



## REFLEXÕES INICIAIS SOBRE POSSÍVEIS EXCESSOS DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

Tâmis Hora Batista Fontes Couvre<sup>1</sup>  
Míriam Coutinho de Faria Alves<sup>2</sup>  
Kelly Helena Santos Caldas<sup>3</sup>

### RESUMO

O artigo pretende contribuir para reflexão acerca dos recentes atos normativos proferidos pela Administração Pública brasileira, na luta contra a Pandemia da COVID-19. Estar-se-ia disfarçando atos opressores sob o manto da proteção da saúde pública? Seriam parte da estratégia dos governos contemporâneos para manutenção do poder? Esses questionamentos serão ampliados, sem a pretensão de esgotar a discussão ou trazer respostas definitivas. Ademais, a pesquisa se limitou a atos administrativos emanados em fevereiro e março de 2020. A metodologia utilizada foi a qualitativa de caráter fenomenológico, com emprego de pesquisa bibliográfica em livros, artigos, legislação e matérias jornalísticas sobre a temática.

**Palavras-chave:** Administração. Poder normativo. COVID-19. Agamben. Estado de Exceção.

### INITIAL REFLECTIONS ON POSSIBLE EXCESS OF THE NORMATIVE POWER OF THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION IN PANDEMIC TIMES (COVID-19)

### ABSTRACT

The article aims to reflect on the recent normative acts of the Brazilian Public Administration, in the fight against the COVID-19 Pandemic. Are you disguising oppressive acts under or public health protection mantle? Would it be part of contemporary governments' strategy to maintain power? These questions will be extended, without the intention of exhausting the discussion or bringing final answers. Moreover, the research is limited to administrative acts issued in February and March 2020. Furthermore, the phenomenological qualitative methodology was used, with bibliographic research in books, articles, legislation, and journalistic articles about this subject.

**Keywords:** Administration. Normative power. COVID-19. Agamben. Exception state.

## 1. INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). Servidora Pública Federal (UFS). E-mail: tamis.hora@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da UFS. Pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). Membro Honorária da Rede Brasileira de Direito e Literatura. E-mail: miriamfaria2002@yahoo.com.br.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do grupo de pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). Advogada. E-mail: kellycaldas.contato@gmail.com.





A democracia, tida como base dos sistemas políticos contemporâneos, desde então permanece incansável no objetivo de afastar qualquer mecanismo introduzido nas Cartas Constitucionais que possa significar uma afronta à supremacia dos direitos fundamentais. Nessa zona de risco, o estado de exceção representa preocupante ameaça, uma vez que sua conservação em constituições fundadas no seio da democracia, tem se mostrado como evidente paradoxo.

A possibilidade de estar prevista na legislação uma medida (por meio de ato administrativo) capaz de instaurar um estado de exceção no país é, por um lado, forma efêmera de garantir a ordem institucional em situações excepcionais e, por outro lado, um risco à sustentação de um jovem sistema democrático, como é o caso do Brasil.

Atualmente, o novo coronavírus que causa a doença COVID-19 vem sendo disseminado a passos largos, enquanto os governos dos países afetados buscam solução em medidas excepcionais. Neste artigo será abordado o poder normativo da Administração diante do contexto de Pandemia instaurado pelo coronavírus, bem como será exposta a conceituação e peculiaridades do estado de exceção, a fim de propor uma reflexão centrada e razoável acerca dos excessos que a Administração Pública porventura está cometendo no Brasil.

A pesquisa se limitou aos atos administrativos emanados em fevereiro e março de 2020, tendo em vista a atualidade do tema no âmbito brasileiro. A metodologia utilizada foi a qualitativa de caráter fenomenológico, com emprego de pesquisa bibliográfica em livros, artigos, legislação e matérias jornalísticas acerca da temática.

Destarte, para garantir a integridade da democracia em períodos de grave crise nacional, o papel da sociedade civil mostra-se estritamente necessário. Para lidar com esta situação de modo efetivo, os governos necessitam da cooperação dos cidadãos, que não podem aceitar de modo algum a supressão total dos direitos e garantias constitucionais.

## **2. O PODER NORMATIVO E A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a separação dos Poderes da União, harmônicos e independentes, seguindo o ideal proposto por Locke e Montesquieu e



atrelada a um sistema de controle, com freios e contrapesos, a fim de proteger o povo daquele que, monopolizando o poder político, abusasse de suas prerrogativas (MALDONADO, 2003).

A limitação do poder político justifica, então, a doutrina da separação de poderes. E com ela, houve atribuição de competência normativa a todos os Poderes da União: Executivo, Legislativo e Judiciário; com as graduações necessárias ao melhor exercício do interesse público e dos princípios fundamentais que norteiam a Carta Maior.

