



PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, com fundamento no disposto no artigos 103, inciso I, da Constituição, bem como no artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, perante essa Suprema Corte, ajuizar

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar, para postular interpretação conforme à Constituição dos artigos 2º, incisos I, II e IV; e 3º, incisos I e II, da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e dos artigos 2º, inciso I e II; e 3º, incisos II e VI, da Lei nº 13.979/2020, bem como a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 41.874/2021, do Distrito Federal; do Decreto nº 20.233/2021, do Estado da Bahia; e dos Decretos nº 55.782/2021 e 55.789/2021, do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de assegurar os valores sociais da livre iniciativa e a liberdade de locomoção, além de ver respeitados os princípios da legalidade e da proporcionalidade (artigos 5º, II; XV; e LIV, da Constituição de 1988), pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I - DO OBJETO E DO CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA

No ano de 2019, o Congresso Nacional aprovou uma medida histórica em favor da liberdade de iniciativa dos brasileiros, promulgando a Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com um significativo rol de normas gerais de direito econômico com validade em todo o território nacional.

Dentre as alvissareiras inovações fomentadas por essa legislação, colhe-se um rol de princípios que pontifica a liberdade como uma garantia no exercício das atividades econômicas, além de reconhecer a boa-fé e a vulnerabilidade do particular na sua relação com o Poder Público. São estabelecidos, ainda, alguns direitos básicos de raiz econômica, como o de permitir o exercício de atividades de baixo risco, em qualquer horário ou dia da semana, desde que cumpridas condicionantes especificamente apontadas.

Eis o teor das normas aqui referidas:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

(...)

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

II - desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

- a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público;
- b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e
- c) a legislação trabalhista;

A Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica é uma conquista do espírito autossuficiente da iniciativa privada frente à burocracia excessiva do Estado. Ela consolidou o anseio de inúmeros empreendedores brasileiros, de ver a sua dignidade reconhecida pelo Poder Público, que passou a ter de observar uma série de condicionantes contra o abuso do poder regulatório (artigo 4º).

Antes de completar dois anos de vigência, a efetividade da Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica tem sido bruscamente frustrada por uma série de atos normativos estaduais que, sob a pretensão de conter o avanço da pandemia da Covid-19, optaram por utilizar o poder coercitivo estatal para tolher fulminantemente a liberdade econômica.

Conforme amplamente divulgado no noticiário nacional, diversos Estados-membros e o Distrito Federal anunciaram restrições com impactos potencialmente falimentares em relação a atividades ditas não essenciais. Mesmo em estabelecimentos classificados como essenciais, alguns atos normativos impuseram vedações relativas ao tipo de mercadoria passível de exposição, o que foi observado, por exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul:

Decreto nº 55.782/2021

Art. 1º Fica alterado o Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, que Institui o Sistema de Distanciamento Controlado para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual e dá outras providências, conforme segue:
(...)

Art. 24. As medidas estaduais e municipais para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia de COVID-19 deverão resguardar o exercício e o funcionamento das atividades públicas e privadas essenciais, ficando vedado o seu fechamento.

(...)

§ 8º Os estabelecimentos que realizem mais de um tipo de atividade deverão observar as limitações, horários, modalidades e protocolos para cada tipo de atividade, vedada a prestação de serviços ou a comercialização de produtos não essenciais nos horários de funcionamento reservados às atividades essenciais.

§ 9º Nos casos de que trata o § 8º, quando autorizada a comercialização apenas de bens essenciais, os produtos não-essenciais não poderão permanecer expostos à venda.

Decreto nº 55.789/2021

Art. 1º Fica alterado o Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, que Institui o Sistema de Distanciamento Controlado para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual e dá outras providências, conforme segue:

(...)

§ 1º. (...)

II - os mercados, supermercados e hipermercados, observado o disposto nos protocolos definidos no Anexo Único deste Decreto e demais normas específicas, respeitada, ainda, para fins de redução da circulação de pessoas e propagação do novo Coronavírus (COVID-19), a vedação de exposição e de venda de bens não essenciais, limitadamente às seguintes categorias:

- a) eletroportáteis e eletrônicos, ressalvados itens de informática, de telefonia e os relacionados ao preparo e à conservação de alimentos;
- b) beleza e perfumaria;
- c) decoração;
- d) vestuário;
- e) brinquedos e jogos;
- f) esporte e lazer; e
- g) cama, mesa e banho, ressalvados itens relacionados ao preparo e à conservação de alimentos; (...).

