

Covid-19 e arguição de descumprimento de preceito fundamental

Rafaela Beretta Eldebrando¹

Emerson de Lima Pinto²

Resumo: Trata-se nesse presente artigo o estudo desenvolvido sobre o conceito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, prevista no artigo 102 da Constituição Federal, que veio a complementar o sistema de controle constitucional brasileiro. A ADPF funciona como verificação da compatibilidade de um ordenamento jurídico à Constituição. É de sua característica o caráter subsidiário, de modo que seja uma medida admitida apenas quando não houver outros meios eficazes para resolução. O intuito do presente estudo será a análise crítica da resolução da arguição de descumprimento de preceito fundamental 672, ação promulgada durante pandemia e proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A decisão gerou polêmicas sobre seu funcionamento e pela mudança que trouxe à jurisdição do Poder Judiciário, que proferiu decisão de dar protagonismo aos Estados e Municípios, na tentativa de controle da COVID-19. Ainda, ante a omissão do governo federal, a decisão veio a ser uma maneira de culpa aos governos municipais e estaduais pela crise sanitária e humanitária, em decorrência da pandemia. O estudo sustenta que a ADPF 672 trouxe uma inovadora mudança ao Supremo para combater à epidemia. Conclui-se após a pesquisa que sua aptidão para questionar atos formal e materialmente legislativos se tornou uma ferramenta fundamental em período pandêmico, haja vista as ações propostas nos últimos anos que reafirmaram o papel dos entes federativos no combate à epidemia. A metodologia utilizada foi baseada em pesquisas bibliográficas de livros especializados em Direito Constitucional, além de artigos científicos, sites especializados e legislações.

Palavras-chave: Arguição de descumprimento de preceito fundamental; Controle constitucional; ADPF 672.

1 INTRODUÇÃO

É importante que, antes que analisemos o conceito da ADPF, ponderamos sobre o objeto desse mecanismo. A lei nº 9.882/1999, embora tenha configurado o objeto da ADPF — sendo ela evitar ou reparar lesão a preceito fundamental — não há uma delimitação taxativa sobre o

¹ Centro Universitário Cesuca. Graduanda do curso de Direito e bolsista de Iniciação Científica do Cesuca. E-mail: rafaberetta@live.com.

² Centro Universitário Cesuca. Docente do curso de Direito e pesquisador-líder do grupo de pesquisa de Direito Sanitário e Saúde Coletiva do Cesuca. E-mail: emersonpinto@cesuca.edu.br.

conceito de “preceito fundamental”, portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, delimitá-los.

Assim, André Ramos Tavares busca definir da seguinte forma:

Os preceitos fundamentais realmente diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude da imediatidade dos valores que encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior de todo o direito. Os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Albergam, em seu conjunto, a alma da Constituição. (TAVARES, 2001).

Torna-se, assim, mais visível o valor essencial dado aos preceitos, sendo formadores do cerne da Constituição, dando desenvolvimento para todo o Direito em si. Sob esta perspectiva, o Ministro Oscar Correa aponta:

à forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime podem ser tidas como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do ‘Estado democrático’, vale dizer: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos. (STF, 2000).

Em sua concepção original, materializada no Projeto de Lei n.17, de 1999 (n. 2.872/97 na Câmara dos Deputados), aprovado pelo Congresso Nacional, a ADPF tinha dupla função institucional:

- i. a de instrumento de governo, consubstanciada na possibilidade de os legitimados do art. 103 alçarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (Lei n. 9.882/99, art.1º e parágrafo único, c/c o art. 2º, I);
- ii. (ii) a de instrumento de cidadania, de defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (art. 2º, II, do PL n. 17/99). Este último dispositivo, todavia, foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que franqueava de forma desmedida o acesso ao Supremo Tribunal Federal.

Em suma, a finalidade da ADPF é preservar as vigas-mestras que solidificam a ordem constitucional, visando dar coerência, racionalidade e segurança ao ornamento jurídico, devendo ser comprovado um nexo de causalidade entre a lesão de preceito fundamental e o ato do poder público.

As hipóteses do seu uso são severamente reduzidas se comparadas aos outros recursos de salvaguarda da ordem jurídica. Desse modo, é inadmissível a demora em seu julgamento, sob a pena de perecer aquilo que se busca tutelar.

