

O BIOPODER, A DEFERÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS LIMITADORES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

BIOPOWER, DEFERENCE AND UNCONSTITUTIONALITY OF STATE AND MUNICIPAL DECREES THAT LIMIT FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL

Emerson Ademir Borges de Oliveira

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.
E-mail: emerson@unimar.br

Jefferson Aparecido Dias

Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, com revalidação pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador da República no Ministério Público Federal em Marília. Membro da Rede de Niñez y Adolescencia da Federación Iberoamericana del Ombudsman e da Comissão Permanente da Infância e da Juventude do Grupo Nacional de Direitos Humanos, do Conselho Nacional de Procuradores Gerais. Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília.
E-mail: jeff.bojador@gmail.com

Recebido em: 02/06/2021

Aprovado em: 16/11/2022

RESUMO: Com a pandemia de Covid-19 vieram as restrições. Com as restrições, as violações. O princípio da legalidade, a construção histórica base do Estado de Direito, foi solene e reiteradamente vilipendiado e consigo muitos direitos e princípios constitucionais, os quais, mais do que imprescindíveis para nós, assim o são em um plano universal, como o remansoso ir e vir e o exercício de atividade econômica. Sob a batuta de decretos teratológicos, de má formação congênita, nossos direitos foram restringidos. Mas o que é pior: muitas vezes sob o olhar parcimonioso daqueles que deveriam guardar a Constituição. Será deferência às peças propagandísticas políticas, baseadas no biopoder, que invadem o cotidiano? Será receio de contribuir com o desalento da saúde, a justificar a não-juridicidade? Neste artigo, mais do que abordar a inconstitucionalidade das restrições, propomo-nos a discutir os porquês dessa passividade e aceitação. Metodologicamente, emprestamos o direcionamento indutivo, elegendo algumas características como ponto de partida para edificarmos uma conclusão mais ampla, valendo-nos de ampla revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Biopoder. Inconstitucionalidades. Covid-19. Limitação de direitos. Deferência.

ABSTRACT: The aim of this paper is a study on the Covid-19 pandemic and restrictions that came along. With restrictions, violations. The principle of legality, the basic historical construction of

the rule of law, had been solemnly and repeatedly vilified and carried with it many constitutional rights and principles, which, more than indispensable for us, are so on a universal level, such as the restless go and come and exercise economic activity. Under the auspices of teratological decrees, of congenital malformation, our rights were restricted. But what is worse: often under the parsimonious eye of those who should be keeping the Constitution. Is it deference to the political propaganda pieces, based on biopower, that invade the everyday? Is it a fear of contributing to health discouragement, justifying non-legality? In this paper, more than addressing the unconstitutionality of restrictions, we propose to discuss the reasons for this passivity and acceptance. Methodologically, we use inductive guidance, choosing some characteristics as a starting point to build a broader conclusion, using a wide bibliographic and jurisprudential review.

Keywords: Biopower. Unconstitutionality. Covid-19. Limitation of rights. Deference.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A emergência constitucional do princípio da legalidade. 2 Da limitação de direitos fundamentais. 3 A situação jurídica brasileira na pandemia de COVID-19: Os arroubos inconstitucionais. 4 Os decretos inconstitucionais e o biopoder. 4.1 O biopoder. 4.2 Posição e disposição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar por que decretos limitadores de direitos fundamentais estão sendo adotados pelos Chefes do Poder Executivo (especialmente de Estados e Municípios) e mantidos pelo Poder Judiciário, apesar de suas inconstitucionalidades.

O Estado de Direito encontra em sua base uma premissa historicamente edificada: o princípio da legalidade. Desde os idos medievais e a proposta Magna até os ensaios revolucionários do século XVIII, havia uma preocupação a nos guiar, a de se estabelecer limites aos governantes, de modo que os direitos pudessem ser formalmente delineados e tornarem-se imunes a arbítrios.

Essa mesma preocupação desaguou no constitucionalismo e na eleição de um representante para agir em nome do povo, o Parlamento, aquele que realmente era soberano, eis que plural, heterogêneo e deliberativo. As leis não traziam uma garantia de perenidade, mas uma segurança de que apenas por este soberano poderiam ser aprovadas. E, acima delas, a constitucionalização dos direitos estabeleceu determinados limites a direcionar os trabalhos legislativos.

É esse o contexto que justifica, em si, o Estado de Direito: há de se ter a plena convicção de que a Constituição é um instrumento soberano garantístico e limitador. E, mesmo nos espaços em que é permitida a sua restrição, esse limite exige uma lei, aprovada e discutida pelo Parlamento. Mais modernamente, mesmo quando houvesse violação constitucional, recorrer-se-ia ao Judiciário para garantir a guarda da Constituição.

É certo que o ano de 2020 nos apresentou uma sórdida, cruel e imprevisível realidade. Mas é justamente nas crises que se convoca com mais ênfase a atenção às garantias, especialmente esta tão antiga: a de que o Estado deve ser configurado pela lei.

Nossa realidade, contudo, fora apresentada de maneira distinta. Em nome de medidas sanitárias, nítidas violações constitucionais, com decretos estabelecendo restrições mais do que duvidosas aos tão caros direitos fundamentais. E a pergunta é: por que essa passividade? Por que estamos permitindo essas violações?

Tivessem ocorrido em um passado distante, tais violações seriam decorrentes do poder absoluto, que não encontra limites a não ser na vontade do governante, mas, atualmente, decretos inconstitucionais podem ser reconhecidos como dispositivos de segurança, adotados pelo biopoder.

A partir de um método indutivo e valendo-se de ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pretendemos demonstrar que tais decretos têm sido adotados não como atos

normativos propriamente ditos, mas sim como peças de uma campanha publicitária que, mesmo que supostamente motivada pelas melhores das intenções, nitidamente resulta em violações de princípios que nos são bastante caros. Além disso, essas violações de princípios somente são possíveis e os decretos têm sido considerados válidos diante da postura adotada pelos órgãos do Poder Judiciário.

1 A EMERGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é, indene de dúvidas, a base do Estado de Direito. Embora não fosse expressamente previsto na Carta Magna, ainda em 1215, a sua própria existência é uma decorrência do princípio, ante o fato de que a principal reivindicação dos barões ingleses em face do rei João Sem Terra era a existência de um instrumento seguro de previsões acerca das limitações de direitos, especialmente a propriedade e a liberdade, com estipulações acerca de tributações, processo e prisão¹.

Não se olvide, contudo, que, em seu item 45, a Carta previa que magistrados e demais agentes da justiça apenas seriam nomeados se conhecessem e observassem fielmente as leis do reino da Inglaterra. Ainda, o item 39 estabelecia o julgamento legítimo pelos pares ou pelas leis do país, ao passo que o item 55 tornava nulas as multas impostas contra as leis do país.

A ascensão definitiva do princípio da legalidade, contudo, se deu no contexto revolucionário do século XVIII, no qual se buscava, em primeiro momento, justamente a proteção do cidadão em face do arbítrio estatal, estabelecendo limites à atuação do Estado que, diga-se de passagem, se baseava no estabelecimento de direitos.

No constitucionalismo tradicional, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, posteriormente incorporada à Constituição Francesa, de 1791, já enfatizava que uma sociedade em que não houvesse garantia de direitos e separação de poderes não possuiria Constituição (art. 16º).