Além das medidas de cunho econômico, diversos governos estaduais baixaram ordens voltadas a impedir a circulação dos cidadãos locais durante o horário noturno, no intervalo entre 23 horas da noite e 5 horas da manhã, o que foi verificado, por exemplo, no Estado da Bahia (Decreto nº 20.233/2021) e no Distrito Federal (Decreto nº 41.874/2021).

Tendo em vista o caráter geral e incondicionado dessas restrições à locomoção nos espaços públicos, elas podem ser enquadradas no conceito de “toque de recolher”, geralmente associado à proibição de que pessoas permaneçam na rua em um determinado horário.

Trata-se de medida que não conhece respaldo legal no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo o texto da Lei nº 13.979/2020, cuja vigência foi excepcionalmente ampliada por decisão dessa Suprema Corte (decisão monocrática da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI nº 6625, proferida em 30/12/2020, referendada em Sessão do Plenário Virtual realizada entre 26/02 e 05/03/2021), as providências interventivas que podem ser adotadas pelo poder público brasileiro para conter a circulação de pessoas são aquelas disciplinadas conforme o respectivo artigo 3º, a seguir reproduzidas:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

I - isolamento;

II - quarentena;

(...)

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

Em disposição antecedente, a própria Lei nº 13.979/2020 definiu – com ostensivo grau de clareza – o conceito normativo das medidas de isolamento e de quarentena:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Essas previsões são absolutamente coincidentes com a linguagem empregada no Decreto nº 10.212/2020, que incorporou ao direito brasileiro o Regulamento Sanitário Internacional, e que verbaliza o seguinte:

Artigo 1 – Definições:

1. Para os fins do Regulamento Sanitário Internacional (doravante denominado “RSI” ou “Regulamento”):

(...)

“isolamento” significa a separação de pessoas doentes ou contaminadas ou bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas de outros, de maneira a evitar a propagação de infecção ou contaminação;

“quarentena” significa a restrição das atividades e/ou a separação de pessoas suspeitas de pessoas que não estão doentes ou de bagagens, contêineres, meios de transporte ou mercadorias suspeitos, de maneira a evitar a possível propagação de infecção ou contaminação;

O léxico presente em todos esses enunciados normativos correlaciona o uso de comandos restritivos (isolamento e quarentena) com a presença de evidências ou de indícios de contaminação (doença ou suspeita de doença), sendo essa a única justificativa admissível, pelo menos à luz desses preceitos, para que o Estado possa exercer o seu poder de coerção em caso de desobediência.

A legislação destacada somente se coaduna com restrições genéricas, incondicionadas ou preventivas quando são elas direcionadas a evitar fluxos migratórios internacionais e deslocamentos entre unidades federativas diversas. No mais, não é possível conciliar os conceitos jurídicos que se vem de aludir com vedações genéricas à locomoção de pessoas presumidamente saudáveis.

Eventualmente, por meio da aprovação de leis locais no âmbito das respectivas competências (nos termos do que assentado nas decisões proferidas por essa Suprema Corte na ADI 6341, DJe de 13/11/2020; e ADPF 672, DJe de 29/10/2020), Distrito Federal, Estados-membros e Municípios podem dispor sobre as medidas sanitárias complementares, regulamentando, por exemplo, limites de atendimento no comércio local. Mas essas novas restrições teriam de ser veiculadas por meio de legislação própria, já que superam os limites estabelecidos à atuação do poder estatal na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica e na Lei 13.979/2020.

Até onde se saiba, porém, os Estados-membros e o Distrito Federal não possuem legislação local que outorgue aos respectivos Governadores a prerrogativa de decretar medidas de inibição ampla da locomoção ou do funcionamento das atividades econômicas. À míngua de respaldo legal, é necessário reconhecer que os decretos editados com essas finalidades traduzem atos normativos autônomos, que inovaram de maneira primária no ordenamento jurídico, contingência que, segundo reiterada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, permite o controle jurisdicional por meio de ação direta de inconstitucionalidade¹.

