

COVID-19

um novo paradigma na pirâmide das normas

IZIDORO, Frederico Afonso



FREDERICO AFONSO IZIDORO

Mestre e Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública. Mestre em Direitos Difusos. Pós-graduado em Direitos Humanos. Pós-graduado em Gestão de Políticas Preventivas da Violência, Direitos Humanos e Segurança Pública. Pós-graduado em Direito Processual. Bacharel em Direito. Major da Polícia Militar do Estado de São Paulo (Chefe da Divisão de Direitos Humanos). Professor de Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Administrativo. Autor de diversas obras pelas editoras Saraiva, Forense, Método dentre outras. Articulista.

Resumo: Desde o início nos bancos escolares de qualquer faculdade de direito, aprendemos que o primeiro marco de referência normativo é a Constituição Federal (CF) em nosso País. Ao seu lado, com equivalência às emendas constitucionais, os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados na forma do § 3º do art. 5º da Lei Maior. Nossa Constituição, por ser o paradigma das normas, possui mecanismos de alterabilidade mais complexos que a norma infraconstitucional, justamente para protegê-la, e até mesmo, para evitar que o texto sofra diversas alterações, podendo causar uma insegurança jurídica maior do que a já existente. É verdade que mesmo com tal proteção, até o momento da escrita deste capítulo, já tivemos 107 emendas regulares e 06 emendas de revisão, portanto, o texto originário de 1988 sofreu 113 alterações em pouco mais de 30 anos de vigência. Muito? Pouco? O fato é que não há ano que se passe sem que haja uma alteração constitucional (excetuando 2018 quando houve a intervenção federal no estado do Rio de Janeiro, impedindo formalmente qualquer alteração constitucional). Nossa Constituição não é imutável, o que é excelente, mas ao ser classificada como “super-rígida” me faz pensar: ou não é “tão rígida assim” ou o texto originário não conseguiu representar nossas necessidades, pois, acredito que são muitas alterações em tão pouco tempo. Se já não bastassem tantas inovações, surge uma pandemia (COVID-19), a qual acaba de fato rompendo (ou sendo o pretexto para tal) barreiras constitucionais,

sem precedentes na curta história da atual Lei Maior.

Palavras-chave: COVID-19. Constituição Federal. Direitos Humanos. Soberania. Autonomia. Hierarquia das normas. Competências.

Do Poder Constituinte

O chamado poder constituinte (PC) representa de fato o verdadeiro poder, pois, é por meio dele que poderá ser elaborada uma nova constituição. Partindo da premissa que esta nova norma será balizadora estrutural de determinado Estado, é ele (PC) que estabelecerá os limites de atuação deste Estado.

A cada nova constituição, nos dizeres de Michel Temer, temos um novo Estado. Desta forma, evita-se criar a todo momento um novo texto constitucional, entretanto, não é razoável ter uma constituição imutável. Há a necessidade de uma certa flexibilidade, pois a sociedade é dinâmica e criar uma norma imutável, limitaria muitas vezes, o próprio avanço daquele Estado.

Sobre o tema, Michel Temer lembra que uma nova constituição “Visa a criar o Estado. Antes dessa manifestação, o Estado, tal como veio a ser positivado, não existia. *Existe*, é, a partir da Constituição” (TEMER, p. 35).

A doutrina apresenta uma série de variantes do PC. Para se elaborar uma nova constituição temos o Poder Constituinte Originário (PCO). Este representa o maior poder de fato, conforme já mencionado acima, pois determinará o Estado e sua estrutura (digo poder de fato, pois há muitas competências rotuladas como poderes, como veremos mais abaixo). Pedro Lenza aponta uma subdivisão do PCO em “originário histórico” e “originário revolucionário” (LENZA, 153). O primeiro seria o deflagrador, a primeira constituição da história daquele Estado, enquanto que o segundo, corresponderia às demais novas constituições. Assim, no Brasil, temos a Constituição de 1824 como fruto do PCO Histórico e as demais (1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69 e 1988) fruto do PCO Revolucionário. Além do PCO mencionado, aponta também a existência do “Poder Constituinte Difuso” e do “Poder Constituinte Supranacional”.