Competência normativa nada mais é do que a capacidade de criar normas que regulam a conduta humana. Tomando os ensinamentos de Eros Grau (2014, p.238), a normatividade pode ser encarada como gênero, cujas espécies seriam divididas em: competência legislativa (criar normas através do processo legislativo); competência regimental (criar regimentos de âmbito interno) e competência regulamentar (criar regulamentos às leis). Partindo dessas espécies, reforça-se a existência de competência normativa em todos os Poderes da União e não apenas no Poder Legislativo.

Contudo, para nos ater ao tema discutido neste texto, falaremos apenas da competência normativa atribuída ao Poder Executivo (Administração Pública). Sendo assim, a competência normativa atribuída ao Poder Executivo pode se dar de duas formas, através do: poder regulamentar e poder normativo.

Essas formas poderiam ser tomadas como expressões sinônimas, considerando que a Administração utilizará este poder para expedir atos normativos como um todo (decretos, resoluções, instruções normativas, portarias etc.). Por outro lado, resta evidente no próprio texto constitucional a autonomia entre poder regulamentar e poder normativo. As expressões não seriam sinônimas, justamente porque possuem âmbitos de atuação diferentes e bem delimitados pela Carta Magna (1988).

## 2.1 PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há que se reconhecer a maior amplitude do poder normativo (gênero), que designa o poder de toda a Administração Pública expedir atos administrativos de cunho normativo, inclusive regulamentos. Enquanto o poder regulamentar (espécie) serve tão-somente para designar o poder do Chefe do Executivo em expedir regulamentos a fim de complementar o sentido de alguma legislação infraconstitucional.



Quanto aos agentes do Poder Executivo que exercerão, de fato, a competência normativa, a Carta Maior (1988) atribui poderes exclusivos ao Chefe do Poder Executivo de emissão de normas primárias (artigos 62 e 68 da CF/88) tais como Medidas Provisórias e Leis Delegadas; e, secundárias (art. 84, IV da CF/88) como Regulamentos/Decretos. sendo que ambas não podem inovar o ordenamento jurídico ou tratar de matérias protegidas pelo manto da reserva legal.

A permissão constitucional ao Poder Executivo para criar regulamentos (normas gerais e abstratas) por meio de Decretos possui, em verdade, caráter de “dever”, pois além de viabilizarem a fiel execução às leis (administrativas) vigentes, estes regulamentos são imprescindíveis para que se trate uniformemente todos os indivíduos que se relacionem com a Administração Pública, em nome do princípio da igualdade (art. 5º, CF/88).

Com relação aos demais agentes normativos (autoridades públicas) integrantes do Poder Executivo, existe a previsão na Constituição (1988), a possibilidade de manifestação do poder normativo através da expedição das Portarias, Resoluções; Instruções (Ministros de Estado); Ordem de Serviço (chefe de repartição); Regimento Interno (órgãos colegiados); entre outros, desde que vinculadas às leis vigentes ou aos regulamentos expedidos pelo Chefe do Executivo.

A previsão do exercício de competência normativa primária ao Poder Executivo está limitada às hipóteses constitucionais citadas acima e não há possibilidade de delegação de outras hipóteses ao mesmo, pelo Poder Legislativo, segundo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) em seu artigo 25, pois a Constituição Federal (1988) quis vedar delegações legislativas, no esforço da consolidação do estado Democrático de Direito numa Democracia representativa.

A despeito da vedação de delegações, o artigo 25 do ADCT permite a manutenção daquelas efetivadas por lei antes da Constituição de 1988, mantidos os limites à época impostos (CARDOSO, 2006, p. 161), hipótese que enquadra a atuação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil.

No entanto, a prática administrativa diária demonstra uma necessidade de transferência desse poder normativo às entidades tecnicamente mais capazes como por exemplo: os Conselhos profissionais, as Agências Reguladoras, entre outros atores administrativos, o que esbarra no impedimento constitucional.



Sobre essa realidade prática é que gira uma discussão doutrinária importante, a partir da ciência política, muitas vezes levada ao Poder Judiciário, porém como não faz parte do foco desse estudo, resta aqui apenas registrar que o exercício de competência normativa por integrantes do Poder Executivo, “muito embora se acatasse a impossibilidade de delegação legislativa, sempre ocorreu com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, ao dar, em cada caso concreto, interpretação elástica ao poder regulamentar ou normativo” (CARDOSO, 2006, p. 159).

Sendo assim, resume-se que, apesar de possuírem caráter abstrato e geral, os atos administrativos praticados pelos agentes do Poder Executivo se diferenciam das leis por não inovarem no ordenamento jurídico. E, é claro que a Administração conta com certa liberdade para escolher qual a melhor forma de dar cumprimento à lei e seus atos normativos terão conteúdos diferentes das leis que os embasam, porém esse conteúdo não pode inovar à ordem jurídica vigente.

## 2.2 DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A liberdade através da qual a Administração Pública exerce seu poder normativo e regulamentar é decorrente da Discricionariedade Administrativa. A discricionariedade serve ao administrador tanto na edição de atos concretos e individuais, quanto na edição de atos normativos gerais e abstratos, no exercício do poder normativo da Administração, aqui discutido.