¹ Nesse sentido, por todos, o seguinte julgado: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 218 DA RESOLUÇÃO NORMATIVA 414/2010 DA ANEEL. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA PARA OS MUNICÍPIOS. CONFRONTO ENTRE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. CONTROLE DE LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. RECEBIMENTO DE ADC COMO ADPF. FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM ANÁLISE. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. **1. O objeto das ações concentradas na jurisdição constitucional brasileira, além das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo e autônomo (CASTANHEIRA NEVES, A. O problema da constitucionalidade dos assentos. Coimbra: Coimbra, 1994).** 2. A Resolução Normativa 414/2010, com a redação dada pela Resolução Normativa 479/2012, ambas editadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), não detém caráter normativo autônomo, pois extrai seu fundamento de validade da Lei 9.427/1996, do Decreto-lei 3.763/1941 e do Decreto 41.019/1957, o que demandaria prévio controle de legalidade. Precedentes. 3. Pedido subsidiário de recebimento de Ação Declaratória de Constitucionalidade como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: não cabimento na hipótese em razão da ausência de controvérsia constitucional relevante. 4. No caso, o conteúdo do

Conforme será demonstrado no decorrer da presente petição, ao promover drásticas restrições à liberdade econômica e à liberdade de ir e vir a descoberto de fundamento legal, os decretos aqui impugnados romperam com o padrão de institucionalidade exigido pela Constituição para atos dessa natureza – que é a lei, em sentido formal.

Mais do que isso, esses decretos afrontaram as garantias estabelecidas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica e subtraíram parcela importante do direito fundamental das pessoas à locomoção, mesmo sem que houvessem sido exauridas outras alternativas menos gravosas de controle sanitário, externando, por isso, uma decisão política desproporcional.

II – DO MÉRITO

II.1 – Da ilegitimidade do estabelecimento de medidas genéricas e incondicionadas de restrição à locomoção de pessoas sem respaldo legal

Conforme sinalizado anteriormente, ao decretar um comando geral, tendo como destinatários inclusive os cidadãos presumidamente saudáveis localizados em seus respectivos territórios, os decretos ora impugnados extrapolaram dos conceitos estabelecidos na legislação sanitária brasileira, incorrendo em disposição *ultra vires* da liberdade econômica e da liberdade de ir e vir das pessoas.

Essa contingência, por si só, já compromete toda a legitimidade do “toque de recolher” adotado em diversas unidades federativas do país, uma vez que essas medidas estão em contraste ostensivo com a forma canônica que a

ato normativo em análise afeta um universo delimitado de destinatários, o que não tem o condão de desencadear o controle abstrato desta SUPREMA CORTE sobre o tema, sob pena de tornar-se uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores. 5. Agravo regimental desprovido. (ADC 60 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019, Dje de 27-11-2019; grifou-se)”

Constituição brasileira atribuiu ao princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II).

A ideia de legalidade é basilar para a consolidação do princípio mais amplo do Estado de Direito, que estabelece o governo pelo império da lei, e não pelo arbítrio dos homens. Não é demais lembrar, igualmente, a lucidez das palavras do Ministro Marco Aurélio, que tem por hábito destacar, em suas manifestações, que a forma, no direito, significa liberdade em sentido maior².

Portanto, de acordo com o primeiro fundamento desta ação, os atos normativos impugnados são inconstitucionais por violação direta ao princípio da legalidade, já que não há – nem no direito ordinário (nacional e local), nem na Constituição – nenhuma provisão que habilite os chefes dos Poderes Executivos distritais, estaduais e municipais a decretar, por autoridade própria, esse tipo de inibição nas liberdades econômica e de locomoção dos cidadãos.

Conforme visto no tópico introdutório, o artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 somente permite a decretação administrativa de restrições que se destinem a pessoas doentes e contaminadas (isolamento) ou com suspeita de contaminação (quarentena), sempre demandando que se resguarde “o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa” (artigo 3º, § 9º).

Decretos locais podem definir os serviços e atividades essenciais a serem preservados, mas somente legislação formal pode impor restrições à locomoção de pessoas saudáveis ou ao exercício de atividades econômicas,

² ZAVASCKI, Teori Albino. A forma como "liberdade em sentido maior". In: MARCO Aurélio Mello: ciência e consciência. São Paulo: Migalhas, 2015, v. 1, p. 171-186.

tendo em vista os direitos estabelecidos no artigo 3º, incisos I e II, da Lei nº 13.874/2019, que é lei geral de direito econômico, com validade em todo o território nacional.

