

Em nome da Constituição é o preço do combate?



Há uma revolução intocada acontecendo, sob nossos olhos,

sob os olhos de nossos Tribunais, especialmente daquele que deveria proteger a Constituição. Mais do que isso, sob a ignorância trêmula dos Poderes Legislativos que assistem imóveis suas competências serem desviadas.

Em nome do combate à pandemia da Covid-19, a Constituição tem sido diuturnamente rasgada, rabiscada, vilipendiada, malversada. Aos olhos de todos, mas sob a proteção de ninguém.

O medo domina. Domina mais o medo de ser "responsabilizado" pelo aumento da pandemia. Então, melhor assim, ainda que a preço constitucional. Vale dizer, a preço, duramente, histórico.

Em termos técnicos, note-se que as medidas restritivas incidem, basicamente, sobre dois pontos: a) limitação ao direito de ir e vir; b) limitação de comércio.

O primeiro é um dos direitos mais caros da história constitucional, um dos primeiros erguidos à condição de fundamental, fruto da batalha sangrenta dos séculos e da oposição ao autoritarismo desenfreado.

São incontáveis os documentos que respeitamos e adotamos em prol deste direito: artigo 13.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos; artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; artigo 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Finalmente, o artigo 5º, XV, que não é demais lembrar em termos, posto que esquecido: "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

Noutra oportunidade, já dissemos, reverbere-se: "A livre locomoção ou permanência é um dos direitos mais importantes de Estados de Direito e democráticos, como o nosso, pois se consubstancia numa das maiores expressões da liberdade dos indivíduos: *poder ir onde, como e quando quiser*" (*A Constituição brasileira ao alcance de todos*, Editora D'Plácido, p.96).

Perceba-se que em quase todos os documentos, acoplado ao direito de ir e vir, advém o direito de reunião, como ocorre logo no inciso XVI do artigo 5º de nossa Constituição.



O segundo foi destacado pelo constituinte, que quis fazer da livre iniciativa um princípio fundamental da República (art. 1º, IV, CF), e não apenas da ordem econômica (art. 170, CF).

É claro que estes direitos devem ser sopesados em face de dois pontos: situação de normalidade institucional e possibilidade de restrição, pois não há direito fundamental absoluto. O próprio parágrafo único do artigo 170 ressalta, em equilíbrio, que, embora seja assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, é possível que a lei estipule restrições.

Para corrigir a primeira distorção, os instrumentos de exceção. Para corrigir a segunda, a lei. Repita-se: a LEI.

Não seria nenhum exagero afirmar que nossa situação atual permitiria a decretação de estado de sítio, com base no inciso I, “comoção grave de repercussão nacional”. E, aí sim, a possibilidade de medidas restritivas dispostas no artigo 139, CF, como a obrigação de permanência em determinadas localidades, detenção em edifício não destinado a presos comuns para quem descumprir as medidas e suspensão da liberdade de reunião (restrição ao direito de ir e vir e de reunião), que, por si só, já impactariam diretamente na atividade econômica.

Mas a Constituição é sábia. Pois, embora tais medidas possam ser tomadas pelo Poder Executivo da União, o Estado de Sítio precisa de, primeiro, autorização do Congresso Nacional para instituição e, segundo, de controle permanente do Legislativo federal. Mesmo na exceção, não há espaço para o autoritarismo.

Contudo, não estamos em Estado de Sítio. E se não estamos, não há nada diferente na Constituição. Vale implicar: qualquer restrição deve respeitar o núcleo fundamental dos direitos, o limite dos limites (*Schranken-Schranken*), e, sobretudo, a ideia de que restrição somente é possível por lei.

Trago ao lume um teste de restrição de direitos fundamentais estabelecido pelos juristas alemães Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (*Grundrechte*, p.77-78). Dentre os questionamentos estabelecidos, há uma premissa: a conduta fora regulada por lei. E, ainda, ao intervir no âmbito de proteção do direito fundamental, está de acordo com a competência legislativa, com o processo legislativo, com o princípio da proporcionalidade e com a proteção ao núcleo essencial do direito?

