasileiro para estarem presentes em Brasília, no dia 08 de maio de 2020 (amanhã), com previsão de arregimentação de 300 caminhões e respectivos ocupantes, além de militares da reserva, civis, homens, mulheres e crianças. Segundo o vídeo de convocação divulgado, o objetivo do comboio e dos manifestantes será o de ‘dar cabo a essa patifaria estabelecida no País e representada (a patifaria) por aquela casa maldita do Supremo Tribunal Federal – STF, com seus 11 (onze) ‘gângsteres’, que têm destruído a Nação’. Trata-se de fato gravíssimo e que vem se somar às condutas, reiteradas já há alguns anos e com mais ênfase nos últimos meses, de um bando de celerados e acéfalos, reunidos em grupos de iguais, que estão promovendo, em todo o País e em Brasília (como as ações antidemocráticas investigadas em Inquérito da relatoria de Vossa Excelência), uma série de atos e ações inconstitucionais que objetivam, numa toada de aniquilação de Poderes (Legislativo e Judiciário) e supressão de garantias fundamentais, anular as conquistas democráticas tornadas realidades com a Constituição Federal cidadã, promulgada em 1988.” (grifei)

Pese o conteúdo das manifestações narradas e a existência do Inquérito acima referido, o pleito não foi conhecido, dada a incompetência da Suprema Corte para examinar a matéria, pelo fato de não se referir a investigação solicitada a qualquer pessoa ou autoridade com prerrogativa de foro perante o STF.

O que aqui se impõe seja destacado, e por isso a relevância da decisão, é que embora pudesse ter o seu prolator, Ministro Celso de Mello, se limitado ao não conhecimento, foram tecidas considerações importantes sobre o mérito do pleito, deixando claro que caso fosse conhecido e julgado, o resultado seria o seu rechaço, por frontal violação da liberdades de reunião e de manifestação e expressão consagradas na CF (artigo 5º, incisos XVI, IV e IX, respectivamente) e no direito internacional dos direitos humanos, designadamente na Declaração Universal da ONU, de 1948 (artigos XIX e XX), no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (artigos 19 e 21) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 13 e 15).

Dentre os argumentos invocados no seu voto, o Ministro Decano da Suprema Corte brasileira, além de invocar importantes precedentes, anotou:

“...Vê-se, portanto, que o direito de crítica e o direito ao dissenso – desde que não resvalam, abusivamente, quanto ao seu exercício, para o campo do direito penal, vindo a concretizar, em virtude de conduta desviante, qualquer dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, encontram suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, mesmo que de sua prática possam resultar posições, opiniões ou ideias que não reflitam o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou que, até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade (...). O pluralismo político (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) exprime, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes do Estado democrático de Direito! É o que expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a própria Constituição da República. É por isso que se mostra frontalmente inconstitucional qualquer medida que implique a inaceitável “proibição estatal do dissenso” ou a livre manifestação do pensamento” (grifos do original mantidos).

No tocante à posição adotada pelo Ministro Celso de Mello – *que aqui saudamos como correta e serena, ainda mais dadas as circunstâncias!* -, esta não chega a surpreender, porquanto a despeito da intensidade das palavras direcionadas ao STF e seus integrantes, que no mínimo, em parte, permitiriam um enquadramento, em tese, na figura típica da injúria (a ser investigada e processada no foro próprio), o mais antigo Magistrado em atividade na Suprema Corte, se manteve fiel a seus próprios precedentes, incluindo o multicitado caso da “marcha da maconha”, assegurando, em regra, posição preferencial às liberdades de reunião e expressão.

Tal entendimento, por sua vez, guarda estreita sintonia com a jurisprudência dominante formada pelo STF, em especial desde o julgamento da ADPF 130, relatada

pelo então ainda Ministro Carlos Britto e julgada em 30 de abril de 2009, que considerou não recepcionada pela CF a antiga lei de imprensa editada sob a égide do regime militar, do que dão conta, na sequência, outros julgamentos como o desnecessidade de prévia autorização do biografado em vida (ADI 4.815/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10/06/2015), da classificação etária apenas indicativa para a assistência de espetáculos, filmes, etc. (ADI 2.404/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 31/08/2016), da liberação do humor (mas proscrição – embora em alguns votos apenas - das assim chamadas *fake news*) na campanha eleitoral (ADI 4.451/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 21/06/2018) e mesmo da confirmação da decisão tomada em 2018, por ocasião do processo eleitoral, no sentido da ilegitimidade constitucional do ingresso por força policial em estabelecimentos de ensino para conter protestos e promover buscas e apreensões (referendo da liminar na ADPF 548/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 31/10/2018)