Há, é verdade, previsão no texto constitucional para restrições no direito de locomoção por meio de ato do Poder Executivo, mas trata-se de prerrogativa especialíssima, e restrita ao plano federal. A Constituição somente contemplou a edição de medidas de conteúdo tão drástico em contextos específicos de convulsão e de calamidade, mediante os institutos do estado de defesa e do estado de sítio.

Ambos conformam aquilo que a doutrina denomina de “sistema constitucional de crise”, e que possuem pressupostos e características próprias, sintetizados nos dispositivos abaixo indicados:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar **estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.**

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - **restrições aos direitos de:**

- a) **reunião, ainda que exercida no seio das associações;**
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

(...)

§ 4º **Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.**

(...)

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

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

(...)

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:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

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;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Infere-se dos enunciados em questão que os institutos indicados, de natureza absolutamente excepcional, somente poderão ser acionados por decisão do Presidente da República, e mesmo assim mediante um devido processo específico, que exigirá – em ambos os casos – **indispensável e soberana avaliação por parte do Congresso Nacional (artigos 136, § 4º; e 137, § único).**

Além disso, a intensidade das medidas segue um escalonamento muito claro, em que o estado de defesa aparece como etapa inicial, na qual a limitação dos direitos individuais é menos severa. A obrigação de permanência em localidade determinada, de outro lado, somente é admitida no âmbito do estado de sítio, que em alguns casos surgirá apenas quando comprovada a ineficácia do estado de defesa. Ambos os mecanismos, sítio e defesa, em

nenhum momento foram decretados sob a Constituição de 1988.

Do conjunto dessas disposições, percebe-se que mesmo quando adotada pela instância política que a Constituição indica como legitimada, a medida de limitação genérica da liberdade de locomoção das pessoas somente faz sentido quando já comprovadamente exauridas as alternativas de limitação menos agudas e, ainda assim, desde que haja referendo congressional.

Nenhum desses requisitos está a abonar os decretos locais presentemente atacados. Falta-lhes a origem política adequada, bem como a comprovação circunstanciada da adoção de outros atos de contenção menos extremados. Os atos estão igualmente carentes do beneplácito de qualquer órgão legislativo.

Poder-se-ia cogitar que, em situações de abrupta emergência, a sabedoria institucional subjacente à legalidade deveria ceder ante à necessidade administrativa de adoção de medidas céleres. O tema já mereceu inúmeras considerações na doutrina e jurisprudência estrangeiras, que têm alertado para os perigos da normalização de um contexto permanente de exceção, como pode ser ilustrado pelo seguinte trabalho:

As situações de anormalidade constitucional podem ser compreendidas como mecanismos de superação do estado temporário de crise, mas também possuem o objetivo de preservar a democracia e os direitos fundamentais elencados na Constituição da República de 1988, garantindo aos cidadãos que as instituições democráticas serão restabelecidas assim que cessarem os efeitos da emergência.

(...)

Ocorre, todavia, que a conjuntura desta crise sanitária do coronavírus não pode oportunizar a construção de uma narrativa segundo o qual os tempos atuais exigiriam a adoção de uma “Constituição de Emergência”, através de uma “Jurisprudência de Crise”, a justificar a suspensão ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem

como a normalização de abusos por parte das autoridades públicas, como se a Constituição Federal de 1988 tivesse cessado a sua vigência e eficácia³.

A emergência causada pela presente pandemia, indubitavelmente grave, já perdura por quase um ano, período dentro do qual as unidades federativas já poderiam ter adotado, sem transtornos, legislações próprias para definir as intervenções sanitárias admissíveis, bem como um modelo de fiscalização mais transparente. Nada disso, porém, foi concretizado, e as restrições à esfera jurídica das pessoas segue sendo formalizada sem o observância ao devido processo legislativo.

A doutrina especializada tem diagnosticado que a experiência de combate ao Covid-19 vem exercendo uma pressão deformadora sobre o conteúdo da Constituição de 1988, que nasceu sob a inspiração de rejeição ao autoritarismo. Diante do aparecimento de diversos atos normativos locais com comandos restritivos dos direitos e liberdades fundamentais dos brasileiros, é possível observar um verdadeiro episódio de mutação informal ilegítima no Texto Constitucional.

É o que veio a ser referido na publicação citada na sequência:

O advento da epidemia do coronavírus pôs em xeque a capacidade do ordenamento constitucional brasileiro de oferecer mecanismos constitucionais efetivos para o seu combate. Com efeito, viu-se que, diante do perigo que se assomava no horizonte, o sistema de freios e contrapesos destinado a preservar os direitos e garantias individuais falhou, permitindo que a emergência sanitária servisse como fundamento para um novo tipo de estado de exceção.