Como é cediço, eventual restrição a direito de ir e vir, em razão de sua interrelacionariedade que lhe aproxima ora do direito civil ora do direito penal, somente poderia ser realizada por lei federal (artigo 22), em razão da competência privativa da União. Já quanto ao direito econômico, a previsão é de competência concorrente, no âmbito do artigo 24, I, devendo a União estabelecer normas gerais e os Estados e Distrito Federal normas complementares. Não se olvide, quanto a este ramo a possibilidade dos municípios complementarem a legislação federal e estadual para tratar de assuntos de interesse local (art. 30, I e II).

Mas sempre por lei! Nossa realidade, contudo, é a vivência sob um emaranhado de Decretos.



Decretos que beiram a insanidade jurídica são amontoados nos átrios das Prefeituras e Governos estaduais e federais. Exteriorizam o oportunismo de chefes do Executivos ansiosos por, sozinhos, poderem criar e modificar regras. Retiram das entranhas o vício autoritário.

Estes Decretos são, nas palavras do ex-Ministro Ayres Britto, de inconstitucionalidade “enlouquecida” ou “desvairada” (ADI 3.232) ou, na expressão do ex-Ministro Sepúlveda Pertence, de inconstitucionalidade “chapada” (ADI 1.923).

Perdemos a noção do perigo. Melhor, perdemos a noção do perigo em se acostumar com a violação da Constituição!

Nosso sistema federativo, constituído por Legislativo, Executivo e Judiciário, poderes equilibrados e harmônicos entre si, em meio a um regime democrático, não consegue compreender por que tanta impropriedade.

Em Balneário Camboriú, notícia de 19 de março de 2020 narra a proibição de acesso de veículos oriundos de municípios onde há casos de transmissão comunitária do Coronavírus^[1]. O decreto, com validade de sete dias, levou à criação de barreiras fixas e móveis com fiscalização das Secretarias de Saúde e Saneamento e de Segurança. Mais irônico é o teor da expressão utilizada: “Ficam restritos de entrar no Município os veículos com registro de licenciamento, bem como seus ocupantes provenientes de cidades onde resta confirmada a contaminação comunitária pelo vírus COVID-19”. Ora, não estão restritos. Estão proibidos!

O Decreto 9.831 ainda proibia o desembarque de passageiros no Terminal Rodoviário, “enquanto perdurar a limitação à circulação de veículos de transporte coletivo”.

Em Santos, no litoral de São Paulo, não bastava vedar o acesso à praia (Decreto 8.896/2020), quis o Prefeito proibir as caminhadas no calçadão da orla (Decreto 8.910/2020). Aliás, o primeiro Decreto vedava o ingresso de qualquer pessoa em hotéis, pousadas e similares na Baixada Santista

O Governo de Pernambuco gostou tanto da medida que resolveu replicá-la, modificando o artigo 5º do Decreto 48.832, de 19 de março de 2020, para vedar “o acesso às praias e ao calçadão das avenidas situadas nas faixas de beira-mar e de beira-rio” até 13 de abril.

Em Santos, a propósito, o Decreto 8.898/2020 também estabeleceu “restrição” e “controle” no acesso de veículos, “com fins turísticos ou de veraneio, aos limites territoriais do Município”.

Em Porto Alegre, pasme-se, o Decreto 20.526, de 23 de março de 2020 estipula “situação de distanciamento social a toda pessoa com mais de 60 (sessenta) anos de idade, para restringir a circulação no Município de Porto Alegre, exceto aos trabalhadores da área de saúde, segurança e demais serviços essenciais”. As belas palavras escondem o essencial: idosos estão proibidos de sair às ruas!

Tudo por Decreto!



Pior do que isso é a ameaça escancarada de que aqueles que descumprirem as limitações estariam sujeitos ao artigo 268 do Código Penal. E são inúmeros os Decretos de mesmo tom: o desrespeito às medidas impostas será sancionado civil e penalmente... Mas sanções baseadas em atos inconstitucionais!

É de se lembrar que agir em desconformidade com a Constituição coloca os Chefes do Executivo em posição de responsáveis. Daí se admoestar, caso sejamos técnicos, vai faltar espaço nos jornais para a lista de chefes de governo impedidos.

É preciso corrigir, e logo. Não se negue a necessidade de medidas excepcionais, mas não ao arrepio do teor constitucional e do equilíbrio entre os Poderes.

Em tempos de distanciamento social, só não podemos nos afastar da Constituição!

[1] Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/03/19/balneario-camboriu-monitora-entrada-de-veiculos-e-passageiros-de-cidades-com-transmissao-comunitaria.ghtml>>.

Date Created

08/04/2020