André Ramos Tavares por sua vez, apresenta uma “variação” do histórico e revolucionário citando Jorge Reinaldo Vanossi: “Vanossi vislumbra, como já se fez referência acima, uma “terceira” categoria de poder constituinte, que seria o poder constituinte revolucionário. A diferença entre o poder constituinte originário e o poder constituinte

revolucionário, segundo o autor, estaria no fato de que, enquanto o primeiro não reconhece uma legalidade preexistente pelo motivo de que esta não existiu, já que surge ali, o revolucionário, em oposição, não reconhece uma legalidade preexistente porque a derrubou. O que esse autor designa por poder constituinte revolucionário é, como se viu, uma das verdadeiras facetas da força constituinte (entendida no sentido estrito, como ruptura de dada evolução constitucional em um Estado), que se completa, como já se referiu, com aquela força decorrente de movimentos de independência (mais escassos que antigamente, mas que não deixam de ocorrer ainda hoje). São essas as duas possíveis manifestações do genuíno poder constituinte e que poderiam ser designadas como manifestações revolucionárias em sentido amplo” (TAVARES, p. 215-216).

Em um Estado democrático, o titular do poder constituinte é o povo, como no caso do Brasil atualmente (CF/88), demonstrado pelo parágrafo único do art. 1º. Vejamos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (g.n.)

Apesar do povo ser o titular, há limites impostos, mesmo para uma nova constituição (abaixo mencionarei sobre o “ilimitado juridicamente” como uma das características). Jorge Miranda aponta que “Decerto, enquanto faculdade essencial de auto-organização do Estado, o poder constituinte perdura ao longo de sua história e pode ser exercido a todo o tempo; e, na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra” (MIRANDA, p. 19).

Uma dúvida recorrente sobre a constituição ser o paradigma de todas as normas em relação ao próprio poder constituinte, pois, como se pode dizer que a constituição está acima de tudo se alguém a elaborou? André Ramos Tavares, afirma que “A solução a essa dificuldade, lembra Zagrebelsky, encontra-se na “excepcionalidade e na irrepetibilidade do poder constituinte: uma vez posta a constituição, ele é destinado a desaparecer e a não mais ser invocado, deixando o lugar a poderes apenas constituídos”” (TAVARES, p. 201).

O PCO possui características relevantes: inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado e soberano na tomada de suas

decisões, poder de fato e poder político, permanente.

De um modo geral mencionamos “poderes” de forma equivocada, pois na verdade trata-se de competências destinadas a determinadas autoridades constituídas. Dentre estes equívocos, temos o Poder Constituinte Derivado (PCD), não se trata de poder de fato, mas competência dada para determinadas situações. Temos três espécies:

a) Poder Constituinte Derivado Reformador é o responsável pelas alterações ordinárias (nas hipóteses permitidas), ou seja, as 107 emendas apontadas no início do capítulo, são frutos desta competência;

b) Poder Constituinte Derivado Revisor foi o responsável pelas 06 emendas de revisão e ocorreu em um período específico com regras específicas;

c) Poder Constituinte Derivado Decorrente deu competência aos Estados da Federação para formularem suas próprias constituições, observados os princípios e limites já definidos pelo PCO na Lei Maior de 1988.

Da (in)subordinação dos municípios aos estados e da (in) subordinação destes à União

Uma das causas de maior confusão jurídica constitucional ocorridas “pelo COVID-19” a meu ver, tem sido sobre a autonomia administrativa, financeira e política dos entes federativos.

Se não existe subordinação entre os entes e se apenas existe a soberania à República Federativa do Brasil, como explicar o comportamento em termos de pandemia, principalmente dos municípios, que varia da “soberania” à subordinação? É sempre bom destacar o art. 1º, inciso I da CF/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (g.n.)

I - a soberania;

Trazendo o exposto para exemplos recentes, tivemos:

a) Da subordinação dos municípios ao estado: quase diariamente o governador paulista em suas *lives* afirmou que, além do prefeito de São Paulo que estava ao seu lado, também o acompanhavam os demais 644 municípios, dando a entender que o estado estava acima dos mu-

