

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trago a referendo deste Plenário a medida cautelar por mim parcialmente deferida, monocraticamente, no âmbito das arguições de preceito fundamental 714, 715 e 718.

1. Do Conhecimento

A competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 103, §1º, da CF/88) requer – além da observância da regra da **subsidiariedade** (art. 4º, §1º, da Lei 9.882/1999) – que o fundamento da controvérsia constitucional trazida ao conhecimento da Corte possua **relevância** (inc. I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/1999).

No caso em apreço, a controvérsia constitucional que ora se apresenta é tipicamente daquelas em que a relevância só se evidencia após sua adequada **delimitação**. Os autógrafos do PL 1.562/2020 foram remetidos à sanção presidencial pela Mensagem n. 7/2020, do Presidente da Câmara dos Deputados, de 12 de junho de 2020. Tal documento, que contém a redação final aprovada na Casa que ultimou o processo legislativo, mostra que o art. 3º do PL 1.562/2020 tratou de inserir uma série de dispositivos (arts. 3º-A a 3º-I) no corpo da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 – que por sua vez consiste em uma das principais medidas legislativas decretadas pelo Congresso Nacional para o enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus – Covid-19).

O recebimento dos autógrafos deu-se no mesmo dia 12 de junho de 2020, de modo que o prazo de 15 (quinze) dias úteis para o exercício da deliberação executiva quanto ao Projeto de Lei (art. 66, § 1º, da CF/88) tinha como **marco final** o dia **2 de julho de 2020**.

E foi exatamente em tal data que o Chefe do Poder Executivo enviou a **Mensagem n. 374**, de 2 de julho de 2020, ao Presidente do Senado Federal, em que comunica o **veto parcial** e expõe seus motivos; a publicação do expediente deu-se no Diário Oficial da União de 3 de julho de 2020 (Edição 126, Seção 1, página 4).

Os demais dispositivos do Projeto de Lei n. 1.526/2020 sobre os quais não recaiu o veto foram sancionados, o que deu gênese à promulgação da Lei n. 14.019, de 2 de julho de 2020, publicada na mesma edição do Diário Oficial da União de 3 de julho de 2020 (Edição 126, Seção 1, página 2).

Nada obstante, o Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020 trouxe a publicação de **2 (dois) novos vetos** a dispositivos que constavam, antes, no PL 1.562/2020, mas que, desde 3 de julho de 2020, integram a Lei 13.979 /2020 na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020, a saber: o § 5º do art. 3º-B e o art. 3º-F. Na mesma edição do Diário, nova publicação da Lei n. 14.019/2020 contemplando os novos vetos.

De se notar a heterodoxia do procedimento, cuja vocação para o inusitado não esmorece com a nota, em rodapé, de que o expediente cuidaria de mera republicação “ *por ter constado incorreção, quanto ao original* ” (ADPF 718, eDOC 3, p. 6).

Heterodoxia procedimental que inviabiliza o não conhecimento dos pedidos deduzidos pelas partes autoras (ou pelo menos a maior parte deles) com apoio no fundamento de que a controvérsia constitucional que se coloca articula matéria circunscrita à intimidade do exercício do poder político, uma *political question*, a recomendar, por isso, uma autocontenção do Poder Judiciário: seja nos termos inaugurados por *Luther v. Border* (1849), na experiência jurisprudencial da Suprema Corte norteamericana, seja na linha da **ADPF 1/DF-QO** :

EMENTA: Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. (...)

8. No processo legislativo, **o ato de vetar**, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, **e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto**, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se **hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço**.

9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo – que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, – no conceito de “ato do Poder Público”, para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, – eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, – poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal

Federal, em via de controle concentrado . (grifamos) (QQ na ADPF /DF, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2000, DJ de 07/11/2003)

Ainda que em sede de cognição sumária, não se imagina como os fatos subjacentes à controvérsia constitucional em análise poderiam ser compreendidos na chave de uma opção legítima dentro da margem de discricionariedade titularizada pelo Chefe do Poder Executivo quando do exercício do poder de veto que lhe é constitucionalmente deferido (art. 66 e art. 84, inc. V, CF/88), e assim justificar o não seguimento da presente ação nos moldes da ADPF 1/DF-QQ.

A partir dessas premissas, passa-se ao exame dos pedidos veiculados nas ADPF 714, 715 e 718.

2. Do mérito

2.1. Dos pedidos de suspensão dos efeitos da retificação de vetos da Lei nº 14.019 no DOU de 6 de julho de 2020

A concessão pelo Supremo Tribunal Federal de medida cautelar em ação de arguição de preceito fundamental tem se mostrado instrumento apto à proteção da ordem constitucional, como demonstra a jurisprudência da Corte. Como é cediço, a medida cautelar em ação direta depende do atendimento de dois pressupostos, que são: (1) a verossimilhança do direito e (2) o perigo da demora.

No tocante aos pedidos de suspensão dos efeitos da retificação no DOU de 6 de julho de 2020, verifica-se que, para além de qualquer dúvida razoável, o que ocorreu foi um “exercício renovado” do poder de veto. Exercício cuja desconformidade com o art. 66 da Constituição Federal acontece pelo só fato de sua repetição, e que afronta suficientemente a higidez da ordem constitucional a ponto de representar violação ao preceito fundamental da separação dos poderes (art. 2º, CF/88).