O artigo 4º da Declaração, ao tratar da liberdade, asseverava que esta consistiria na realização daquilo que não afetasse direitos de outros homens, os quais somente poderiam ser determinados por lei. A lei, mais uma vez, surge com destaque quanto ao funcionamento social, eis que, pela segurança que concede, poderá estabelecer os limites entre os direitos individuais.

A separação de poderes como um dos pilares do constitucionalismo², aliada ao estabelecimento de direitos, pressupõe, sob o prisma da legalidade, dois grandes propósitos. O primeiro de que a limitação deve se dar pela lei. O segundo de que a responsabilidade pela lei é encontrada na soberania do Parlamento³, justamente assegurando ao pluralismo da Casa Legislativa aquilo que não se pode garantir na individualidade do Executivo.

Quando o governante fora submetido à lei, o significado reproduzido é o de que ninguém se encontra acima da lei e o próprio Estado a ela está limitado, assim como qualquer um que venha exercer um dos poderes da República, Legislativo, Executivo ou Judiciário.

¹ BORGES, Emerson. **A Constituição brasileira ao alcance de todos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 81.

² BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 91.

³ Consoante lições de Moraes, a escolha e manutenção do monopólio da atividade legislativa junto ao Parlamento decorre, basicamente, de três razões: “trata-se da sede institucional dos debates políticos; configura-se em um caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública; é o órgão que, em tese, devido a sua composição heterogênea e a seu processo de funcionamento, torna a lei não uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, mas a vontade resultante da síntese de posições antagônicas e pluralistas da sociedade”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 44.

De outro lado, o cidadão está garantido pelo princípio da legalidade em não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa que não seja prevista em lei⁴.

A fórmula, transcrita no artigo 5º, II, CF brasileira, nem entre nós é nova, tampouco sua atribuição ao Parlamento. A Constituição do Império Brasileiro, de 1824, repetia o disposto no artigo 179, I, assim o artigo 153, §2º, da Emenda Constitucional 1/1969, decorrente do momento mais crítico ao contexto democrático nacional.

Nem mesmo o famigerado item 15 do artigo 122 da Constituição Brasileira de 1937 (“A Polaca”) lhe furtava, esclarecendo a necessidade da “lei” para que os limites aos direitos fundamentais, como a censura prévia, fossem estabelecidos, sem se discutir, neste momento, sua possibilidade. O que conclamamos atenção é o fato de que mesmo nos momentos mais obscuros da história constitucional, a lei, um pressuposto do Estado de Direito, sempre se fez presente. Por vezes, até mesmo adentrando a esferas que não poderia regular, por vezes enquanto instrumento de desvios democráticos. Mas a lei, desde que o constitucionalismo se fez ciência, é uma máxima.

É nesse desenho que parece inimaginável que nos furtemos à legalidade, hodiernamente, para estabelecer limites a direitos, para cercear o cidadão ou mesmo as empresas.

É preciso, antes, ter em mente que, mesmo em se tratando dos direitos fundamentais que estabelecem prioridades *prima facie*, a despeito de não poderem ser hierarquizados de forma rígida, como a liberdade e a igualdade jurídicas, na construção de Alexy não se exclui a possibilidade de cederem diante de outros direitos ou princípios, e nem de sofrerem limitações⁵. Apenas, nos casos *prima facie*, a força argumentativa há de ser mais sólida, mas sempre a partir de uma perspectiva de flexibilidade ou “ordem mole” dos direitos⁶.

Ao tratar da limitação ao direito de propriedade, o Tribunal Constitucional Alemão ressaltou que o artigo 14 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) atribui ao legislador a “tarefa de determinar o conteúdo e os limites da propriedade”. “Dessa maneira, o legislador cria, no nível da lei objetiva, aquelas proposições legais que justificam e moldam o *status* legal de proprietário”, podendo contextualizar grupos específicos ou até mesmo estabelecer hipóteses de perda da propriedade, desde que mantidas as situações jurídicas consolidadas⁷.

O fato é que não há direito fundamental imune a restrições, conforme recapitulado pela Corte brasileira, a título de exemplo, no MS 23.452⁸. Aliás, nem mesmo o direito à vida, conforme ADPF 54⁹, ou a liberdade, na esteira do direito penal.

⁴ BORGES, Emerson. **A Constituição brasileira ao alcance de todos**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 81.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 549-550.

⁶ “A busca por soluções vai além da simples eleição numérica de força de princípios, a tal ponto que mesmo os mais salutares para a compreensão de um Estado Democrático, quais sejam a liberdade e a igualdade, são relativizados quando em confronto com outros princípios que, *prima facie*, são menos substanciais, mas cujos argumentos podem levar a entender em sentido contrário. É esta flexibilidade que garante a existência no texto constitucional de princípios por vezes tão opostos”. BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz; DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípios processuais e direitos fundamentais**. Marília: Poiesis Editora, 2017. p. 52.

⁷ BVerfGE 58, 300 (336).

⁸ “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (STF MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, DJ 12-5-2000).

⁹ STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12-4-2012, DJe 30-4-2013.

Mas, note-se, contudo que há dois grandes pressupostos para a limitação de direitos constitucionais: a) que sejam feitos por leis; b) a existência de limites à limitação, isto é, os “limites dos limites”; temas os quais passamos a expor.

2 DA LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos trabalhos mais ricos acerca da restrição de direitos fundamentais foi desenvolvido pelos professores alemães Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, os quais estabeleceram uma série de questionamentos acerca da constitucionalidade da lei restritiva¹⁰.

A partir da adaptação de Mendes, a tábua de questionamentos – teste de constitucionalidade - assim se apresenta:

- I – A conduta regulada pela lei está contemplada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental?
- II – A disciplina contida na lei configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?
- III – Essa intervenção justifica-se do prisma constitucional?
 - 1. Observam-se, na elaboração da lei, as normas básicas sobre a competência legislativa e sobre o processo legislativo?
 - 2.
 - a) nos direitos individuais submetidos à restrição legal qualificada: a lei satisfaz os requisitos especiais previstos na Constituição?
 - b) nos direitos submetidos à restrição legal simples: a lei afeta outros direitos individuais ou valores constitucionais?
 - c) nos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa: identifica-se conflito ou colisão de direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e outro valor constitucional que possa legitimar o estabelecimento de restrição?
 - 3. A restrição atende ao princípio da ‘reserva do parlamento’?
 - 4. A restrição atende ao princípio da proporcionalidade?
 - 4.1 A restrição é adequada?
 - 4.2 A restrição é necessária? Existiriam meios menos gravosos?
 - 4.3 A restrição é proporcional em sentido estrito?
 - 5. O núcleo essencial do direito fundamental foi preservado?
 - 6. A lei é suficientemente genérica ou afigura-se aplicável apenas a determinado caso (lei casuística)?
 - 7. A lei restritiva é suficientemente clara e determinada, permitindo que o eventual atingido identifique a situação jurídica e as consequências que dela decorrem?
 - 8. A lei satisfaz outras normas de Direito Constitucional, inclusive aquelas relativas aos direitos fundamentais de terceiros?¹¹

Em se tratando de restrição de direitos, note-se que os próprios questionamentos partem de um lugar comum: a lei. Vale dizer, embora a limitação de direitos seja possível – caso vencido o teste -, há um primeiro passo inescapável: o limite legal, isto é, a restrição foi edificada pela via legislativa. E apenas por ela. Aliás, conforme será visto mais adiante, o princípio da legalidade como ponto de partida será encontrado, igualmente inatingível, quando a limitação se der por ato concreto.