nicípios, ou, que os municípios estavam obrigados a seguir o que vinha sendo determinado. Trata-se das mais absurdas violações de autonomia dos municípios. Estes podem ou não adotar tais medidas. Vários municípios ajuizaram ações contrárias ao determinado, tendo êxito em muitas delas. A cada novo decreto, inovando uma série de questões além da competência de um governador de Estado, me perguntava “onde estará o Ministério Público (MP) neste momento?”. Para minha surpresa, o MP de ofício, por várias vezes agiu contra os municípios que “desobedeceram” tais decretos. Em recente confusão sobre abertura e horário de bares no ABC paulista (São Bernardo inovou por decreto e agiu de forma diversa do “determinado” pelo estado¹²; Santo André foi pelo mesmo caminho e por fim, São Caetano do Sul³). Em menos de 48h teve decreto autorizando, liminar autorizando, liminar revogando, enfim, aquele caos jurídico, deixando claro que vivemos um momento de insegurança jurídica sem precedentes desde a chegada da Lei Maior em 1988. Destaco duas manifestações do MP, uma por um dos promotores responsáveis no ABC e a outra do próprio Procurador Geral de Justiça: “O Ministério Público recomendou à Prefeitura de Santo André que revogasse o decreto e adequasse o setor ao Plano São Paulo”. Em caso de descumprimento, o promotor Marcelo Santos Nunes informou que seriam tomadas as “medidas legais necessárias a fim de assegurar a sua implementação, inclusive através do ajuizamento de ação civil pública cabível, sem prejuízo da apuração e consequente responsabilização pela prática do ato de improbidade administrativa”⁴. Novamente trago à baila a questão: com base no que o município deve subordinar-se ao estado? E o promotor ameaçando o prefeito de possível prática de improbidade administrativa? Ainda sobre a participação do MP, em entrevista ao SP1 do dia 27/07/2020, o Procurador Geral de Justiça do estado de São Paulo, Mário Sarrubo, afirmou: “Os municípios podem restringir mais do que o determinado pelo estado, mas não podem flexibilizar mais. Quando o prefeito insiste em violar a norma legal, mesmo havendo determinação do Poder Judiciário, nós já

1 <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/23/justica-permite-flexibilizacao-de-horario-de-funcionamento-de-bares-e-restaurantes-em-sao-bernardo-no-abc-paulista.ghtml>. Acesso em 28.07.2020.

2 <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/27/justica-revoga-decreto-que-permitia-o-funcionamento-de-bares-e-restaurantes-de-santo-andre-a-noite.ghtml>. Acesso em 28.07.2020.

3 <https://globoplay.globo.com/v/8729975/programa/>. Acesso em 28.07.2020.

4 <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/27/justica-revoga-decreto-que-permitia-o-funcionamento-de-bares-e-restaurantes-de-santo-andre-a-noite.ghtml>. Acesso em 28.07.2020.

podemos até imaginar que está esbarrando esse prefeito ou os prefeitos que agem dessa forma, para o campo da improbidade administrativa ou mesmo para crime de responsabilidade de prefeitos”⁵;

b) Da insubordinação dos municípios ao estado: em vários municípios houve ajuizamento de ação, visando preservar a autonomia do município, sem a subordinação, inexistente, reforço sempre, ao estado;

b.1) Em abril, no município de Atibaia (SP), “Na tarde desta terça-feira, dia 28, o Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu um agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, com relação à flexibilização da abertura do comércio de Atibaia. Com a decisão, continua valendo o Decreto Municipal que flexibilizou a abertura de alguns comércios e serviços. O agravo foi um recurso do MP no Tribunal de Justiça, após o juiz da 1ª Vara Cível de Atibaia negar uma liminar do Ministério Público para que o decreto municipal que permitiu o funcionamento de microempreendedor individual (MEI), microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) fosse revogado. Na decisão, o Tribunal de Justiça diz que “à primeira vista, sem perder de vista a gravidade da doença em questão (COVID-19), não está evidenciado o efetivo risco de dano grave e de difícil reparação, na medida em que, além de o Ministério Público não ter, sequer, alegado que o número de casos confirmados tenha impactado ‘em mais de 50% da capacidade instalada existente antes da pandemia’ (cf. Boletim Epidemiológico nº 7, de 6 de abril de 2020, do Ministério da Saúde, que é órgão competente para dispor sobre as medidas de isolamento e quarentena, nos termos do art. 3º, §§ 5º e 7º, da Lei nº 13.979/2020), o Juízo ‘a quo’ deferiu, ainda que em parcialmente, a tutela provisória de Urgência”;⁶ (g.n.)

b.2) Em maio, em Embu das Artes (SP), “O Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a abertura, em decisões isoladas de desembargadores nos últimos dias, de cinco restaurantes, churrascarias e bares localizados às margens de rodovias do estado para atendimento presencial a caminhoneiros e viajantes, inclusive com a possibilidade de fazer refeições no local e usar os banheiros. As cinco decisões judiciais paulistas que permitiram a abertura dos restaurantes refere-se a um estabelecimento às margens da Régis Bittencourt, em Embu das Artes, na Grande São Paulo, e foi expedida pelo desembargador Renato Sartorelli na última sexta-feira (15). As demais decisões liberaram a abertura de churrascarias na Rodovia Anhanguera, em Rio Claro, e às margens da

5 <https://globoplay.globo.com/v/8729975/programa/>. Acesso em 28.07.2020.