2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma modalidade de processo objetivo, submetido à jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tal competência decorre expressamente no art. 102, § 1º, da Constituição, reiterada pelo art. 1º da Lei n.9.882/99. De merecer destaque, este meio de controle de constitucionalidade estava previsto no parágrafo único do art. 102 e, somente com o advento da Emenda Constitucional n.º 3/93, vigorou no parágrafo primeiro. Deve-se destacar que a ADPF não substituiu o agravo regimental, a reclamação, os recursos ordinários e extraordinários, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a arguição ser conhecida como ação direta de inconstitucionalidade genérica, haja vista o seu caráter subsidiário.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui-se como o quinto instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade do eclético sistema brasileiro de controle (FILHO, 2008). Ademais, a APDF é caracterizada pelo princípio da subsidiariedade — previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/9934 —, se não couber a Ação de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), caberá à ADPF. A arguição de descumprimento de preceito fundamental é mais uma forma, prevista pela primeira vez em nível constitucional, do controle de constitucionalidade concentrada, dentro do sistema nacional que já é dotado de outros meios hábeis para tanto.

Para enfatizar o valor desse instrumento de fiscalização, merece destaque o estudo de André Ramos Tavares, que define a Constituição como mantenedora do *status quo*, estabelecendo limites à geração futura, ou, ainda, dentre inúmeras outras definições, como a lei fundamental que um povo elabora para regular a vida em sociedade. Isso representa, no sistema jurídico, a opção fundamental, contendo em si a ordem de valores básicos a serem acatados e desenvolvidos pelo próprio Estado em toda a sua atividade a ser desenvolvida.

Entretanto, a supremacia da Constituição não é tão absoluta quanto pretendida; já que a própria prevê como possibilidade o seu descumprimento. Quanto maior a quantidade de

direitos da Constituição, maior será a probabilidade de violação. A criação de órgãos e mecanismos específicos para implementar a rigidez de suas normas já demonstra sua fragilidade; e, nesse caso, o instrumento que sustenta a supremacia das normas constitucionais é o chamado controle de constitucionalidade. Como aponta Luis Alberto Barroso, é um mecanismo de verificação da compatibilidade entre uma lei e a Constituição. Assim, completa:

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. (BARROSO, 2019).

Uadi Lammêgo Bulos, advogado de direito constitucional, encontra uma similaridade expressiva no recurso constitucional alemão (Verfassungsbeschwerde), que funciona como meio de queixa jurisdicional perante a Corte germânica, almejando a tutela de direitos fundamentais e de certas situações subjetivas lesadas por um ato de autoridade pública.” A legitimidade do recurso dos alemães é mais ampla, de modo que a lei que o regulamenta permita a qualquer pessoa recorrer junto à Corte alemã para defender direitos fundamentais, algo vedado no Brasil. “

Do mesmo modo, Clèmerson Merlin Clève, relaciona a arguição com o recurso constitucional alemão, completa:

Este parece ser o melhor caminho. A Verfassungsbeschwerde não pode, porém, sem mais, ser transplantada para o Brasil. A imensa maioria dos recursos constitucionais propostos, perante a Corte Constitucional alemã, impugna decisões judiciais. Ora, no Brasil, o recurso extraordinário serve para a mesma finalidade. De modo que, entre nós, a lei deverá conferir à arguição uma funcionalidade muito menor que a alcançada pelo recurso constitucional alemão. (CLÈVE, 2000).

Por sua vez, o princípio da subsidiariedade, prevista no artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/9934, diz não ser admitido este instrumento quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Esse princípio garante uma funcionalidade menor que o recurso constitucional alemão (CLÈVE, 2000). Portanto, apesar da similaridade com o instrumento constitucional alemão, deve-se observar a redução de funcionalidade que há na ADPF, restringindo demasiadamente sua utilização como controle de constitucionalidade.

3 AÇÃO E ADPF 672

Ante o exposto, é de suma importância que se compreenda o funcionamento da liminar na ADPF. Liminar é uma medida judicial de urgência, concedida antes da apreciação do feito pelo juiz, cuja finalidade é resguardar os direitos do requerente. O funcionamento da liminar na ADPF, segundo lei regulamentadora, é por meio de decisão da maioria absoluta dos Ministros do Supremo, podendo também ser concedida pelo Ministro relator, ad referendum do Plenário, requerida quando houver urgência ou perigo de lesão grave ou, recesso.