Sobre a temática, irrefutável a colocação de Gomes Canotilho:

¹⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte**: Staatsrecht II. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 77-78.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107-108.

Uma notável mutação de sentido da reserva de lei verifica-se no esquema relacional **lei-direitos fundamentais**. Inicialmente, a reserva de lei compreendia-se como “reserva da liberdade e da propriedade dos cidadãos”. A reserva geral de lei tinha como intenção primária defender os dois direitos básicos do indivíduo – a liberdade e a propriedade.

No actual contexto constitucional este esquema deixou de ser uma construção aceitável. Em primeiro lugar, a reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais (maxime no âmbito dos direitos, liberdades e garantias) dirige-se contra o próprio legislador: *só* a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei *só* pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos. Daí a relevância dos direitos fundamentais como elemento determinante do âmbito da reserva de lei¹².

Em mesmo sentido, a lição de Garcia de Enterría:

[...] quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sede lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem “dentro da Constituição” e especialmente de acordo com sua “ordem de valores” que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais¹³.

Primeiramente, não se olvide, como é ordinário na seara dos direitos fundamentais, sua natureza principiológica, conclamando a análise da questão pelo prisma da otimização, caracterizados por serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas¹⁴.

Além disso, se a interpretação constitui redução ao alcance de dispositivo constitucional, deve-se avaliar se existe ofensa ao núcleo essencial do direito.

A imposição de restrições a direitos fundamentais deve observar sempre a ideia de limitação. A teoria dos limites imanentes ou limites dos limites (*Schranken-Schranken*) edificou-se sob a justificativa de parametrizar o legislador na restrição de direitos individuais. “Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”¹⁵.

O que se pretende, na realidade, é imunizar os direitos fundamentais à ação do legislador, que poderia acabar esvaziando o conteúdo daqueles por meio de restrições legislativas. A esta finalidade atua, com propriedade, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), mormente para aferir a adequação (*Geeignetheit*) e necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo¹⁶.

A operacionalidade do princípio, neste momento, volta-se não para o legislador, e sim para o intérprete, mormente o Judiciário. Como exercício, resta questionar o intérprete se a

¹² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed, Coimbra: Almedina, 2007. p. 729.

¹³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. O princípio da legalidade na Constituição Espanhola. **Revista de Direito Público**, v. 21, n. 86, p. 5-13, abr./jun. 1988. p. 6.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 90.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

interpretação conferida não teria invadido o núcleo essencial de direito fundamental ou outro preceito constitucional.

Noutras palavras, o resultado da interpretação judicial acabou, colateralmente, invadindo espaço essencial de algum direito?

É certo que a adoção de tais medidas ancoradas na fundamentação racional das decisões jurisdicionais, em termos de controle de constitucionalidade, não garante a integridade jurídica das sentenças das Cortes Supremas, mormente em vista do espaço interpretativo e das distorções ambíguas ou dúbias. Mas é certo, também, que a submissão do subjetivismo a regras de controle – em qualquer Poder – minimiza as chances de invasão de funções por parte de outros Poderes.

Pieroth e Schlink propõem, ainda, o teste de constitucionalidade de medida concreta do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, que restrinja direitos fundamentais, a qual assim se desenha, a partir da adaptação de Mendes:

- I – A conduta afetada pela medida enquadra-se no âmbito de proteção de algum direito fundamental?
- II – A medida configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?
- III – A medida pode ser justificada com base na Constituição?
 1. Existe um fundamento legal compatível com a Constituição para a medida?
 2. A medida, ela própria, é constitucional?
 - a) Ela aplica a lei em conformidade com a Constituição?
 - b) Ela é proporcional?
 - c) Ela se revela clara e determinada para o atingido?¹⁷

A questão se avizinha, neste ponto, da temática central deste trabalho, eis que, como será visto adiante, as restrições operaram-se, em termos práticos, por atos concretos do Poder Executivo, e não pela lei.

Mas, note-se, que, neste caso, a lei novamente é um pressuposto, isto é, há um permissivo legal que permite ao Poder Executivo regulamentar as limitações estabelecidas no âmbito legal. Frise-se: regulamentar, não estabelecer a próprias restrições. Daí o questionamento III.1: “Existe um fundamento legal compatível com a Constituição para a medida?”.

Perceba-se como os testes dos professores tedesos se edifica em uma sequência imprescindível: a) a lei estabelece a restrição e esta lei deve ser testada acerca da constitucionalidade da restrição por ela imposta; b) a lei é efetivada a partir de regulamentação do Poder Executivo para fins de detalhamentos, desde que não desvirtue a própria lei que lhe trouxe o permissivo e nem a Constituição.

O que temos hoje no Brasil é feito ao arpejo dessas diretrizes. Conforme será visto, nem há leis para as limitações impostas, violando-se, logo de plano o princípio da legalidade e a Constituição – por empunhar o princípio enquanto direito fundamental, além dos próprios direitos substanciais minimizados -, e, em alguns casos, há malferimento ao núcleo essencial do direito, surrealmente operacionalizado por decretos.

Frise-se, a propósito, que a construção tedesca é a melhor extração da diferenciação básica entre atos normativos primários e secundários e a função do constitucionalismo, que não pode ser olvidado nos momentos de crise. Antes, é justamente quando lhe deve ser dada a maior atenção.

3 A SITUAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA NA PANDEMIA DE COVID-19: OS ARROUBOS INCONSTITUCIONAIS

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107-109.

Nunca a história do constitucionalismo brasileiro a Constituição fora tão vilipendiada por um dos Poderes – o Executivo –, sob o olhar passivo daquele que recebera a incumbência de protegê-la – o Judiciário.

Incumbência, aliás, que não se lhe fora atribuída sem um enorme propósito e uma larga justificativa, quando o intelecto de Hans Kelsen se logrou vitorioso sobre a proposta constantiana de Carl Schmitt, para quem o chefe de Estado deveria ser o guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*) no exercício do poder moderador¹⁸, tão duramente criticada pelo primeiro¹⁹.

Sob a compreensão de Kelsen, nos escritos *Wer sol der Hüter der Verfassung sein?*²⁰, o controle da Constituição possui uma premissa lógica: “tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados”, pois “ninguém deve ser juiz em causa própria”²¹. Claro que muito de sua conclusão decorre do fato de que atribui ao Judiciário o papel de ser o menos político entre os Poderes – e assim deveria se manter, especialmente quando atua como legislador negativo.

O desenho, inobstante, veio a sedimentar a construção iluminada com a Corte Constitucional Austríaca (*Verfassungsgerichtshof*), de 1920, a romper com o modelo difuso norteamericano e “concentrar” a guarda da Constituição em um órgão que possuísse tal finalidade por precípua, embora não exclusiva, e que, influenciada pela soberania do Parlamento, optou pelo caminho da anulabilidade²².

Herdamos esta soberania por força da Emenda Constitucional 16/1965, a modificar a Constituição brasileira de 1946, e inserir a alínea *k* no artigo 101, I, aferindo competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar a “representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”, em adendo à destreza do *judicial review* disposto desde a Constituição de 1891 (art. 59, §1º, “b”) e extraordinariamente ampliado pelo texto de 1934.

O fato é que a particularidade brasileira, a despeito de quaisquer outras críticas, conduz um elemento substancial neste processo: qualquer órgão do Poder Judiciário pode agir em face de violações à Constituição, seja monocraticamente, seja pluralmente (art. 97, CF), embora a palavra final caiba ao Supremo Tribunal Federal.