Trata-se, a bem da verdade, de um estado de exceção *sui generis*. Na história constitucional republicana brasileira a decretação de estados

³ SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão**. In: BAHIA, Saulo José Casali. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Coords). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavirus*. São Paulo: IASP, 2020, v. 2, p. 91-110

de exceção sempre foi uma prerrogativa do Executivo federal. Com razão –ou, mais normalmente, sem ela –o poder central invoca um inimigo –humano ou natural –cujo combate exige uma hipertrofia (supostamente temporária) deste mesmo poder.

Considera-se o estado atual como de exceção na medida em que os direitos individuais estão notoriamente restringidos por normas de caráter geral e abstrato. A diferença deste estado de exceção em relação aos seus precedentes reside no fato que seu exercício não está concentrado na União, mas sim difuso nos demais entes federativos, os quais podem emitir comandos mais restritivos do que aqueles emanados do ente federal, mas não menos.

À evidência, trata-se de uma mutação, pois, como visto, o tratamento constitucional sobre o estado de exceção visa precisamente à possibilidade do controle do seu exercício, como meio de preservar os direitos e liberdades que a Constituição consagra.

(...)

Esta insegurança jurídica decorre ainda do fato de que tais poderes emergenciais podem ser exercidos por meros decretos –estaduais e municipais –e se revelam pouco transparentes e judicialmente controláveis quanto ao seu mérito⁴.

Não é somente em doutrina jurídica que a ostensiva ilegitimidade dessa classe de atos restritivos tem sido notada.

Algumas instâncias do Ministério Público têm editado recomendações e atos informativos para sinalizar aos prefeitos brasileiros sobre a inexistência de respaldo legal para “toques de recolher”, do que é exemplo a seguinte manifestação:

Orientação do Grupo de Apoio à Execução n. 4/2020 (Ministério Público do Estado de Santa Catarina)

A quarentena não se confunde, porém, com o chamado “toque de recolher”, que consiste, segundo definição colhida do Dicionário Priberam da Língua Português, em “proibição, determinada como medida excepcional por governo ou autoridade, de os civis permanecer na rua a partir de determinada hora”. O toque de recolher é limitação genérica e abstrata, sem “base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

Nesse contexto, não há previsão abstrata de “toque de recolher” pelos referidos instrumentos, de modo que o ato administrativo que, em

⁴ BREDA, H.; FREITAS NETO, E.; CERQUEIRA, N. **Toque De Recolher E Lockdown: A Mutação Inconstitucional Promovida Pelas Autoridades Locais No Combate À Covid-19 No Brasil**. *Prim Facie*, v. 19, n. 42, p. 463-489, 7 dez. 2020.

qualquer esfera, os decretos são ilegais quanto ao seu objeto.

Não há fundamento jurídico ou motivo científico que aponte para a necessidade de horários específicos (geralmente entre 22:00 ou 0:00 e 6:00) receberem restrições diversas das já existentes quanto à circulação de pessoas e veículos.

Ademais, é de se ressaltar que, se o objetivo declarado de eventuais medidas nesse sentido for o de garantia da segurança pública, o Município, além da ilicitude do objeto, estará usurpando competência executiva do Estado-membro (art. 144, caput e § 6º, da Constituição da República e art. 105 e ss. da Constituição do Estado de Santa Catarina).⁵

Com as considerações alinhavadas acima, fica fora de qualquer dúvida que os decretos aqui impugnados foram editados fora das balizas institucionais preconizadas pela Constituição para a contenção da locomoção de pessoas, não sendo possível fundamentar esse ato em uma perpétua justificativa de emergência.

II.II – Da violação às garantias e direitos de liberdade econômica

Os decretos ora impugnados – e muitos outros, editados por governos estaduais e municipais Brasil afora – têm subscrito uma série de limitações ao funcionamento das atividades econômicas ditas não essenciais.

A despeito da naturalidade com a qual esses atos têm sido expedidos, é fora de dúvida que não há, em parte alguma da Lei nº 13.979/2020, previsão genérica que delegue competência a instâncias executivas locais para isso. **Repita-se, esse diploma permite tão somente que decretos locais disponham sobre quais são as atividades essenciais a serem protegidas (artigo 3º, § 9º), mas não sobre quais atividades podem vir a ter seu funcionamento cessado por motivo de risco sanitário abstrato.**

⁵ Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/covid19/covid19_outros/Parecer-MPSC-sobre-Toque-de-Recolher.pdf > Acesso em: 18 de março de 2021.