6 <http://site.oatibaense.com.br/2020/04/tribunal-de-justica-mantem-decisao-de-abertura-de-comercio-de-atibaia/>. Acesso em 28.07.2020.

Rodovia Deputado Archimedes Lammoglia, em Itu, e na rodovia Presidente Dutra, em Taubaté e de um restaurante em Arujá, todas por meio de liminar (decisão de urgência sem ouvir a outra parte). Durante processo julgado pelo TJ na sexta-feira, o proprietário do restaurante na Grande SP alegou que os seus clientes, “a grande maioria viajantes e caminhoneiros”, e que ficaram sem a possibilidade de consumir refeições no local com a decisão do governo e que o restaurante é “um ponto estratégico para descanso e refeição” dos motoristas que trafegam pela Régis Bittencourt. As ordens judiciais contrariam o decreto do governador, João Doria (PSDB), que visa proibir abertura de restaurantes para conter a propagação novo do coronavírus durante a quarentena forçada no estado. O decreto imposto por Doria, autoriza apenas mercados, farmácias e serviços essenciais podem abrir para atendimento ao público – o que é vedado a restaurantes⁷ (g.n.);

b.3) Em julho, no município de Limeira (SP), o desembargador Oswaldo Luiz Palu (TJSP) deferiu a reabertura de uma academia. O magistrado considerou o Decreto federal nº 10.344/20, que incluiu as academias de ginásticas do rol das atividades essenciais,⁸

c) Da “soberania” dos municípios: no município de Itatiba (SP), o prefeito, por meio de rede social pessoal, decretou o início das barreiras sanitárias. Vale a pena verificar o discurso: “Estamos iniciando a operação barreira sanitária em Itatiba. Nós vamos começar a instalar 50 barreiras de concreto para fazer o controle de acesso dos veículos. A partir de amanhã 09 barreiras sanitárias serão colocadas pela guarda municipal para aferrir a temperatura das pessoas que entrarem no município. Aqueles que tiverem com mais de 37,8º centígrados (*sic*), vão ter que voltar para suas cidades ou então ser conduzidos para o serviço de saúde. [...] Quem tem (*sic*) que entrar na cidade tenha que passar pela aferição da temperatura. [...] Em algumas ruas vai (*sic*) se acabar com acessos, com as travessas. [...] É uma medida muito prudente. [...]”⁹. (g.n.) O mesmo prefeito, novamente utilizando-se de rede social pessoal, afirmou em outro momento que “[...] Toda essa operação de guerra, essa operação de guerra foi montada com o aval do secretário municipal de saúde Dr. Fábio Nani, secretário adjunto Dr. Carlos Lemes, a encarregada Rosângela Zabaleta da vigilância sanitária, médicos infectologistas que participaram da reunião, e na verdade

7 <https://gazetabrazil.com.br/brasil/sao-paulo/justica-contraria-doria-e-autoriza-abertura-de-restaurantes-em-sp/>. Acesso em 28.07.2020.

8 <https://www.migalhas.com.br/quentes/330151/desembargador-autoriza-reabertura-de-academia-em-limeira-sp-na-proxima-semana>. Acesso em 28.07.2020.

9 <https://www.facebook.com/DOUG1A5/videos/2847283628641696/>. Acesso em 28.07.2020.

essa discussão ela foi longe, porque nós estamos tomando uma medida preventiva que municípios na Europa tomaram para evitar o alastramento da doença. [...] Fizemos adaptações hoje durante todo o dia, algumas barreiras estavam frágeis, outras (*sic*) a população não estava, vamos colocar assim, obedecendo, fomos aí mais incisivos e pegamos placas dos espertinhos que furaram esses bloqueios... [...] A repercussão na imprensa foi muito grande. [...] Carros com placa (*sic*) de fora da cidade ou Mercosul estão passando pelas barreiras sanitárias. Placas de Itatiba quando o movimento está baixo também está (*sic*) passando pela barreira. [...]”¹⁰ Temos aqui então um caso “curioso”, para não dizer improprio e com abuso de autoridade. De início, não houve qualquer estudo prévio para tal questão. Aferir a temperatura com esses termômetros do “tipo pistola”, não possui informação fidedigna, conforme já afirmou o próprio Dr. Dráuzio Varella – “medir a temperatura na testa, ‘com termômetros que parecem revólveres’, é um método impreciso porque os aparelhos medem a temperatura da pele, eventualmente diversa daquela do resto do corpo”¹¹. E essa “condução”? As pessoas seriam detidas? E o impedimento de entrar no município? Fronteira? “Pegamos as placas dos espertinhos”. O município legislando acerca do trânsito que é competência privativa da União. E a seleção na barreira (placa de fora e do município). O prefeito, ouviu as autoridades de saúde do município, mas “esquece” de ouvir o secretário jurídico ou de consultar sua procuradoria municipal. Como um município adota um protocolo dos “municípios europeu”? E onde estavam o MP e a Câmara Municipal para fiscalizar a lei e o Executivo respectivamente? Determinado vereador da oposição chegou a comentar sobre as barreiras sanitárias – “sei que é errado, mas a população está apoiando”. É o caos jurídico!