No contexto pandêmico, pulularam decretos dos Chefes do Poder Executivo, especialmente nas esferas estaduais e municipais.

Frise-se, para que bem se compreenda, que a celeuma se inaugurou com a Lei Federal n. 13.929/2020, a qual trouxe importantes definições acerca das medidas de enfrentamento, como a quarentena e o isolamento, mas cometeu um gravíssimo erro jurídico, ao permitir que, por autorização em Portaria do Ministério da Saúde, os gestores locais de saúde – sequer os chefes dos Executivos – pudessem implantar medidas de restrição necessárias. Em regulamentação, o Decreto Federal n. 10.282/20 estabeleceu o rol de serviços públicos e atividades essenciais, que depois viria a ser simplesmente abandonado por grande parte dos Estados.

Repita-se para que não haja incompreensão: uma lei previu que uma Portaria ministerial permitiria a gestores de saúde estabelecerem, por quaisquer instrumentos, restrições a direitos fundamentais (!!!)

A partir daí se inicia a criatividade atroz, patrocinada pelo abuso e pela vertente autoritária, redesenhando, nas esferas estadual e municipal, os direitos fundamentais, pela via de, frise-se, atos normativos secundários.

¹⁸ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. **Curso de jurisdição constitucional**: direito comparado e ideias para um novo STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 243.

²⁰ KELSEN, Hans. *Wer sol der Hüter der Verfassung sein?* **Die Justiz**, h. 11-12, v. VI, p. 576-628, 1931.

²¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 240.

²² BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. **Curso de jurisdição constitucional**: direito comparado e ideias para um novo STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 23-24.

O primeiro direito plenamente atacado foi o de “ir e vir”, tão bem delineado pela precisa redação do artigo 5º, XV, CF: “é livre a locomoção no território nacional em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Pense-se que, em realidade, apenas estamos mantendo na Constituição brasileira um dos direitos mais tradicionais na seara constitucionalista, igualmente reconhecido sob o plano universal, a exemplo do artigo 13.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, do artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Como assevera Borges: "A livre locomoção ou permanência é um dos direitos mais importantes de Estados de Direito e democráticos, como o nosso, pois se consubstancia numa das maiores expressões da liberdade dos indivíduos: *poder ir onde, como e quando quiser*"²³.

Perceba-se que, para protegê-lo, o próprio texto constitucional já precisou a exceção: apenas não será livre a locomoção quando estivermos fora dos “tempos de paz”, isto é, em guerra ou conflito armado estrangeiro. E não, aí não se inclui pandemia, nem forçadamente.

A tiracolo veio a limitação da liberdade econômica, insculpida na livre iniciativa e no livre exercício de atividades profissionais e econômicas (artigo 1º, IV; 5º, XIII; 170, *caput*, IV e parágrafo único; além de outros dispositivos indiretos), facilmente visualizada pelas restrições de abertura, espécie de comércio, horários e até mesmo fechamento total – *lockdown*. E, talvez, algo pior do que isso: a total insegurança a quem já se ancora no princípio da alteridade – risco do negócio -: não saber quando abrir e nem quando fechar!

Apenas para lembrarmos alguns exemplos grotescos brasileiros destacados em texto anterior: a) proibição de entrada nos municípios, os quais “ganham”, com tal medida, o *status* de soberanos; b) proibição de que determinadas pessoas, como idosos, utilizem o transporte público, estabelecendo categorias diferentes de cidadãos – ao inverso; c) fechamento de terminal rodoviário intermunicipal e de determinadas vias para tráfego; d) proibição de utilização das praias marítimas – que pertencem à União – pelo Município; e) proibição de determinadas pessoas circularem nas ruas; f) reenquadramento de serviços essenciais, diferentemente do delineado pela União ou pelos Estados; g) ausência de justificativas palpáveis para considerar que um determinado serviço possa se manter aberto diante de outros, teoricamente de menor ou igual risco; g) e ameaças penais para aqueles que ousarem descumprir as imposições²⁴. E até recentemente: estipulação de um ousado plano, dividido em cinco etapas, cabendo ao Estado definir em que etapa se enquadra cada um dos “seus” municípios.

O problema principal: tudo isso feito por Decretos, sem nenhum embasamento legal; a mais completa inversão do significado do princípio da legalidade, em que decretos estabelecem as restrições que devem ser obedecidas como leis.

Cabe se valer das expressões de Sepúlveda Pertence (ADI 1.923) e Ayres Britto (ADI 3.232): são inconstitucionalidades “chapadas”, “enlouquecidas”, “desvairadas”.

A celeuma, contudo, não estancou, pois o Judiciário, muitas vezes chamado, nem sempre saiu em defesa da Constituição. Em algumas, diga-se, moveu-se de forma antagônica e permitiu que as decisões monocráticas se espalhassem, difusas e contraditórias, ao invés de remediar a lesão.

No julgamento da medida cautelar na ADI 6.341, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os Estados e Municípios possuiriam autonomia para decidir acerca das medidas de enfrentamento. Posteriormente, porém, apenas em esparsas decisões monocráticas salvou os Municípios das violações perpetradas sobre a Súmula Vinculante 38²⁵ pelos próprios Estados quando estabeleceram regras de fechamento do comércio válidas para todas as localidades. A

²³ BORGES, Emerson. **A Constituição brasileira ao alcance de todos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 96.

²⁴ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A Constituição é o preço do combate à pandemia de Covid-19? **CONJUR – Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/emerson-oliveira-constituicao-preco-combate>. Acesso em: 23 jun. 2020.

²⁵ “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial”.

decisão concedida, por exemplo, ao Município de Londrina, no Estado do Paraná, na Reclamação 40.342, não salvaguardara Parnaíba, no Piauí, e Limeira, no Estado de São Paulo, nas Reclamações 40.130 e 40.366, em entendimento no qual foi trazida à baila a competência administrativa comum para questões sanitárias.

Note-se, contudo, que mesmo a Corte Maior tem partido de pressupostos que ignoram o fato de que tais limitações não foram realizadas por leis, ao esquivar do artigo 5º e das divisões de competência dos artigos 22, 24, 25 e 30 da Constituição brasileira. Não há nada que permita que, em nome das competências comuns, sejam adotadas medidas de enfrentamento que estipulam limites a direitos fundamentais sem a existência de previsão legal e, quiçá, em afronta ao núcleo essencial em alguns casos. Isso é consabido, desde as mais primitivas lições do constitucionalismo. Não se trata aqui, conforme advertimos, de um conflito de princípios ou direitos, mas de uma inobservância, por parte dos atos concretos, das normas constitucionais e legais (em grande parte inexistentes).

O que é que, nesses termos, explica esse estado de entorpecimento diante de tão graves lesões à Constituição e ao princípio da legalidade? É o que passamos a discutir nos próximos tópicos.

4 OS DECRETOS INCONSTITUCIONAIS E O BIOPODER

Como vimos nos itens anteriores, não existem dúvidas de que os Decretos editados em razão da pandemia de Covid-19, que ignoram o princípio da legalidade e avançam sobre as competências locais dos municípios são eivados de vícios que os tornam imprestáveis do ponto de vista normativo. Contudo, apesar disso, eles têm sido observados por grande parte da população e são mantidos vigentes por decisões judiciais, a partir da provocação, inclusive, do Ministério Público, o que, aparentemente, é um contrassenso.