Na falta de legislação sanitária geral sobre o tema, a disciplina jurídica do desenvolvimento das atividades econômicas é regida pelas normas gerais de direito econômico hoje hospedadas na Lei nº 13.874/2019. Como já foi dito no decorrer da presente manifestação, essa legislação estabelece “*a liberdade como uma garantia no exercício das atividades econômicas*” (artigo 2º, inciso I); reconhece a “*vulnerabilidade do particular perante o Estado*” (artigo 2º, inciso IV); e cristaliza o direito básico de toda pessoa, natural ou jurídica, a “*desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados*” (artigo 3º, inciso II), desde que observadas as leis ambientais, urbanísticas, de vizinhança e do trabalho.

Essas previsões vieram a lume com o claro intuito de emancipar a iniciativa privada do predatório jugo regulador do Estado, propiciando, entre outras coisas, que os brasileiros empreendam em busca da sua subsistência pessoal, com os recursos de que disponham, principalmente quanto a atividades econômicas de baixo risco (artigo 3º, inciso I).

Evidentemente que, para alcançar concretização no plano prático, esses dispositivos só podem ser excepcionados caso existam disposições regulatórias em sentido contrário, mas desde que essas disposições estejam previstas em lei em sentido formal. Afinal, caso qualquer autoridade jurídica possa intervir negativamente na liberdade econômica das pessoas, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica seria absolutamente irrelevante.

Essa parece ser a convicção de alguns governos locais, que, ignorando esse diploma legal, seguem expedindo decretos contra atividades econômicas variadas. Afora a catastrófica limitação para os segmentos de serviços em geral, há excessos que vão desde a proibição de venda de determinados itens, ainda que para entrega via serviços de delivery, até proibições de exposição de produtos tidos por não essenciais, como as

constantes dos decretos já mencionados do Estado do Rio Grande do Sul.

Esses episódios clamam por um discernimento mais agudo, capaz de restaurar, ao menos em parte, os direitos fundamentais das pessoas a perseguir a sua subsistência e a de seus familiares por meio de atividades econômicas. **Afinal, a saúde deve ser tutelada em harmonia com a própria subsistência.**

Nesse sentido, é imperativo que se reconheça a invalidade das restrições ao exercício de atividades econômicas instituídas sem respaldo legal, por malferimento direto ao artigo 24, inciso I; e § 1º, da Constituição.

Ademais, tendo em vista o reconhecimento do valor social da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV; e 170, da Constituição) **é necessária uma interpretação conforme dos artigos 2º, incisos I, II e IV; e 3º, incisos I e II, da Lei nº 13.874/2019, para que essa Colenda Suprema Corte estabeleça que, mesmo em casos de necessidade sanitária comprovada por meios jurídicos legítimos, devem os governos locais preservar o mínimo de autonomia econômica das pessoas, possibilitando a subsistência pessoal e familiar.**

II. III – Da violação ao princípio da proporcionalidade

Embora as alegações supra elencadas sejam bastantes em si para desnudar a nulidade jurídica dos decretos atacados, exibindo a sua desqualificação formal e material, é conveniente acrescer que, mesmo no plano estritamente justificativo, eles não se sustentam.

A implementação de qualquer medida restritiva, no contexto do combate à atual pandemia, depende de lastro técnico idôneo, devendo ser

espacial e temporalmente limitada⁶, além de preservar a dignidade, os direitos humanos e as liberdades fundamentais das pessoas. Isso não significa, é claro, que os direitos fundamentais sejam absolutos. Com efeito, o cenário pandêmico revelou diversas novas situações em que os direitos humanos entram em rota de colisão, o que exige do legislador e do gestor público um exercício de prudente ponderação no estabelecimento das medidas restritivas.

Embora os governos tenham alegado que as medidas de “toque de recolher” e de fechamento de serviços não essenciais estão amparadas em avaliações técnicas, é possível verificar que esse juízo não atende aos requisitos da proporcionalidade, na medida em que impacta de forma excessiva os direitos à liberdade de locomoção e de subsistência econômica, sem que demonstrada a correlação com os fins buscados e com a insuficiência de alternativas menos gravosas.