Falar a Administração Pública está agindo com discricionariedade não significa dizer que estaria rasgando a Constituição Federal ou a lei da qual advém o ato administrativo discricionário, muito pelo contrário, o administrador deve seguir a ordem jurídica e pautar sua margem discricionária nos critérios de conveniência e oportunidade, fazendo um julgamento de mérito (opção política para atingir a finalidade pública). Caso o agente da Administração se manifeste dos limites legais poderá ser responsabilizado pelo excesso ou desvio de poder.

Nesse toar, cumpre ainda diferenciar o juízo lógico empregado pelo Poder Executivo daquele empregado pelo Poder Judiciário em suas decisões. Ora, conforme visto acima e reforçado por Eros Grau em “O direito posto e o direito pressuposto” (2014), a atuação do Poder Executivo carrega em si a discricionariedade para tecer sua formulação de “juízo de oportunidade”, ficando a cargo do Poder Judiciário os “juízos de legalidade”.



Assim, não há possibilidade de o juiz ser possuidor de discricionariedade por interpretar e aplicar normas, já que ao juiz cabe formular juízos de legalidade em que possui a faculdade de escolher uma dentre as várias possibilidades de interpretação, aplicando uma decisão mais adequada ao caso em concreto, e acrescenta que:

[...] a superação da indeterminação (o preenchimento)” dos “conceitos indeterminados” (vale dizer, das noções) opera-se no campo da interpretação, não no campo da discricionariedade; importa a formulação de juízo de legalidade, não de juízo de oportunidade (GRAU, 2014, p. 213 e 214).

Ademais, quanto ao exame e controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, só devem ocorrer para análise de desvio ou abuso de poder ou de finalidade, a fim de se efetivar o juízo de legalidade do ato praticado, onde o Judiciário apenas verifica se o ato é legal e proporcional, dentro da permissão legal conforme doutrina majoritária. Já a Administração Pública, quando atua, utiliza-se da razoabilidade. Assim, para Eros Grau, “proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do direito, e não princípios” (2014, p.219 e 221).

Conclui-se, então, que a discricionariedade do ato é uma faculdade atribuída à Administração Pública, pela lei (como juízo de oportunidade) enquanto ao Poder Judiciário incumbe o exame do ato em si, no que diz respeito a sua correlação com a lei, ou seja, meramente um juízo de legalidade. Logo, após restarem consolidados os conceitos de poder normativo, poder regulamentar e discricionariedade da Administração Pública, passa-se agora ao estudo sobre estado de exceção no cenário atual.

### **3. ESTADO DE EXCEÇÃO NO COMBATE AO INIMIGO GLOBAL E INVISÍVEL**

Ao apagar das luzes de 2019, dia 31 de dezembro, foi descoberto um novo agente do coronavírus que passa a infectar humanos, provocando a doença que se denominou: COVID-19. Os primeiros casos registrados foram na cidade de Wuhan, na China. Como o ser humano nunca teve contato com esse vírus, ainda não produziu imunidade ou vacinas e está sofrendo as consequências de um inimigo perigoso e invisível, que causa uma infecção pulmonar. Contudo, também há divulgação de casos mais leves, que implicam tão-somente sintomas de um resfriado comum ou uma gripe leve (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Sim, o momento é de preocupação com a manutenção da vida e da saúde de todos, a situação é excepcional e medidas protetivas devem sacrificar alguns direitos fundamentais, no



entanto, a atenção deve estar redobrada, no que diz respeito à fiscalização dos atos normativos de contenção da doença por meio dos governantes.

### 3.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITUAÇÃO SOBRE ESTADO DE EXCEÇÃO

A expressão “estado de exceção” foi relacionada com o poder soberano de forma essencial por Carl Schmitt, quando este expôs sua célebre frase “Soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção” (SCHMITT, 1988, p. 15). A decisão vislumbrada por Schmitt expõe que a manutenção do Estado em si é superior à validade de suas próprias leis, pois “[...] o Estado subsiste enquanto o direito recua. A situação excepcional é sempre coisa que não uma anarquia e um caos, e é por isso que no sentido jurídico sempre subsiste uma ordem, apesar de tudo, nem que seja uma ordem que não é de direito” (SCHMITT, 1988, p. 22).

Sendo assim, no estado de exceção tem-se “o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa” (AGAMBEN, 2004, p. 58).

A materialização do estado de exceção se deu com a Assembleia Constituinte francesa em 1791, sob o nome de estado de sítio, traçando um quadro geral para a suspensão da ordem jurídica em “casos extremos” (CARDOSO, 2010, p. 113). Anos mais tarde, dispositivos semelhantes foram inseridos na Alemanha, Suíça, Itália, Reino Unido e EUA.

Sendo assim, é crível conceber que o estado de exceção não nasceu do absolutismo do séc. XVI e XVII, nem no totalitarismo do séc. XX, mas possui sim raízes na França do século XVIII, primórdios revolucionários do Estado Democrático, onde o estado de sítio foi caracterizado numa suspensão provisória dos direitos individuais dos cidadãos como única forma de garantir a cidadania.