Parece-nos que isso ocorre em razão de tais decretos, na verdade, não terem sido adotados como atos normativos, mas sim com um afã propagandístico, como se fosse uma peça publicitária. Além disso, acabaram por receber a adesão de autoridades que, constitucionalmente, teriam justamente o papel de proteger a Constituição quanto a ameaça ou agressões.

Para analisar esse quadro, nos utilizaremos do “Diamante ético” proposto por Joaquín Herrera Flores, em seu livro “A (re) invenção dos direitos humanos”. Segundo o maestro de Triana, o “Diamante ético” é uma metáfora metodológica que permite que uma determinada situação jurídica ou social seja apreciada por diferentes aspectos, dentre os quais oferece doze dimensões, divididas em três capas e dois eixos sobrepostos. O eixo vertical se refere à semântica dos direitos humanos (conceitual) e o eixo horizontal à pragmática dos direitos humanos (material), os quais contemplam os seguintes elementos²⁶:

CONCEITUAIS: Eixo vertical	MATERIAIS: Eixo horizontal
- Teorias	- Forças produtivas
- Posição	- Disposição
- Espaço	- Desenvolvimento
- Valores	- Práticas sociais
- Narração	- Historicidade
- Instituições	- Relações sociais

Dentre os elementos do “diamante ético” acima indicados, o presente trabalho se dedicará a analisar os elementos teorias e posição (do eixo conceitual) e disposição (do eixo material), a fim

²⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 122.

de demonstrar que, inicialmente, a adoção de decretos sabidamente ilegais e inconstitucionais partiu da adoção do biopoder como forma de gerir a vida das pessoas, não se utilizando de tais decretos como meios normativos, mas sim como dispositivos de segurança mais próximos das pesquisas e das estatísticas. Essa estratégia, contudo, somente foi possível graças à posição ocupada pelo Poder Judiciário, de revisor dos atos do Poder Executivo, e, em especial, a sua disposição de reconhecer a validade de atos ilegais e inconstitucionais a partir de sua adesão a uma das propostas de política pública apresentada para enfrentar a pandemia da Covid-19.

4.1 O Biopoder

O aspecto da teoria – no diamante ético – recebe o seguinte conceito de Herrera Flores: “Teorias: formas de observar um processo ou uma coisa e que nos permite uma ideia sobre suas características”²⁷.

No presente caso, parece-nos que a edição de decretos inconstitucionais e/ou ilegais foi adotada como uma estratégia de governo

Nesse sentido, segundo Foucault, a partir do século XVIII, o poder absoluto, baseado quase que exclusivamente na vontade do governante e no poder da lei por ele editada, e que dava ou soberano o poder de “deixar viver e fazer morrer”, foi gradativamente substituído por uma biopolítica ou biopoderes²⁸. Nesse sentido, conceitua Foucault:

[...] se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população²⁹.

Se antes, o poder soberano se preocupava em “fazer morrer e deixar viver”, com a biopolítica o objetivo do Estado passa a ser o de “fazer viver e deixar morrer”³⁰.

Nessa nova forma de governar, a lei passa a ter posição secundária e é superada por outras estratégias que visam garantir o exercício de forma mais sutil, induzindo as pessoas a adotarem posturas desejadas de forma quase que imperceptível. Importante destacar, contudo, que segundo Foucault esse poder nunca é único ou centralizado, sendo composto por micropoderes que normalmente se sobrepõem e eventualmente se concentram em busca de um objetivo comum.

Ganham destaque as pesquisas e as estatísticas que, por meio da apresentação de números e dados muitas vezes incompreensíveis cumprem o papel que outrora cabia aos textos legais com linguagem rebuscada e inacessível. O objetivo, tal qual no passado, é obrigar (mas agora de forma sutil) a população a fazer ou deixar de fazer algo, sendo que, nesse cenário, as estatísticas e as campanhas passam a ser os principais fatores técnicos da arte de governar:

[...] a população aparecerá como o objetivo final do governo. Pois qual pode ser o objetivo do governo? Não certamente governar, mas melhorar a sorte da população, aumentar sua riqueza, sua duração de vida, sua saúde, etc. E quais os instrumentos que o governo utilizará para alcançar estes fins, que em certo sentido

²⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 125.

²⁸ Apesar de entendermos que existem diferenças entre os termos biopoder e biopolítica, no presente artigo será adotada a posição de Foucault, que não diferenciou os dois termos.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. p. 131.

³⁰ MÉDICI, Alejandro. **El malestar en la cultura jurídica: Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011. p. 59.

são imanentes à população? Campanhas, através das quais se age diretamente sobre a população, e técnicas que vão agir indiretamente sobre ela e que permitirão aumentar, sem que as pessoas se dêem conta, a taxa de natalidade ou dirigir para uma determinada região ou para uma determinada atividade os fluxos de população, etc³¹.

Nesse aspecto, importante destacar que no caso dos decretos expedidos no âmbito do combate à pandemia da Covid-19, sempre são precedidos ou sucedidos de pesquisas, muitas delas de duvidosa tecnicidade, que são coincidentes com as medidas ilegal ou inconstitucionalmente adotadas. Assim, se o decreto determina que as pessoas idosas sejam proibidas de exercer o seu direito de ir e vir, a pesquisa apresenta as “vantagens” de os idosos permanecerem em suas residências, isolados, dependentes da bondade alheia para terem acesso a alimentos e outros necessários para a sua sobrevivência (falamos sobrevivência pois, em alguns casos, inclusive a vida digna tem sido negada).

Também as pesquisas são muito utilizadas pelo biopoder e, nesse caso, pouco importa se os seus resultados são conflitantes com a realidade ou pouco críveis. A título de exemplo, uma pesquisa divulgada pelo Datafolha quanto à concordância da população brasileira quanto à adoção de *lockdown* chegou à incrível marca de 60% de adesão favorável³², dado totalmente dissonante com o percentual de pessoas que cumpriram as regras de isolamento social, que não passou de 50% em praticamente nenhum Estado brasileiro³³. Nesse novo cenário:

[...] a lei continuaria a ter certa importância, mas a necessidade de controlar novos aspectos das vidas das pessoas teria exigido a adoção de novos mecanismos para motivá-las a adotar certas condutas e a abandonar outras. Nesse sentido, a estatística teria ganho importância ímpar, pois passou a representar uma das principais ferramentas utilizadas pelo poder para fundamentar e divulgar pesquisas e propagandas que passaram a induzir práticas sociais. Além disso, a estatística permitiu que o poder se apropriasse da vida não se tomando em conta a individualidade de cada pessoa, mas sim a partir dos fenômenos supostamente genéricos que ligam a vida de todas as pessoas [...]³⁴.

Assim, a partir das premissas aqui lançadas, parece-nos que, apesar de os chefes do Poder Executivo terem ciência das ilegalidades e inconstitucionalidades que eivam de vícios fatais os seus decretos, acabaram adotando-os não como atos materialmente normativos, mas apenas como atos formalmente normativos que, na verdade, se enquadrariam melhor como peças publicitárias, imaginadas não por juristas ou iniciados na função legiferante, mas sim por profissionais de marketing mais preocupados em “vender” um produto. Estão imbuídos, na lógica da biopolítica, no “fazer viver”, mas com a ameaça de que eventual falta de adesão popular pode condenar o cidadão desobediente a ser objeto da indiferença do Estado, que o pode “deixar morrer”.