d) Da (in)subordinação dos estados à União: em 07 de maio de 2020, foi publicado o Decreto nº 10.342, alterando o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Com a publicação do decreto, 17 governadores dos estados e do Distrito Federal (DF) afirmaram que não cumpririam tal decreto¹².

10 <https://www.facebook.com/DOUG1A5/videos/2849540175082708/>. Acesso em 28.07.2020.

11 <https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/ironizado-por-bolsonaro-drauzio-varella-a-juda-governo-a-ganhar-acao-relacionada-ao-coronavirus,e48bbd5cc8c80669b3a2b13041a8a17a5e-vskx8w.html>. Acesso em 28.07.2020.

12 <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/11/governadores-anunciam-que-nao-irao-seguir-novas-diretrizes-sobre-servicos-essenciais-durante-pandemia.ghtml>. Acesso em 28.07.2020.

Interessante que o tema aborda o que são ou não são “serviços essenciais”. E os estados, juntamente com o DF, afirmaram que prevalecerão os decretos emitidos por estes, que a meu ver, também não são competentes e sim os municípios. O presidente da República ao tomar ciência da “recusa generalizada”, assim manifestou: “Alguns governadores se manifestaram publicamente que não cumprirão nosso Decreto nº10.344/2020, que inclui no rol de atividades essenciais as academias, as barbearias e os salões de beleza. Os governadores que não concordam com o Decreto podem ajuizar ações na justiça ou, via congressista, entrar com Projeto de Decreto Legislativo. O afrontar o estado democrático de direito é o pior caminho, aflora o indesejável autoritarismo no Brasil. Nossa intenção é atender milhões de profissionais, a maioria humildes, que desejam voltar ao trabalho e levar saúde e renda à população”, escreveu o presidente”¹³. (g.n.) Interessante ler que o presidente mencionou “o indesejável autoritarismo”. O decreto federal é abusivo, assim como todos os decretos que invadem as competências definidas na Lei Maior a partir do art. 21.

“Decreto não é lei”

A frase dita por um desembargador (TJSP) a um guarda municipal de Santos (SP) no dia 18 de julho “viralizou”. As ofensas e demais atitudes não valem a pena sequer comentar, mas a frase “decreto não é lei” merece o destaque.

Decreto não é lei, é fato. A alusão do magistrado refere-se ao princípio da legalidade restrita, previsto no art. 5º, inciso II da CF/88. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (g.n.)

O tema é controverso, pois parte da doutrina (majoritária) afirma que o decreto autônomo, isolado, ou seja, o não regulamentador, desprovido, portanto de lei como base, não poderia inovar juridicamente, criando as obrigações acima descritas. Enquanto parte da dou-

13 https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/12/interna_politica,853947/bolsonaro-governadores-que-nao-seguirem-decreto-afloram-autoritarism.shtml. Acesso em 28.07.2020.

trina aponta que sim. Quando o STF, em março de 2020, por meio do ministro Marco Aurélio Mello, decidiu que governadores e prefeitos podem editar regras sobre isolamento e quarentena, me pergunto: por qual forma? Pela forma legislativa, apresentando um projeto de lei (me parece o mais adequado), ou monocraticamente, pelo prefeito/governador por meio de decreto? Qual o alcance comportamental desse isolamento e quarentena? Decreto sendo base para prisão, conforme ocorrido em Araraquara, quando uma senhora, sozinha numa rua andando, estava sem máscara e foi presa pela guarda municipal.¹⁴ Não é possível que qualquer jurista com “nível raso”, possa convalidar tal abuso!