Encontra-se também os seguintes dispositivos acerca da concessão de liminar pelo STF: art. 5º, §3º que versa “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. “ E o art. 6, §1º que traz a possibilidade de o relator, caso entender que seja necessário, “ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição.”.

Com isso, há de analisarmos o resultado do pedido de liminar da ADPF 672; que, perante período pandêmico e a desconsideração do governo federal sobre as medidas de contenção do COVID-19, coube ao Poder Judiciário uma deliberação consistente, surgindo a julgada ADPF 672. A ação foi um momento decisivo para a virada do país, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados durante a crise de saúde pública decorrente da pandemia.

O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), assegurou aos governos estaduais, distrital e municipal, no âmbito de seus territórios, competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19. Com isso, o governo federal não pode derrubar decisões de estados e municípios acerca do distanciamento social, quarentena, circulação de pessoas, etc.

A decisão foi proferida pela gravidade da pandemia nos estados, consagrando a competência administrativa proposta no inciso II do artigo 23 da Constituição Federal, que estabelece capacitação da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para cuidar da saúde e assistência pública. O texto constitucional (inciso XII do artigo 24) também prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, permitindo, ainda, aos municípios possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual, desde que haja interesse local (inciso II, artigo 30).

Haja a vista a dimensão da decisão tomada por Alexandre de Moraes, torna-se visível o destaque tomado pelo Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal em tempos de pandemia, independentemente das contrariedades do Executivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, como ação de controle constitucional, tornou-se uma ferramenta de uso cada vez mais recorrente, além da maior repercussão durante pandemia.

A chegada do coronavírus provocou uma mudança radical na pauta do Poder Judiciário, de forma que o Supremo Tribunal Federal tenha proferido milhares de decisões relacionadas à COVID-19 durante os últimos dois anos.

Deve-se ressaltar que, como arguição de descumprimento de preceito fundamental, a medida tomada da ADPF 672 se trata de uma garantia de elemento vital, que se fez necessária diante da pandemia. Durante o julgamento da ADPF 672, houve um momento decisivo para a saúde coletiva do país. Apesar da ação ajuizada ser competência do Poder Executivo, tornou-se papel do Poder Judiciário a decisão de conceber autonomia aos Estados, de modo que atuassem com suas próprias medidas preventivas, limitando arbitrariamente o governo federal.

Assim, a decisão da ADPF 672 garantiu certos limites ao governo federal, de modo que ainda fossem respeitadas as competências comuns dos Estados e Municípios de “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. “, como previsto no art. 23, inciso II da Constituição Federal.

E, apesar tensão entre os poderes, torna-se necessária a atuação do Judiciário em períodos conturbados como esse. A decisão foi crucial para salvaguardar vidas e suavizar impactos econômicos, ante a urgência de protagonismo aos Estados e Municípios para adotarem as devidas medidas no controle da COVID-19, como recomendado pela Organização Mundial da Saúde.

Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental está caracterizou uma atuação atípica do Poder Judiciário, — considerando o negacionismo científico e tentativas do governo federal de impedir seu funcionamento — mudando até mesmo o rumo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; ROCHA, Altamirando Pereira. *Análise da Jurisprudência do STF sobre a Forma de Incorporação dos Documentos de Direito Internacional*. Revista de Direito Brasileira, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF: 01. Arguente: Partido Comunista do Brasil. Arguido: Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. 3 de fevereiro de 2000. Lex: Jurisprudência do STF, Distrito Federal.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF: 672. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 13 de outubro de 2020. Lex: Jurisprudência do STF, Distrito Federal.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. Revista dos Tribunais, 2000.

FILHO, Alberto de Magalhães Franco. *O Significado e Alcance da Expressão “Preceito Fundamental”, no Âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2008.

FRANCO, Fábio Luis. *Artigo 102, §1º, da Constituição Federal O Que é Preceito Fundamental?* Revista Jurídica Cesumar, 2001.

LUZ, Valdemar P. Da. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Manole, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista Jurídica Virtual, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

STEIN, Leandro Konzen; LEAL, HENNIG, Mônia Clarissa. *A Polêmica em Torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Incidental: Existência, Localização e Eficácia*. Novos Estudos Jurídicos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais/Sociais do Brasil*. Porto Alegre: Novos Estudos Jurídicos, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.