Nessa nova qualidade, os decretos não são mais atos normativos e, portanto, não estariam mais sujeitos ao controle judicial, mas sim a controle do mercado publicitário, que passaria a avaliar a sua capacidade de convencer as pessoas a adotarem as medidas que determina, ou melhor, sugere.

³¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998. p. 289.

³² GIELOW, Igor. ‘Lockdown’ tem apoio de 60% dos brasileiros, diz Datafolha, **Folha de S. Paulo**, 26 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/lockdown-tem-apoio-de-60-dos-brasileiros-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 8 jun. 2020.

³³ DOLZAN, Márcio; JANSEN, Roberta. Monitor aponta que média de isolamento social no Brasil é de 43,4%, **Estadão**, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/05/15/monitor-aponta-que-media-de-isolamento-social-no-pais-e-de-434-ideal-seria-70.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

³⁴ DIAS, Jefferson Aparecido; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. O desemprego e o autoatendimento no setor bancário: entre o biopoder e a biopolítica. **REPATS**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 253-270, jul./dez. de 2017. p. 257.

Um ótimo exemplo dessa preocupação publicitária com os atos e política de governo pode ser vista no caso das flexibilizações propostas pelo Governo do Estado de São Paulo, a partir do dia primeiro de junho de 2020. Inicialmente, o Governador do Estado utilizou-se da expressão “quarentena inteligente” para nominar os futuros atos que pretendia adotar no sentido de garantir a abertura gradual da economia paulista³⁵. Provavelmente alertado por seus profissionais de marketing que tal expressão poderia dar azo à conclusão de que as medidas adotadas até então não eram “inteligentes” (como, inclusive, entendemos que não foram), optou por nominar a sua nova política de governo de “retomada consciente”, impedindo qualquer trocadilho jocoso com a sua estratégia de governo³⁶.

Os decretos como peças publicitárias, contudo, somente conseguiram manter a sua sobrevida graças à colaboração das autoridades responsáveis justamente por avaliar a sua validade, no caso, o Poder Judiciário, tema que trataremos no próximo item.

4.2 Posição e disposição

Outros dois aspectos do diamante ético permitem demonstrar como os decretos limitadores de direitos fundamentais, apesar de ilegais e/ou inconstitucionais, foram considerados válidos e continuaram a regular a vida das pessoas.

O primeiro desses elementos é a “posição”, conceituada por Herrera Flores como: “lugar que se ocupa nas relações sociais e que determina a forma de acessar aos bens”³⁷. Nesse sentido, os órgãos do Poder Judiciário tinham plena consciência de sua posição nas relações sociais relacionadas às medidas adotadas pelos membros do Poder Executivo, pois em nenhum momento se omitiram em analisar as diversas ações que foram propostas questionando tais decretos.

Essa posição, louvável, decorre, como se sabe, da adoção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5, inciso XXXV, da Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito). O problema, contudo, surgiu em razão da “disposição” que foi adotada pelos órgãos do Poder Judiciário.

A “disposição”, outro elemento do “diamante ético”, é conceituada por Herrera Flores como “‘consciência’ da situação que se ocupa no processo de acesso aos bens e ‘consciência’ de como se atua dentro de dito processo”³⁸.

Nesse sentido, valendo-se da classificação apresentada por Oscar Vilhena Vieira³⁹, pode se dizer que as decisões do Poder Judiciário foram de deferência às medidas adotadas pelos Governos dos Estados, de omissão quanto ao controle de constitucionalidade dos decretos e de responsividade/usurpação em relação às medidas adotadas pelos Municípios, conforme quadro abaixo:

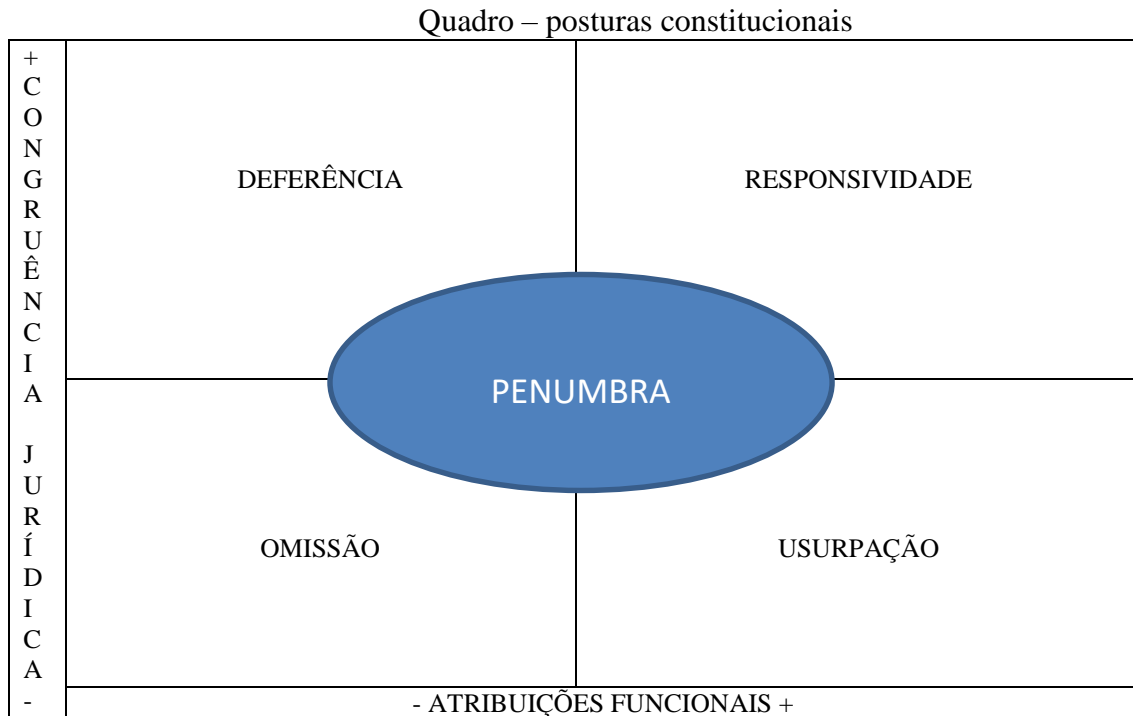
³⁵ AMORIM, Paulo. Doria anuncia ‘quarentena inteligente’ em São Paulo; veja como vai funcionar, **FDR**, 26 mai. 2020. Disponível em: <https://fdr.com.br/2020/05/26/doria-anuncia-quarentena-inteligente-em-sao-paulo-veja-como-vai-funcionar>. Acesso em: 8 jun. 2020.

³⁶ R7. SP: Doria anuncia ‘retomada consciente’ a partir de 1º de junho. **R7**, 27 mai. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/sp-doria-anuncia-retomada-consciente-a-partir-de-1-de-junho-27052020>. Acesso em: 8 jun. 2020.

³⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 125.

³⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 124.

³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo, Companhia das Letras, 2018. p. 177.



Inicialmente, quanto à deferência e à omissão, o autor traz os seguintes conceitos:

Por deferência, em sentido mais estrito, entende-se a postura institucional pela qual os tribunais demonstram um alto grau de respeito pela decisão do legislador que definiu o conteúdo de um direito ou regulamentou o seu exercício ao complementar ou regular a constituição.

[...]