Da mesma forma, é este é um dos pontos a serem aqui sublinhados, não existe contradição (pelo menos por ora) entre a decisão do Ministro Alexandre de Moraes, no Inquérito já referido, e a do Ministro Celso de Mello, visto que no primeiro caso o que está em causa é a investigação da existência de atos diretamente atentatórios à própria democracia, caracterizados (a título de justificação adequada para a decisão) pelo apelo à intervenção militar, apoio ao AI-5, um dos mais autoritários (se não o mais violento) tomados pelo regime militar na sua pendência contra as instituições democráticas, para além do golpe de 1964 em si e outros desdobramentos.

O mesmo, contudo, não se verificou em julgado posterior sobre a liberdade de reunião (RE 806.339/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/12/2018), ora anotado, pois o caso concreto que deu ensejo à petição não conhecida pelo STF, ainda que alinhado, no pedido, a outras como as investigadas no inquérito, não teve por objeto manifestação específica e diretamente voltada à reinstalação de uma ditadura militar, nem, neste caso, ao fechamento do Congresso Nacional, embora o tom mesmo beligerante assacado contra a Suprema Corte.

É claro, outrossim, que não se pode, como igualmente referido, ter como insustentável uma exegese que vislumbre também no caso decidido pelo Ministro Celso de Mello uma afronta – ademais de uma possível injúria contra as pessoas dos Ministros – a uma instituição que, independentemente da crítica que se possa querer

proferir contra o seu modo de operar, suas decisões individualmente consideradas, etc., consiste no esteio institucional destinado a assegurar a garantia efetiva do cumprimento da constituição e da efetividade dos direitos fundamentais.

Embora essa é apenas uma leitura possível, de tal sorte que, à vista de diversas alternativas de interpretação do conteúdo do discurso impugnado e das circunstâncias, há de prevalecer aquela mais favorável e garantidora das liberdades comunicativas tão caras e essenciais à própria existência, em termos materiais, da democracia, o que, por sua vez, corresponde ao postulado da posição preferencial (embora não absoluta, como bem referido no próprio voto do Ministro Celso de Mello) da liberdade de expressão e o da interpretação restritiva de eventuais restrições.

Parte III – Notas finais

Ao fim e ao cabo, o que se pode ousar afirmar, é que no tocante ao seu papel de guardião das liberdades fundamentais, designadamente das liberdades comunicativas, o STF tem se mostrado (pese alguma decisão isolada monocrática ou voto divergente mais controverso) firme, atuando de modo tempestivo mesmo em circunstâncias tempestuosas, com o que não se está a afastar a necessária vigilância relativamente a decisões judiciais que eventualmente extrapolem da esfera de competência que as legitimam e limitam.

De outra parte, por mais crucial que seja tal vigilância e presença, que, em tempos de grave instabilidade se torna ainda mais imperiosa, sem um pacto geral, entre todas as esferas de poder político e dessas com a sociedade civil pela manutenção do regular funcionamento das instituições democráticas e republicanas, ademais das exigências do Estado de Direito, essa seguirão postas em cheque e submetidas a grave risco.

Aliás, a experiência histórica já o demonstrou inúmeras vezes, que sem vontade de e para a Constituição – v. a conhecida exortação de Konrad Hesse – que, ao mesmo tempo, representa uma vontade de e para a Democracia e o Estado de Direito, nem o direito constitucional e nem o Poder Judiciário poderão cumprir com o seu papel. Pior do que isso, sequer as instituições democraticamente legitimadas pelo sufrágio terão condições de resistir à força bruta.

Por isso mesmo é que uma ordem democrática que pretenda perdurar deve manter suas instituições fortalecidas e sustentadas pela confiança da cidadania, o que, por sua vez, somente será possível se tais instituições se mostrarem dignas dessa fidúcia.