Ora, ao contrário que já havia sido experimentado na civilização mundial (Monarquia/Absolutismo, por exemplo) apenas numa Democracia haveria campo fértil para relativização da legalidade e permissão de que normas atingissem tal estágio em que a partir da manifestação de vontade do chefe do Poder Executivo se concretiza uma situação excepcional.



Com o tempo, esse estado de exceção previsto na Constituição francesa foi se expandindo e, hoje, ocupa a vida civil, com o objetivo de assegurar a ordem, afinal o soberano possui a prerrogativa de instaurar a exceção a fim de manter a própria ordem.

A ideia de se recorrer a um mecanismo antidemocrático, utilizado para restabelecer a ordem social, causou desde o seu surgimento imensa desconfiança. Todavia, foi na Alemanha que o estado de exceção afrontou acintosamente o sistema democrático quando, no início do século XX, durante a República de Weimar, seu emprego possibilitou a ascensão de um regime totalitário (Estado Nazista) através do “Decreto para a proteção do povo e do Estado”, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais.

No Brasil, a Constituição de 1988, que nasceu no seio dos direitos fundamentais, manteve o mecanismo do estado de exceção, como nos tempos de outrora, descrito por meio de seus artigos 136 e 137, ao tratar do “estado de defesa” e de “estado de sítio”, respectivamente:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para 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.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio [...].

De acordo com a transcrição acima, na vigência do estado de defesa, somente poderão ser restringidas as previsões do art. 5º, XII (sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas), XVI (direito de reunião) e LXI (exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente). Já durante a vigência do estado de sítio, poderão sofrer restrições tão somente (CF, art. 139) as previsões do art. 5º, XI (inviolabilidade domiciliar), XII (sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas), XVI (direito de reunião), XXV (direito de propriedade), LXI (exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente) e também o art. 220 (liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação).

No plano infraconstitucional há previsão do estado de calamidade pública (art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal). Todos consistem em mecanismos excepcionais para situações de crise, entretanto, o estado de sítio é o mais amplo, pois poderá restringir todas as garantias constitucionais, desde que presentes três requisitos constitucionais, quais sejam: a





necessidade de efetivação da medida; a deliberação por parte do Congresso Nacional no momento de autorização da medida; e, a previsão expressa dos direitos restringidos no decreto presidencial (CF, art. 138, caput, c/c. 139, caput).

O grande risco, todavia, não está na possibilidade de aplicação ou se pode ser evitado, mas sim na aplicação irregular de tais mecanismos (estado de defesa e estado de sítio), que deve ser fiscalizada com a intervenção do poder judiciário para sanar possíveis supressões de liberdades e garantias alheias aos ditames constitucionais.

Contudo, faz-se novo questionamento: A gestão do Estado diante de uma situação excepcional se daria de forma mais independente? Os atos normativos da Administração Pública podem, então, contrariar as regras vigentes sob o pretexto de preservar as mesmas normas ou de preservar a Democracia? O fato é que o estado de exceção transita pela legalidade, diante de situações eivadas de necessidade.

Nesse toar, diferenciam-se os períodos de ditadura e de estado de exceção. Na ditadura, a ordem até então vigente é deposta e todo o poder será exercido pelo soberano/ditador. Já o estado de exceção, pode ocorrer nos governos totalitários e nas próprias Democracias modernas, sem que se deponha a ordem vigente, sem que se alterem as leis, pois estas são meramente “suspensas” pelo soberano em prol de um interesse maior, real ou fictício/criado<sup>4</sup>. O estado de exceção, então, soa para muitos, como necessário, temporário e eficiente.

### 3.2 ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE COMO PARADIGMA DE GOVERNO, SEGUNDO GIORGIO AGAMBEN

Cumprir trazer os ensinamentos de Giorgio Agamben, pensador italiano, filósofo, jurista e escritor, cujas principais obras incluem sua investigação sobre: estado de exceção e *homo sacer*. Seus estudos trazem intersecções entre o direito, a política e a vida, com forte influência de Hannah Arendt, Martin Heidegger, Walter Benjamin, Michel Foucault, bem como de Kafka e do situacionista Guy Debord.

Agamben menciona em seu livro *Estado de Exceção: Homo Sacer II, I* sobre a ausência de produção anterior, por parte dos juristas e especialistas em Direito Público, de

<sup>4</sup> Importante contribuição para entendimento trouxe Agamben: “O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (2004, p.13).



uma *Teoria do Estado de Exceção*, mas concorda com a complexidade da própria definição do termo, já que simboliza uma situação de “limite entre a política e o direito” e possui uma “estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência” (2004, p. 11).