Canotilho, Gilmar Mendes, Ingo Sarlet e Lenio Streck entendem que não é possível. Em longa explicação, desde o histórico do chamado princípio da legalidade, concluem da seguinte forma: “Quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” pode-se entender o *conjunto do ordenamento jurídico* (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (*Rechtsgesetze*). O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda atividade estatal e privada à *força normativa da Constituição*. [...] Nesse bloco de legalidade estão incluídas igualmente as emendas constitucionais (art. 60), as leis complementares, as leis delegadas (art. 68) e as medidas provisórias (art. 62), estas como atos equiparados à lei em sentido formal. São os atos normativos igualmente dotados de força de lei (*Gesetzeskraft*), ou seja, do poder de inovar originariamente na ordem jurídica. Também os tratados internacionais ratificados pelo Brasil constituem atos equiparados à lei em sentido formal, igualmente dotados de força de lei, com especial relevância para os tratados sobre direitos humanos, os quais, com *status de supralegalidade*, situam-se na ordem jurídica num patamar entre a lei e a Constituição, tal como fixado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal. Dessa forma, possuem os tratados internacionais de direitos humanos efeito revogador da legislação interna anterior que com

14 <https://rciararaquara.com.br/destaques/mulher-e-presa-em-praca-por-descumprir-decreto-em-araraquara/>. Acesso em 28.07.2020.

eles seja incompatível, assim como um *efeito paralisador* ou *impeditivo* da *eficácia* das leis contrárias posteriores. O princípio da legalidade, nesse sentido, converte-se em *princípio da legalidade comunitária* (Canotilho), englobando as normas jurídicas de direito internacional aplicáveis na ordem jurídica interna. Na ordem jurídica brasileira, os decretos e regulamentos não possuem valor normativo primário, de forma que têm função meramente regulamentar da lei. Assim, pode-se afirmar que no sistema constitucional brasileiro não são admitidos os regulamentos e decretos ditos autônomos ou independentes, mas apenas os de *caráter executivo* (art. 84, IV) e os de *natureza organizatória* (art. 84, VI), os quais possuem função normativa secundária ou subordinada à lei. É preciso enfatizar, não obstante, que a modificação introduzida pela EC n. 32/2000 parece ter inaugurado, no sistema constitucional de 1988, o assim denominado “decreto autônomo”, isto é, decreto de perfil não regulamentar, cujo fundamento de validade repousa diretamente na Constituição. Ressalte-se, todavia, que o decreto de que cuida o art. 84, VI, da Constituição, limita-se às hipóteses de “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”, e de “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. Em todas essas situações, a atuação do Poder Executivo não tem força criadora autônoma, nem parece dotada de condições para inovar decisivamente na ordem jurídica, uma vez que se cuida de atividades que, em geral, estão amplamente reguladas na ordem jurídica. [...] (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK. p. 503-504).

Por sua vez, Celso Spitzcovsky nos ensina que “Sem embargo da clareza dos excertos transcritos, cumpre alertar para a existência de polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca do tema ora focado, a ponto de se admitirem em nosso ordenamento jurídico os chamados decretos e regulamentos autônomos, ou seja, aqueles que não dependem da existência de lei anterior para que possam ser editados. É o que se observa do excerto extraído do magistério de Hely Lopes Meirelles, em que o renomado administrativista vislumbra essa possibilidade em nosso ordenamento jurídico nas seguintes hipóteses:

“O nosso ordenamento administrativo admite duas modalidades de decreto geral (normativo): o independente ou autônomo e o regulamentar ou de execução. Decreto independente ou autônomo: é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da

lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. (g.n.)

Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto”. (g.n.)

Em nossa jurisprudência detecta-se a mesma tendência apontada pelo ilustre administrativista, como se percebe dos excertos do STF e do STJ, que pela sua importância excepcionalmente serão reproduzidos de forma integral:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Dec. 409, de 30.12.1991.

Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal” (STF, ADIn 708, rel. Min. Moreira Alves, j. 22.05.1992, DJU 07.08.1992)”.

Já havia escrito em outrora especificamente sobre o tema, a meu ver, o ato ficaria menos abusivo (no caso dos decretos expedidos pelos prefeitos já descritos acima) se fosse oriundo da Câmara Municipal ou da Assembleia Legislativa, pois teria, mesmo que teoricamente, o apoio dos representantes do povo. Da forma como foram (e ainda são) produzidos, é surreal!

Da Imprensa

Estamos abordando a questão do “poder”, motivo este da abordagem ao tema da imprensa, afinal esta é conhecida como o “4º poder”.