A deferência não deve ser confundida com a omissão, que significa a incapacidade de cumprir com a obrigação fundamental de “guardar a constituição”. Essa postura omissiva pode ser uma decorrência da falta de autoridade, integridade, tradição ou autonomia no campo jurídico diante da esfera política, mas sempre indicará que o Judiciário está deixando de cumprir uma obrigação que lhe foi claramente conferida pela constituição⁴⁰.

No caso dos decretos emitidos pelos Governos Estaduais, os Tribunais de Justiça adotaram uma postura (disposição, na classificação de Herrera Flores) de grande respeito ao conteúdo de suas determinações, utilizando-se, na maioria das vezes, de argumentos metajurídicos para manter a sua vigência e omitindo-se quanto à análise de sua validade constitucional.

Já em relação aos atos normativos emitidos por Prefeitos Municipais dissonantes das orientações expedidas pelos Governos Estaduais, a postura adotada pelos Tribunais de Justiça foi, algumas vezes, de responsividade, e, em outros momentos, de usurpação. Para Oscar Vilhena Vieira, quanto à responsividade:

A responsividade, por sua vez, está associada à ideia de que o Judiciário deve estar ativamente envolvido em prover respostas para que a constituição e os direitos fundamentais, em especial, sejam efetivados na maior extensão possível⁴¹.

⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo, Companhia das Letras, 2018. p. 174-175.

⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo, Companhia das Letras, 2018. p. 175.

A responsividade, contudo, segundo o autor, não pode ser confundida com a usurpação, situação que, infelizmente, acabou acontecendo em alguns casos isolados. Nesse sentido:

A responsividade não deve ser confundida com usurpação, em que o Judiciário avança, sem a devida justificativa normativa, sobre as funções de outros poderes, e não com a finalidade de emitir um juízo normativo sobre a validade de determinados atos e normas em relação à constituição, mas com o objetivo de substituir decisões políticas ou técnicas tomadas pelos demais poderes por seus próprios juízos técnicos ou políticos⁴².

Nesse sentido, quando o Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo diante de decisão do Supremo Tribunal Federal determinando que fosse reconhecida a divisão de competências estabelecida na Constituição Federal, decide que o município não poderá legislar sobre os interesses locais, tendo que se submeter à vontade externada em um decreto do Governo do Estado, se vê uma deferência do Poder Judiciário em face do Governo do Estado e uma postura de responsividade (ou mesmo de usurpação⁴³) em face do governo municipal.

Essa postura (nas palavras de Oscar Vilhena Vieira) ou disposição (segundo Joaquín Herrera Flores) demonstra nitidamente que o Poder Judiciário acabou aderindo a uma política de governo (estadual) e se afastou de todas as demais que não fossem coincidentes com ela⁴⁴, omitindo-se, inclusive, de controlar a constitucionalidade dos decretos emitidos em nome dessa política de governo.

CONCLUSÃO

A indigência da realidade não nos pode tornar imprudentes com a Constituição e com o Estado de Direito.

O princípio da legalidade é uma das mais caras construções históricas de nosso modelo estatal, a iluminar, inclusive, a própria democracia. Trouxe consigo o constitucionalismo revolucionário e moldou a formatação dos Estados de Direito.

A base constitucional dos direitos, enquanto base do constitucionalismo, aliada ao princípio da legalidade, protegeu-nos do arbítrio dos governantes, ao estabelecer dois grandes primados: a) o de que há pré-formatação constitucional para determinados direitos, mesmo que não lhes tornem absolutos; b) o de que qualquer restrição a esses direitos somente pode se operar se se der por lei e desde que protegido o núcleo essencial do direito.

Esse desenho constitucional impede, em um primeiro momento, a vilipendiação frontal do direito, mesmo pela lei. E nos espaços em que permite à lei o estabelecimento de contornos, há a necessidade de garantia da subsistência do direito.

O que nos assombra, contudo, é imaginar como bases constitucionais tão óbvias foram cegamente rasgadas, permitindo-se, em larga escala, que direitos fundamentais fossem restringidos pela força de atos normativos secundários. E, mais do que isso, a análise seletiva que foi empregada a tais atos, muitas vezes estabelecendo discussões que ignoram totalmente alguns pressupostos.

Assim, quando o Judiciário adentra aos contornos de competência de um ou outro ente federativo, parte da análise de decretos como se leis fossem, olvidando a insanidade que impediria o início de qualquer derivação. Vale dizer, não se deve discutir de quem é a competência para tratar

⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo, Companhia das Letras, 2018. p. 175-176.

⁴³ Poderia ser classificada como usurpação a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo determinando que a Lei 8.543/2020, do Município de Marília, regulamentando o funcionamento do comércio local, não poderia contrariar os decretos emitidos pelo Governador do Estado de São Paulo (ADI – Processo 2122512-53.2020.8.26.0000).

⁴⁴ Não se ignora que o sistema de freios de contrapesos previstos nas Constituições Estaduais determinando que a nomeação de Desembargadores de Justiça e de Procuradores Gerais de Justiça possa ter alguma influência, mesmo que indireta, sobre tais decisões, mas esse tema não é objeto do presente artigo.

de restrições por decretos, simplesmente porque decretos não podem estabelecer restrições ao arrepio da lei e da Constituição.

No caso da pandemia da Covid-19, contudo, decretos inconstitucionais limitadores de direitos fundamentais foram amplamente utilizados, não como atos normativos propriamente ditos, mas sim como peças publicitárias de propaganda de uma política de governo, verdadeiros dispositivos de segurança, impondo um “fazer viver e deixar morrer” a serviço do biopoder.

A prevalência dos decretos inconstitucionais, originários especialmente dos Governos Estaduais, tanto sobre os atos normativos expedidos pelo Governo Federal, quanto pelas leis e decretos municipais, somente foi possível porque tais decretos foram adotados não como atos normativos mas sim como uma peça publicitária, ou seja, um dispositivo de segurança ou mecanismo de controle a serviço do biopoder, mas que somente teve garantida a sua sobrevivência, apesar de sua ilegalidade/inconstitucionalidade, graças a uma postura (disposição) de deferência em relação a eles pelo Poder Judiciário que, por outro lado, se omitiu quanto ao controle de sua constitucionalidade, bem como acabou agindo com responsividade/usurpação em relação aos atos normativos federais e municipais.

Além de representarem uma grave violação ao Estado de Direito e aos princípios que o garantem, tais posturas, tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário, representam gravíssimo precedente que, no futuro, poderá ser invocado para a imposição de novas e inconstitucionais limitações a direitos fundamentais. Abriu-se a caixa de Pandora.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. [Constituição Alemã (1949)]. **Grundgesetz**. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMORIM, Paulo. Doria anuncia ‘quarentena inteligente’ em São Paulo; veja como vai funcionar, **FDR**, 26 mai. 2020. Disponível em: <https://fdr.com.br/2020/05/26/doria-anuncia-quarentena-inteligente-em-sao-paulo-veja-como-vai-funcionar>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BORGES, Emerson. **A Constituição brasileira ao alcance de todos**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar. A Constituição é o preço do combate à pandemia de Covid-19? **CONJUR – Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/emerson-oliveira-constituicao-preco-combate>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade**: impactos e efeitos na evolução da democracia. Curitiba: Juruá, 2015.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar. **Curso de jurisdição constitucional**: direito comparado e ideias para um novo STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar; RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz; DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípios processuais e direitos fundamentais**. Marília: Poesis Editora, 2017.