No livro *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*, Giorgio Agamben traz a teoria política de Aristóteles, na qual o homem possui sua existência biológica, como qualquer outro ser vivente, chamada de “zoé” e em razão da qualidade dessa vida (uso da linguagem, por exemplo), possui também uma existência política, denominada “bíos”. O autor, ainda, acrescenta que as investigações de Arendt não se refletiram em sua análise sobre o fenômeno do totalitarismo do século XX, bem como o trabalho sobre a biopolítica de Foucault não chegou aos campos de concentração e a estrutura dos estados totalitários fincados no campo da biopolítica moderna.

Assim, Agamben buscou dar continuidade às investigações dos autores supracitados, pesquisou o oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder, e constatou que essas duas análises não podem ser separadas (2007, p. 14). Seus estudos contribuem para a biopolítica pois decifram o paradigma moderno do poder como sendo a “gestão de coisas e pessoas” com o objetivo de produzir sujeitos dóceis e governáveis, a partir da captura de sua subjetividade. A estrutura da biopolítica moderna determina-se, então, pela vontade do soberano, que irá decidir sobre o valor ou (des)valor da vida, produzindo a vida nua do *homo sacer*<sup>5</sup>.

O fato é que para Agamben (2007), a biopolítica é a essencial marca da política ocidental moderna. O autor assinala que o controle disciplinar aplicado por intermédio de um conjunto de tecnologias de poder criou as condições necessárias para o êxito do capitalismo. Desse modo, com o argumento de proteção da vida da população, o poder soberano passou a preservar a vida de alguns e a condenar outros à morte, instalando um sutil estado de exceção, que estabelecerá o direito de fazer viver e deixar morrer.

Portanto, o estado de exceção se manifesta quando há indiscernibilidade entre política e direito, num período de crise, ou suposta crise, interna de um país (Estado). Assim, o soberano toma medidas políticas, se utilizando de mecanismos jurídicos excepcionais, tais como os atos administrativos decorrentes do poder normativo, explicado no item anterior

<sup>5</sup> Inclusive, Agamben acredita que, na atualidade, a ausência da figura do *homo sacer* na cultura contemporânea se deve, provavelmente, ao fato de que talvez “somos todos virtualmente *homines sacri*” (2007, p. 117), justamente porque os regimes políticos contemporâneos estão fundamentados em um mesmo conceito, o da vida nua. Seriam todos virtualmente “homens sacros”, pois muitas circunstâncias da sociedade os expõem à vulnerabilidade e à violência, que podem os tornar *sacer*.



(decretos, regulamentos etc.), que ferem princípios e garantias fundamentais, a pretexto de manter a própria “democracia” e a ordem social e econômica.

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma "guerra civil mundial", o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente — e, de fato, já transformou de modo muito perceptível — a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição (AGAMBEN, 2004, p. 13).

No estudo do estado de exceção, não é difícil encontrar inúmeros exemplos da confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo; tal indistinção define uma das características essenciais do estado de exceção. O exemplo mais conhecido historicamente, notadamente pela monstruosidade que lhe é particular, de governo totalitário que se desenvolveu com a utilização de um estado de exceção e durou 12 anos, foi o estado nazista alemão:

[...] o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (AGAMBEN, 2004, p. 12 e 13).

Há que se notar no exemplo do Estado Nazista alemão que houve, de fato, um estado de exceção constitucionalmente previsto, através do art. 48 da Constituição de Weimar, cuja indeterminação de seus preceitos quanto à “manutenção da ordem social” permitia a interpretação subjetiva do soberano. E diante de tais constatações, Estado de Exceção seria o conjunto de medidas que rompem com a normalidade que é própria do Estado. O soberano que deveria manter a normalidade do Estado é justamente aquele que tem a prerrogativa de instaurar a exceção – paradoxo da soberania.

Além do monstruoso exemplo, já mencionado neste artigo, sobre o estado de exceção implantado na Alemanha nazista que durou 12 anos, infelizmente também existem fortes exemplos nas Américas. Talvez o mais conhecido seja o caso norte-americano dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001<sup>6</sup>, que marcaram tragicamente a história estadunidense e

<sup>6</sup> Nesse dia, dois aviões sequestrados se chocaram contra as duas torres gêmeas dos edifícios World Trade Center (complexo comercial), na cidade de Nova Iorque. No primeiro avião havia 65 passageiros e 9 tripulantes, já o segundo possuía 92 pessoas a bordo. Um terceiro avião da companhia American Airlines, com 58



deram origem a medidas impopulares destinadas a impedir a consecução de novos ataques, promovendo profundas alterações na proteção dos direitos fundamentais pelas instituições estatais.

O caso dos prisioneiros da base naval americana da Baía de Guantánamo<sup>7</sup>, situada na ilha de Cuba, capturados nas guerras do Afeganistão e Iraque, também é mencionado por Agamben como outro exemplo de estado de exceção contemporâneo, no qual se permite o tratamento diferenciado/desumano daqueles detidos (seres juridicamente indetermináveis) sob a máxima da segurança pública de seu país. Eles são os indivíduos “matáveis” e conceitualmente enquadrados no conceito de *homo sacer*<sup>8</sup> por Agamben.