A utilização da proporcionalidade – que é, em si mesma, um corolário do devido processo legal – tem sido rotina na prática decisória deste Supremo Tribunal Federal. Em sede doutrinária, Ingo Sarlet resume os elementos da proporcionalidade, nos seguintes termos:

De acordo com a posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina e também acolhida em sede jurisprudencial (embora nem sempre corretamente aplicada), na sua função como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos (subcritérios ou subprincípios constitutivos, como prefere Gomes Canotilho): (a) **adequação ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica)** de que seja

⁶ Lei nº 13.979/2020:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s) (...); (b) **necessidade ou exigibilidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição**, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados) (...) (c) **proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção) e, portanto, de uma análise comparativa)** entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que por muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional (grifou-se)⁷.

Para a promoção desse teste, o Supremo Tribunal Federal tem admitido uma vertente mais profunda de controle procedimental, em que são investigadas as prognoses utilizadas pelas autoridades que aprovaram as normas em exame, segundo um modelo testado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, assim descrito pelo Ministro Gilmar Mendes:

Destaque-se que a jurisprudência da Corte Constitucional alemã tem estabelecido níveis de controle de constitucionalidade de leis a partir do grau de intensidade, restrição ou intervenção sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, o que é avaliado sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade.

No famoso caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 BVerfGE 50, 290), o Tribunal distinguiu os seguintes graus: a) o controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) o controle da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) o controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Em: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito** Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.

Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 506).

No segundo nível, **o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (BVerfGE 50, 290) (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 507).**

No terceiro nível, **o controle material intensivo (intensivierten inhaltlichen Kontrolle) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 508).**

Assim, **quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.** (voto-condutor proferido na ADI nº 2975, Pleno, DJe de 4/2/2021; grifou-se)

Sem dúvida alguma, o estabelecimento do “toque de recolher” e do fechamento de serviços impõe consequências que atraem um escrutínio de justificação de máximo nível, tendo em vista a gravíssima frustração dos direitos de liberdade econômica e de locomoção individual.

Isso porque não se pode aferir, da justificação apresentada pelos governos locais, que exista comprovação técnica minimamente consensual sobre a eficácia da proibição de locomoção no horário noturno, em que o trânsito de pessoas é sabidamente discreto, se comparado com o fluxo observado em outros horários.

Mesmo que houvesse recomendação amparada em robusto conselho médico, a completa interdição da circulação de pessoas parece traduzir, em si

mesma, uma medida excessivamente onerosa, porquanto poderia ser substituída por restrições parciais.

Ao que parece, alguns governos locais partem do pressuposto de que as pessoas que se deslocam no horário noturno seriam naturalmente mais propensas a desrespeitar as recomendações sanitárias de uso de máscaras e de aglomeração, expondo-se a situações de risco, muitas vezes de modo clandestino, o que dificultaria a ação dos órgãos de fiscalização.

O argumento, porém, é inadequado, por muitas razões. Em primeiro lugar, porque incorre em um tipo de equívoco comumente chamado “falácia da derrapagem”, porque sugere, sem suporte empírico, que a admissão de uma premissa remotamente provável vai resultar em consequências controversas.

Ademais, traduz uma avaliação injustificadamente discriminatória do comportamento de pessoas que transitam pelo espaço público no período noturno, presumindo uma tendência social de desrespeito da ordem pública. Mais do que isso, transfere a essas pessoas o ônus de suportar as privações exigidas pelo interesse público por conta da ineficiência fiscalizatória dos órgãos estatais.

Não é impertinente lembrar que foi exatamente esse um dos argumentos considerados pela Corte Suprema do Equador no recente julgamento do Caso nº 7-20-EE⁸, em que se invalidou o Decreto nº 1.217/2020, do

⁸ “36. Toda vez que sin recurrir a un estado de excepción es posible restringir aforos, actividades comerciales, circulación de vehículos, entre otras medidas dirigidas a regular el uso del espacio público y privado, a juicio de esta Corte, no se justifica recurrir a esta figura excepcional para adoptar tales medidas. Lo que es más, la falta de eficacia de las medidas adoptadas por el gobierno nacional y los gobiernos locales para controlar las aglomeraciones y reuniones masivas no puede utilizarse como fundamento para la configuración de la causal de calamidad pública. (...)”