A imprensa brasileira, notadamente os maiores grupos, optaram por “prevaler a morte”, ao noticiarem sobre o COVID-19.

A imprensa livre é obrigação, porém tal liberdade tem um preço: responsabilidade. Dificilmente hoje consegue-se informações sobre “a vida” nos órgãos de imprensa.

Em outrora, tivemos a oportunidade de escrever sobre a possível decretação do estado de sítio. A cada dia me convenço que o País estaria menos bagunçado. Cabe lembrar que a Constituição, nesse caso (estado de sítio), permite a restrição à liberdade de imprensa, deixando muito claro, que JAMAIS defenderia qualquer tipo de censura. Vejamos o texto da Lei Maior:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

[...]

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (g.n.)

Quando se consulta a página oficial do governo sobre os dados do COVID-19 (<https://covid.saude.gov.br/>), temos o destaque aos “Casos recuperados” e apenas ao final, o número de mortes. Vamos aos números¹⁵:

- a) Casos recuperados: 1.634.274;
- b) Em acompanhamento: 697.813;
- c) Casos confirmados: 2.419.091;
- d) Óbitos confirmados: 87.004.

Nossa Lei Maior, sobre a Comunicação Social, assim delibera:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. (g.n.)

Em momento algum afirmo que os dados divulgados são mentirosos, muito pelo contrário, são verdadeiros. O que trago para reflexão se o são da melhor forma. A divulgação pelo medo, pela desgraça será a melhor forma de informar? É ético prevalecer a morte do que a vida na notícia?

Alexandre de Moraes afirma que “O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos” (MORAES, p. 889). Nosso ministro da Suprema Corte

¹⁵ Acesso em 27.07.2020.

continua: “Jean François Revel faz importante distinção entre a livre manifestação de pensamento e o direito de informar, apontando que a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, deve ser objetivo, proporcionando informação exata e séria” (MORAES, p. 889). (g.n.)

Sobre o tema, José Afonso da Silva¹⁶ comenta: “Aí está a base constitucional para a atuação da cultura de massa, com limitações que visam precisamente a conciliar a defesa da cultura em geral, nacional e regional, e especialmente da cultura popular, com as projeções da indústria cultural. Esses princípios orientadores da atuação da indústria cultural, contudo, não têm sido respeitados, nem por rádio nem por televisão comerciais. A *Rede Globo* continua produzindo seus programas na central do Rio de Janeiro, e não dá preferência alguma às finalidades educativas, artísticas e culturais, como existe o inciso I do artigo; nem faz promoção da cultura nacional ou regional, a não ser esporadicamente. Não se pode ter os programas de telenovelas como tal, dada especialmente sua má qualidade educativa, artística e cultural, salvo exceções... [...]. Mesmo assim, Gabriel Priolli responde pela afirmativa à questão de saber se a mídia eletrônica está ou não contribuindo para a elevação dos padrões culturais da população brasileira; para ele, “a mídia eletrônica tem dado a sua contribuição e tem feito mais pela cultura nesta década, do que nas três outras precedentes”. Mas a essa conclusão ele chega mediante a análise do “papel da radiodifusão educativa, no contrapeso ao comercialismo extremado e às frequentes ‘apelações’ das emissoras privadas, dedicadas antes ao entretenimento do que à produção de lucros para seus proprietários e anunciantes, do que a programas consistentes e relevantes ao telespectador”. [...] A lei poderá estabelecer regras de defesa da pessoa e da família em relação a programas e programações que contrariem esses princípios. [...]” (SILVA, p. 848).

Salvaguardadas as devidas proporções, já que mencionada pelo renomado constitucionalista a Rede Globo, esta é a líder, não apenas na audiência, mas na “notícia morte e desinformação”. Penso que “espalhar o caos” seja propício justamente para “desmontar” ou desacreditar nossa Lei Maior. Como tentei demonstrar o quanto está desorganizado, justamente por “interpretações estranhas” da Constituição não apenas pela Suprema Corte, mas também pelo Ministério Público e nunca questionada pela mídia. Não precisamos perder tempo em dis-

16 Infelizmente a obra referenciada é de 2012 (8ª edição) e a mais atual de 2014 (9ª edição), mas os exemplos continuam válidos.

cutir a força da imprensa. No caso citado das “barreiras sanitárias”, o governo local afirmou que “estamos no caminho certo, pois a matéria foi reproduzida no Fantástico”¹⁷, em alusão ao programa dominical noturno da Rede Globo. A função da imprensa é informar ou desinformar?