Contudo, a abordagem democrática desse mecanismo deveria impedir que fosse vislumbrado como uma prerrogativa indiscriminada do Estado de exercício arbitrário do poder, isso porque a excepcionalidade dessa medida tem como pano de fundo o discurso de manter a ordem e coibir a vulnerabilidade interna, face aos inimigos, até que o *status quo* seja retomado.

O fato é que a possibilidade de evocação do estado de exceção por parte dos governos modernos, pós século XVIII, ainda que não o façam de forma declarada oficialmente, tornou-se uma das práticas essenciais de governo. É o chamado “paradigma de governo”, nas palavras de Agamben, que estrutura a ordem constitucional e democrática de modo a sufocar os direitos fundamentais sempre que a Nação precise ser defendida, ou seja, sempre que sua segurança pública e ordem estejam ameaçadas.

### 3.3 CONTROLE DA COVID-19 NO BRASIL: MEDIDAS ADMINISTRATIVAS EM

---

passageiros e 11 tripulantes, foi lançado contra o Pentágono (local onde funciona o Departamento de Defesa dos Estados Unidos e o comando das Forças Armadas). Uma quarta aeronave atingiu uma região não habitada na Pensilvânia. Estima-se que houve morte de cerca de 3000 pessoas. Para maiores informações, ver o texto completo de Leandro Carvalho: “Terrorismo nos EUA: 11 de setembro de 2001”, disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/terrorismo-nos-eua-11-setembro-2001.htm>. Acesso em 19 de abril de 2020.

<sup>7</sup> Fato ainda curioso é saber que ao redor da base, encontra-se o único campo minado ainda existente em todo o ocidente. A manutenção da Base Naval da Baía de Guantánamo não encontra amparo em nenhuma convenção internacional e, por isto, não há como fiscalizar o que acontece em seu interior. Os presos muitas vezes não possuem os direitos de consulta a advogados, visitas ou até mesmo de um julgamento. Existem denúncias de tortura. Os Estados Unidos não permitem que a ONU inspecione as condições da base e do tratamento recebido pelos prisioneiros. Obama recentemente prometeu fechá-la, mas o Congresso não permitiu.

<sup>8</sup> Agamben (2007, p. 16) explica que a figura do “homo sacer” encontra-se diretamente ligada ao conceito de “vida nua”: “[...] a vida nua, isto é, a vida *matável* e *insacriável* do *homo sacer* [...]. Uma obscura figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*)”.



## ESTADO DE EXCEÇÃO SANITÁRIO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto de COVID-19 constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional (OPAS, 2020). Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia e atualmente mais de um terço da população mundial (2,5 bilhões de pessoas) está de quarentena ou sofre algum tipo de restrição de locomoção (ARANHA, 2020).

Após a descoberta da COVID-19, mais de 492.000 pessoas, ao redor do globo, estão infectadas e 22.000 contaminadas morreram, segundo informações da Universidade John Hopkins, dos Estados Unidos, “que vêm monitorando em tempo real o número de casos no mundo” (ARANHA, 2020). No Brasil, o número de casos passa de 25 mil e o número de mortes totaliza 1.532, até a tarde do dia 14 de abril de 2020, segundo relatório de situação da OMS nº 85 (OPAS, 2020).

A preocupação atual gira em torno do risco<sup>9</sup> iminente de colapso no sistema de saúde nacional, ao final de abril do corrente ano, caso as medidas necessárias ao combate da pandemia deixem de ser implementadas. O fato é que a doença viral é extremamente contagiosa e tem o potencial de causar graves complicações respiratórias que necessitam de leitos hospitalares para utilização de respiradores. Assim, a depender do volume de pessoas que sejam infectadas, os sistemas público e privado de saúde podem colapsar por falta de leitos, respiradores, equipamentos de proteção individual etc.

As medidas orientadas pela OMS como necessárias ao combate da COVID-19 tratam não só daquelas relativas à higiene pessoal, mas também de medidas excepcionais de governo, tais como: testagens em massa e isolamento social. E, a imperiosa necessidade de contornar os riscos da ampla disseminação do vírus, que pode implicar na perda de vidas e na paralisação da economia, fez com que o Poder Executivo promovesse uma série de Portarias, Medidas Provisórias, aprovasse lei e decreto-lei editados às pressas, bem como decretasse uma série de restrições à liberdade de locomoção e reunião<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Em entrevista coletiva divulgada 20 de março deste ano, pelo site Exame, da Editora Abril, o Ministro da Saúde em exercício afirmou que o risco de colapso existe; a matéria completa está disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/em-abril-o-sistema-de-saude-entrara-em-colapso-diz-mandetta/>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

<sup>10</sup> Cada estado vem estabelecendo medidas específicas para controle da disseminação do coronavírus e este artigo se limita a citar algumas, então para maiores informações acesse o link da Agência Brasil e confira a



Como medida legal necessária, foi publicada a Lei n.º 13.979, em 06 de fevereiro de 2020, com vigência temporária, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e que determinou no país, seguindo as recomendações da OMS, assim como fizeram diversos outros países do mundo: medidas de isolamento social, como a quarentena (art. 2º, II), o isolamento social propriamente dito (art. 2º, I), a realização compulsória de exames e tratamentos médicos (art. 3º, III), a proibição da circulação de pessoas em espaços públicos (art. 3º, VI) e restrições ao funcionamento de transportes públicos e privados.