54. En definitiva, el Ejecutivo, en coordinación con otras entidades estatales y municipales, tiene a su disposición mecanismos ordinarios para prevenir las consecuencias que se puedan generar por la aparición de la nueva variante del virus encontrada en el Reino Unido; para evitar aglomeraciones y reuniones masivas; así

Presidente da República, que entre outras ações havia imposto o *toque de queda*, tradução para o espanhol do aqui controvertido toque de recolher.

A flagrante desproporcionalidade também acomete algumas das restrições ao exercício da atividade econômica que têm sido editadas por governos locais. Esses excessos encontram ilustração emblemática nos decretos já indicados do Estado do Rio Grande do Sul, que – para além de sustar o funcionamento do comércio não essencial – determinaram a proibição de venda de produtos e mercadorias não essenciais, sem nenhum embasamento técnico.

Dessa forma, qualquer ato normativo que restrinja os direitos humanos em prol da promoção da saúde deve ser fundamentado em evidências científicas e ter a tônica da excepcionalidade.

Na falta de legislação local própria, tais exigências devem buscar validade junto à Lei nº 13.979, de 2020, e à Lei nº 13.874, de 2019. Mas não foi isso o que sucedeu em relação aos decretos aqui impugnados e a muitos outros. À míngua do respaldo normativo necessário e da suficiente justificação técnica, esses atos normativos merecem ser invalidados por essa Suprema Corte, sem prejuízo de medidas verdadeiramente adequadas e necessárias à proteção da saúde coletiva.

III – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

É sabido que, para a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, assim como nas medidas cautelares em geral, faz-se necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

como para proteger y fortalecer el sistema de salud pública. De ahí que la aparición de una nueva variante del COVID-19 en el Reino Unido que aún no ha sido detectada en Ecuador, y la falta de eficiencia en el control de aglomeraciones que pueden derivar en un aumento de contagios e impactar la capacidad de respuesta por parte del sistema de salud, no constituyen hechos que superen los mecanismos de control ordinarios”.

Quanto ao primeiro requisito, tem-se que a verossimilhança das alegações expostas nesta petição inicial restou satisfatoriamente demonstrada, considerando-se que não há qualquer lastro constitucional ou legislativo apto a respaldar a medida aqui impugnada. Também foram referidas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que entregam farto apoio institucional para as teses encampadas nesta peça.

Ademais, cumpre observar que a urgência da liminar postulada se justifica na medida em que é notório o prejuízo que será gerado para a subsistência econômica e para a liberdade de locomoção das pessoas com a continuidade dos decretos de toque de recolher e de fechamento dos serviços não essenciais impostos em diversos locais do país. Mais do que isso, há risco de perpetuação de um modelo de exposição do conteúdo constitucional a um processo de erosão informal.

Evidencia-se, destarte, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, razão pela qual se requer a concessão de medida liminar para suspender a vigência dos atos normativos impugnados, até o final julgamento do feito, sem prejuízo do devido resguardo da vida e da saúde por meios idôneos.

IV – DO PEDIDO

Com base nas razões que se vem de expor, que evidenciam a relevância do interesse público a ser tutelado na presente ação e os fartos elementos de risco concretamente presentes para o exercício de fundamentais, pede-se:

- a) **liminarmente**, seja determinada a suspensão do Decreto nº 41.874/2021, do Distrito Federal; do Decreto nº 20.233/2021, do Estado da Bahia; e dos Decretos nº 55.782/2021 e 55.789/2021, do Estado do Rio Grande do Sul;

b) também **liminarmente**, seja fixada interpretação conforme à Constituição dos artigos 2º, incisos I, II e IV; e 3º, incisos I e II, da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e dos artigos 2º, inciso I e II; e 3º, incisos II e VI, da Lei nº 13.979/2020 (Lei sanitária de enfrentamento à pandemia), para que se estabeleça que, mesmo em casos de necessidade sanitária comprovada, medidas de fechamento de serviços não essenciais exigem respaldo legal e devem preservar o mínimo de autonomia econômica das pessoas, possibilitando a subsistência pessoal e familiar;

c) sejam **colhidas as informações** do Congresso Nacional e ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República;

c) seja **julgado procedente o pedido**, confirmando-se as providências cautelares antes requeridas, por violação à livre iniciativa e à liberdade de locomoção, bem assim aos preceitos constitucionais da legalidade e do devido processo legal.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 18 de março de 2021.

JAIR MESSIAS BOLSONARO
Presidente da República