Conclusão

Em nossas palestras, quando o tema e o tempo estavam favoráveis, gostava (e gosto) de lembrar que na década de 80, especificamente em 82 e 86 (anos das Copas do Mundo), o brasileiro “tornava-se especialista em futebol”. 180 milhões de técnicos pedindo “um ponta”. O interesse pelo futebol foi diminuindo, já se tem dificuldade atualmente de nominar mais do que dois jogadores da atual seleção.

Com a proliferação das câmeras de monitoramento, as ocorrências policiais ganharam as telas das TVs e, conseqüentemente, as telas dos celulares. Surgiam assim os novos “especialistas”, agora em segurança pública. Da mesma forma como acima “se pedia” ao técnico Telê Santana para escalar um ponta direita e um ponta esquerda, os brasileiros agora “apontam o que deveria ser feito em termos de segurança pública”, sentados no conforto do seu sofá em sua sala...

Não para por aí. A TV Justiça começou a transmitir as audiências do Supremo Tribunal Federal (STF) ao vivo, podemos dizer que “popularizou-se” o direito, na verdade, deu-se visibilidade às audiências da Suprema Corte. Mais um “lote de especialistas” – os juristas da TV.

Por fim, com a chegada da pandemia (COVID-19) nos “aperfeiçoamos” e agora somos 220 milhões de especialistas em... COVID-19. Da cura com alho, da cloroquina, do respirador, do isolamento social, do uso da máscara, do álcool gel, dos hospitais de campanha, do superfaturamento pelos governos nas compras com as dispensas de licitação, do uso contumaz do decreto (para prender, para fechar comércio, para multar, para o *lockdown*, para barreiras sanitárias, para condução para averiguação, para proibir a circulação das pessoas etc.)...

Não me lembro nos meus mais de 20 anos de docência tamanho desrespeito ao texto constitucional vigente. Já escrevi, por mais de uma vez, nesse período pandêmico, sobre tal questão. Muito desse desrespeito com o aval do STF.

Sou adepto do pensamento que o “errado, mesmo que praticado por todos (ou por muitos), continuará errado”. E o “certo, mesmo que

17 <https://globoplay.globo.com/v/8544359/programa/>. Acesso em 28.07.2020.

não praticado (ou praticado pela minoria), continuará certo”. Mas e se de repente nossa Lei Maior, adotando a chamada concepção sociológica defendida por Ferdinand Lassalle¹⁸, tornou-se uma “simples folha de papel”? E se ela “perdeu o sentido” pós pandemia? Muitos governantes tem sede de alterar a Constituição para o “seu modo”, mas desta vez passamos por algo sem precedentes. Vai muito além da chamada “teoria da imprevisão” invocada nos contratos administrativos.

Quando analisamos a chamada “linha constitucional brasileira”, verificamos que para cada nova constituição houve um (ou mais) fato(s) relacionados à mudança constitucional (revolução de armas ou de idéias ou da sociedade em si). . Vejamos:

- Constituição de 1824: independência do País em 07 de setembro de 1822;

- Constituição de 1891: proclamação da República em 15 de novembro de 1889;

- Constituição de 1934: crise econômica de 1929 + diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho;

- Constituição de 1937: grupos antagônicos e radicais – Ação Integralista Brasileira X Aliança Nacional Libertadora + manifesto lançado por Luís Carlos Prestes + Intentona Comunista + “Plano Cohen”;

- Constituição de 1946: 2ª Guerra Mundial + Manifesto dos Mineiros;

- Constituição de 1967: Golpe Militar de 1964;

- Constituição de 1969: constitucionalização dos Atos Institucionais por meio da EC n. 1, de 17.10.1969;

- Constituição de 1988: movimento “Diretas Já” + eleição de um presidente civil + fim do regime militar;

- Constituição de 202?: COVID-19.

Com precisão “quase futurista”, André Ramos Tavares afirma que “Como lembra Meirelles Teixeira, é reconhecida a corrente, na moderna ciência política, defendida por autoridades como Brinton, Herrfahrdt, Friedrich, Menzel e outros, segundo a qual “o fator dinâmico das revoluções reside justamente numa tensão social, gerada por conflitos de interesses, e intensificada pelos próprios desajustamentos entre as formas e as instituições político-jurídicas e a realidade social” (TAVARES, 215). (g.n.)

Aguardemos!

18 ¿Qué es una Constitución?

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MIRANDA, Jorge. **Poder Constituinte**. Revista de Direito Público, v. 80.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.
- MORAES, Alexandre de; [et al]. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.