BRASIL. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 16, de 26 de novembro de 1965.** Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923.** Ação Direta Julgada Parcialmente Procedente Para Conferir Interpretação Conforme Aos Diplomas Impugnados. Partido Dos Trabalhadores - PT, Partido Democrático Trabalhista - PDT. Presidente Da República, Congresso Nacional, Sociedade Brasileira Para O Progresso Da Ciência, Academia Brasileira De Ciências, Sindicato Dos Trabalhadores E Servidores Em Serviços De Saúde Públicos, Conveniados, Contratados E/Ou Consorciados Ao SUS E Previdência Do Estado Do Paraná - Sindsaúde/PR. Relator: Ayres Britto. Brasília, 16 abr 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3232.** 1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, “a”, e 84, inc. VI, “a”, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução. Procurador-Geral Da República, Partido Da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 14 ago 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226874>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341.** A regra é o indeferimento da participação de terceiro em processo revelador de Ação Direta de Inconstitucionalidade. A exceção corre à conta de parâmetros a demonstrarem a relevância da matéria, a representatividade do interessado e o liame com o objeto da demanda, quando, ante pronunciamento irrecorrível, mostra-se possível a manifestação de órgãos ou entidades – artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. O requerente não logrou demonstrar razão suficiente a conduzir à admissibilidade da intervenção. Parte do pressuposto de deter interesse quanto ao deslinde da controvérsia, sem revelar contribuição expressiva à compreensão do tema. Indefiro o pedido. Partido Democrático Trabalhista. Presidente Da República. Rel. do acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 19 de junho de 2020. Brasília, 25 jun 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 16 nov 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde - CNTS. Presidente Da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Mandado de Segurança nº 23452**, Comissão Parlamentar de Inquérito - Poderes de Investigação (Art. 58, § 3º, CF) - Limitações Constitucionais - Legitimidade do Controle Jurisdicional - Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico - Necessidade de fundamentação do Ato Deliberativo - Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos - Mandado de Segurança Deferido. Comissão Parlamentar de Inquérito - Competência Originária do Supremo Tribunal Federal. Luiz Carlos Barretti Junior, Manoel Messias Peixinho e outros. Presidente Da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, 16 set 1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>. Acesso em: 16 nov 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Reclamação nº 40342 Medida Liminar**. Seja o exercício da competência dos entes federados, seja o seu afastamento, deve-se fundar, em cada caso concreto, em evidências científicas e nas recomendações da OMS, o que, todavia, não consta na decisão reclamada. Entretanto, a decisão reclamada, no atual contexto fático e normativo, não pode ter sua eficácia simplesmente cessada, nem cabe a este STF suprir a devida fundamentação (necessária à luz do parâmetro de controle) sob pena de supressão de instância. Assim, em virtude do princípio da precaução e pelo perigo da irreversibilidade a comprometer o direito à saúde, deve ser, ao menos por ora, mantida a decisão que suspende os decretos municipais. Destarte, defiro parcialmente a liminar para, mantendo a decisão reclamada pela incidência do princípio da precaução, determinar que outra decisão seja proferida, no prazo legal, obedecendo aos critérios estabelecidos na decisão deste Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 6341, firmando o Tribunal na origem à conclusão o que melhor de aprovar nos limites do paradigma fixado. Requistem-se as informações à autoridade reclamada, no prazo legal, nos termos do artigo 987, inciso II, do CPC. Ainda, cite-se a beneficiária do ato reclamado, conforme disposto no artigo 987, inciso III, do CPC, a fim de que apresente contestação, no prazo legal. Relator: Edson Fachin. Processo nº 0091375-95.2020.1.00.0000. Brasília, 18 ago 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5901157>. Acesso em: 16 nov 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Reclamação nº 40366**. Reclamação Constitucional. Coronavírus. COVID-19. ADI n. 6.341-MC. Medida Provisória n. 926/2020. Providências normativas e administrativas. Distribuição de competências entre os entes federados. Competência comum. Art. 23, II, da CF. Não afronta. Súmula Vinculante n. 38. Ausência de aderência estrita. Impossibilidade de utilizar reclamação como sucedâneo recursal. Reclamação a que se nega seguimento. Município de Limeira. Relatora do AI n. 2074564-18.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 13 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5902295>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Reclamação nº 40930**. Ante o exposto, julgo procedente o pedido para cassar o ato reclamado e determinar o sobrestamento do Processo

0036689-96.2019.4.01.3400, em trâmite na 23ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, até o pronunciamento definitivo desta Corte na ADI 5090. Marcelo Vinicius De Sousa Campos. Juíza Federal Da 23ª Vara Do Juizado Especial Federal Da Seção Judiciária Do Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. Processo nº 0093330-64.2020.1.00.0000. Brasília, 29 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917929>. Acesso em: 16 nov 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Súmula Vinculante nº 38**. É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial. Brasília, 20 mar 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula789/false>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2122512-53.2020.8.26.0000**. Ação direta de inconstitucionalidade Leis e Decretos Municipais que estabelecem medidas menos restritivas a respeito da quarentena - Normatização municipal para enfrentamento da pandemia do COVID-19, que suplementam as regras estaduais, não podendo flexibilizá-las, tampouco abrandá-las - Precedentes do Supremo Tribunal Federal - Ação julgada procedente, para dar interpretação conforme os preceitos indicados. Câmara Municipal de Marília e Procurador Geral de Justiça. Relator: Moreira Viegas. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 06 maio 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI005VTED0000#?cdDocumento=168>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerFGE 58, 300**. § 1a Absatz 3 Nummer 1, § 2 Absatz 1, § 3 Absatz 1 Nummer 6 und § 6 des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 1976 (Bundesgesetzbl. I S. 3017) sind mit dem Grundgesetz vereinbar. Dasselbe gilt für § 17, soweit hiernach kein Rechtsanspruch auf Bewilligung nach § 8 eingeräumt ist, wenn die Wassernutzung nach Maßgabe des beim Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes geltenden Landesrechts aufgrund des Eigentums am Grundstück ausgeübt worden ist. Karlsruhe:

Bundesverfassungsgericht, Ersten Senats, 16 de julho de 1981. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058300.html>. Acesso em: 16 nov. 2022.

DIAS, Jefferson Aparecido; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. O desemprego e o autoatendimento no setor bancário: entre o biopoder e a biopolítica. **REPATS**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 253-270, jul./dez. de 2017.

DOLZAN, Márcio; JANSEN, Roberta. Monitor aponta que média de isolamento social no Brasil é de 43,4%, **Estadão**, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/05/15/monitor-aponta-que-media-de-isolamento-social-no-pais-e-de-434-ideal-seria-70.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 27 abr. 2021.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. O princípio da legalidade na Constituição Espanhola. **Revista de Direito Público**, v. 21, n. 86, p. 5-13, abr./jun. 1988.

GIELOW, Igor. ‘Lockdown’ tem apoio de 60% dos brasileiros, diz Datafolha, **Folha de S. Paulo**, 26 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/lockdown-tem-apoio-de-60-dos-brasileiros-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 8 jun. 2020.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed, Coimbra: Almedina, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. Wer sol der Hüter der Verfassung sein? **Die Justiz**, h. 11-12, v. VI, p. 576-628, 1931.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MÉDICI, Alejandro. **El malestar en la cultura jurídica: Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte: Staatsrecht II**. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

R7. SP: Doria anuncia 'retomada consciente' a partir de 1º de junho. **R7**, 27 mai. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/sp-doria-anuncia-retomada-consciente-a-partir-de-1-de-junho-27052020>. Acesso em: 8 jun. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.