Além da citada lei, cabe destacar que o Congresso Nacional reconheceu através do Decreto Legislativo n. 06, de 20 de março de 2020, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>11</sup>, o estado de calamidade pública, importante medida que libera a União para gastar mais recursos no combate à pandemia.

O governo federal anunciou também medidas como “a garantia de renda mínima a trabalhadores informais, linhas de crédito a juros subsidiados para empresas pagarem a sua folha de salários, suspensão do pagamento de tributos, antecipação do saque do FGTS etc.” (BRANDÃO, 2020).

Contudo, Frediano José Momesso Teodoro já sinaliza um possível excesso na referida lei, em seu artigo 3º, inciso VI e VII, quando determina que “poderão ser adotadas medidas de restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, por rodovias, portos ou aeroportos, e a requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas — leia-se *confisco*” (TEODORO, 2020).

Da mesma forma que críticas podem ser feitas aos atos normativos da Administração Pública estão sendo proferidos, em todas as esferas e em todos os Poderes, diante do estado de exceção sanitário causado pela COVID-19, carregados de restrições às liberdades constitucionalmente garantidas. Outro possível excesso pode ser relacionado à decisão monocrática do ministro Alexandre de Moraes, no dia 29 de março de 2020, em sede de medida cautelar interposta mediante a ADI nº 6357. Segundo Lênio Streck, Marcelo A. Cattoni de Oliveira e Diogo Bacha e Silva (2020):

---

realidade de cada estado brasileiro, disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/veja-medidas-que-cada-estado-esta-adotando-para-combater-covid-19>, acesso em 15 de abril de 2020.

<sup>11</sup> O artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal traz relevante posicionamento dispensando o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º, diante da necessidade de elevação dos gastos públicos para proteger a saúde e os empregos dos brasileiros e da perspectiva de queda de arrecadação, alegada pelo governo.



[...] a decisão monocrática do ministro Alexandre de Moraes mostra-se inadequada, porque desborda do sentido técnico desta técnica decisória chamada Interpretação Conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), uma vez que, a pretexto de interpretar os dispositivos, suspende a eficácia dos dispositivos legais e corre o risco de autorizar uma espécie de "ditadura" ou "Estado de Exceção" financeiros.

Sobre a decisão controversa, Streck, Oliveira e Silva afirmam que se trata de uma “jurisdição constitucional de exceção”, pois além de evitar o debate em colegiado e decidir de forma monocrática, o ministro desconsiderou o sentido de técnicas decisórias, na tradição jurídica, e criou “possibilidades que não estão previstas na Constituição” (2020).

Como visto em item anterior, em prol dos anseios por segurança e bem ordenança, justifica-se a teoria sobre a existência de um Estado de Exceção permanente nos governos contemporâneos, onde a política e o direito se misturam. Interessante ressaltar, nesta oportunidade, o ensinamento de Henrique Cardoso, segundo o qual no estado de exceção, a política se mistura com o direito ao ponto de ocupá-lo e substituí-lo (2010, p. 112).

Nesse toar, essa percepção de estado de exceção de Agamben como paradigma de governo, fica ainda mais evidente e atual, diante do cenário de pandemia da COVID-19. O próprio Agamben escreveu recentemente um artigo correlacionando o momento atual ao paradigma outrora identificado, em suas palavras:

Parece quase que, esgotado o terrorismo como causa de medidas de exceção, a invenção de uma epidemia possa oferecer o pretexto ideal para ampliá-las além de todo limite. O outro fator, não menos preocupante, é o estado de medo que nos últimos anos foi evidentemente se difundindo nas consciências dos indivíduos e que se traduz em uma verdadeira necessidade de estados de pânico coletivo, para o qual a epidemia mais uma vez oferece o pretexto ideal (AGAMBEN, 2020).

A consideração feita por Agamben aos 26 de fevereiro de 2020 e transcrita acima não tem a pretensão de desconsiderar o perigo e os riscos que o coronavírus podem trazer, até porque apenas um mês dessa publicação a Itália ultrapassou a China, no número de vítimas fatais pelo coronavírus, alcançando a cifra de 3.405 mortos. De sorte que o autor também não rechaçou a necessidade de se tomarem medidas excepcionais para proteção da vida.

No entanto, suas considerações cumprem o papel de alerta para que não sejam aceitas, sem questionamentos, todas as medidas administrativas impostas, ou seja, para que não seja aceita “em um perverso círculo vicioso, a limitação da liberdade imposta pelos governos” sobretudo em nome “de um desejo de segurança que foi induzido pelos próprios governos que agora intervêm para satisfazê-lo” (AGAMBEN, 2020).



Da mesma forma que, se o governante relativiza ou desdenha da pandemia atual, pode estar escondendo “uma decisão soberana [de] quem vive e quem morre, pois, para espectro ideológico do autoritarismo de linhagem fascista, algumas vidas não merecem viver” (RAMIRO e BUENO, 2020).

Sendo assim, a sociedade deve estar vigilante, precavida e sobretudo disposta a refletir sobre os atos normativos dos governantes, a fim de perceber quando forem excessivos, ou seja, quando estiverem se utilizando das situações emergenciais para ampliar um estado de exceção além do estritamente necessário.

#### 4. CONCLUSÃO

Situações de crises intensas, como a deflagrada pela Pandemia da COVID-19, levam a própria democracia contemporânea à possibilidade de que seja aplicado o estado de exceção pela Administração Pública (manifestando seu poder normativo), ainda que isso signifique uma afronta direta à supremacia dos direitos fundamentais. A justificativa legal para que, temporariamente, determinados direitos políticos, civis e/ou sociais sejam suspensos se baseia no fato do estado de exceção ser importante mecanismo constitucional destinado a restabelecer a ordem interna.

Como visto, para Giorgio Agamben, a existência do estado de exceção trata-se de um paradigma de governo. Sem ele, todo o sistema não se sustenta, pois são umbilicalmente ligados. Dessa forma, a constitucionalização do estado de exceção no Brasil, com a presença de institutos que permitem a consequente suspensão de algumas garantias fundamentais em caráter temporário, tem o intuito de, simplesmente, salvaguardar a própria ordem pública e o Estado Democrático de Direito.

Porém, o grande risco de se utilizar essas medidas excepcionais constitucionalmente garantidas é que, diante do seu caráter autoritário, sua natureza temporária seja violada, se estabelecendo de forma permanente, o que pode contribuir para que uma ditadura constitucional seja implantada.

Assim, o fortalecimento da democracia está intimamente relacionado com o respeito aos direitos fundamentais, sendo dever do Estado garanti-los por meio da preservação das instituições democráticas e se, porventura, precisar recorrer a medidas excepcionais, estas





devem permanecer como efetivamente provisórias. Ademais, ressalte-se apenas que, nada justifica a supressão total dos direitos e garantias constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção. *Homo sacer*, II,1.** Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua.** Tradução de Henrique Burigo. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

\_\_\_\_\_. **O estado de exceção provocado por uma emergência imotivada. II** Manifesto. Publicado em 26 de fevereiro de 2020. Tradução de Luisa Rabolini. Divulgado por Instituto Humanitas UNISINOS em 27 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596584-o-estado-de-excecao-provocado-por-uma-emergencia-imotivada>. Acesso em: 02 de março de 2020.

ARANHA, Carla. **Mais de um terço da população mundial está em quarentena pelo coronavírus.** Revista Exame, Editora Abril. Publicado em 26 mar 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/mais-de-um-terco-da-populacao-mundial-esta-em-quarentena-pelo-coronavirus/>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **Coronavírus, ‘estado de exceção sanitária’ e restrições a direitos fundamentais.** Qual seria o ponto ótimo da atuação governamental para a proteção, na maior medida possível, da saúde e da economia públicas? Publicado em: 04 de abril de 2020. Coluna Opinião e análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitos-fundamentais-04042020#sdfootnote17anc>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo n.º 6.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial da União – Edição Extra, de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31993957>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Organização Pan-americana de Saúde (OPAS). **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Atualizada em 14 de abril de 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 14 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n.º 101.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União de 4



de maio de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 28 de março de 2020.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Leandro. **Terrorismo nos EUA: 11 de setembro de 2001**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/terrorismo-nos-eua-11-setembro-2001.htm>. Acesso em 19 de abril de 2020.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª edição. Editora: Malheiros Editores LTDA, 2014.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro**. Revista Jurídica "9 de julho", São Paulo, p. 195 - 214, 09 jul. 2003. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf). Acesso em 10 de abril de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Sobre a doença**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 19 de março de 2020.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; BUENO, Roberto. **O vírus e a peste**. Site Justificando: Mentis inquietas pensam Direito. Publicado em: 19 de março de 2020. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/03/19/virus-e-a-pestes/>. Acesso em 10 de abril de 2020.

SCHMITT, Carl. **Théologie politique**. Paris: Gallimard, 1988.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e. **STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus**. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisdicao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

STF. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357, do Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre De Moraes. DJ: 29 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Pandemia, quarentena e as lições de Agambem**. Revista Consultor Jurídico. Publicado em: 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/momesso-teodoro-pandemia-quarentena-liceos-agambem>. Acesso em: 05 de abril de 2020.