As normas que disciplinam o processo constitucional de formação das leis não encerram mera formalidade dispensável, reflexo de uma normatividade inferior a conferir-lhes eficácia meramente “diretórias” (CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional** . Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 10). Seu caráter plenamente cogente, no plano jurídico, é conclusão a que

se chega até pelo princípio da unidade da Constituição. Mas sua centralidade é algo que apenas se deixa revelar quando se percebe que o processo legislativo desempenha o papel de servir como momento institucional do modelo de circulação social do poder político no Estado Democrático de Direito (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo Legislativo e Democracia** . Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. 76-77).

Os mais elevados valores materiais necessários para a convivência democrática não são localizáveis no éter; são, antes, produto de procedimentos: “a democracia como forma de racionalizar processos na ordem política cria publicidade no seio de seus próprios procedimentos. O procedimento formal se converte, portanto, em garantia de retidão e justiça material” (HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedade abierta**. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2013, p. 144)

Nem fim em si mesmo, nem mero instrumento a ser relativizado para a realização de um resultado tido como mais nobre: a formação das espécies normativas primárias (art. 59, CF/88), no marco de uma leitura constitucionalmente adequada, é função pública estruturada em *iter* procedimental, com etapas sucessivas, tanto pela necessidade prática de coordenar o agir de uma pluralidade de órgãos estatais, quanto para dotar a formação do ato final, no caso a lei, de um mínimo de previsibilidade que possibilite a setores da sociedade a se organizarem em busca de influírem efetivamente no ato final. (GALEOTTI, Serio. **Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo** . Milão: Giuffrè, 1985, p. 86).

Desse caráter concatenado em fases, que orienta a formação legislativa, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em página inexcusável, vislumbrou aplicável, ao processo legislativo, o **princípio da preclusão** , muito embora não tenha, a Constituição de 1988, dele tratado expressamente:

“Dada a natureza processual da tramitação legislativa – que aborrece toda forma de retrocesso – prescinde, a meu ver, de norma constitucional expressa que **o princípio dinâmico da preclusão reja igualmente o processo legislativo, de modo a que** – salvo as exigências explícitas de reiteração, a exemplo daquelas de votação em dois turnos – **a decisão de cada uma das fases do procedimento ou encerra definitivamente ou abre a fase seguinte, sempre, porém, sem jamais admitir o retorno à fase vencida** ”. (ênfase nossa) (ADI 1254/RJ,

Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1999, DJ 17/03/2000, folha 99).

A controvérsia constitucional que aqui se aborda versa exatamente sobre uma **preclusão** : aquela ocorrida na etapa da deliberação executiva, cuja consumação põe fim à fase constitutiva de formação da lei ao mesmo tempo em que inaugura a fase complementar, ou integratória da eficácia da lei – promulgação e publicação (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo** . São Paulo: Saraiva, 1968, p. 62).

As Constituições brasileiras do período republicano guardam a noção de que a lei (*grosso modo* e via de regra) é resultado da conjugação da manifestação do Congresso Nacional com aquela do Chefe do Poder Executivo, materializada pela sanção. Na feliz síntese da Ministra Cármen Lúcia, “a lei, no Brasil, tem sido tradicionalmente e salvo exceções expressas previstas no próprio texto constitucional, resultado da vontade compósita dos órgãos do legislativo e do executivo” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991, p. 173).

Representativo dessa noção do exercício partilhado da função legislativa era o art. 16 da Constituição Republicana de 1891: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República”. Dispositivo que bem evidencia o que Hans Kelsen descreveu como a “composição de uma função orgânica [a partir] de duas funções parciais”. (KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado** (1925). Trad. Legaz y Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 364).

Perfilhando a noção de **lei como ato complexo** , a Constituição de 1988 dedicou razoável atenção ao modo pelo qual desenvolvem-se as relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo quando da passagem da etapa da deliberação legislativa para a etapa da deliberação executiva. O art. 66, *caput* e parágrafos, enuncia modalidades de sanção e veto, demarca elementos e formalidades essenciais e – o que se revela central para o caso em apreço – assina prazos e estatui consequências em hipótese de descumprimento.

Da leitura do art. 66, CF/88, José Afonso da Silva conclui que, uma vez manifestada a aquiescência do Poder Executivo com o Projeto de Lei que lhe fora enviado, pela oposição da sanção, ocorre exatamente uma **preclusão** – na forma divisada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no trecho do julgamento da ADI 1254/RJ *supra* transcrito – suficiente para conferir ao **ao veto um caráter terminativo** :

“(...) a sanção, uma vez dada, escapa ao controle do outorgante, para integrar o ato complexo – a lei –, como um todo, passando, em consequência, a ser elemento da lei, que não pode ser retirado ou revogado, senão com a revogação da lei. **É irretratável** .” (ênfase nossa) (SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 214-215).

Também assim já nos pronunciamos em sede doutrinária (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** . 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 949). E estamos bem acompanhados, considerando que há tempos é essa a abalizada *opinio* do eminente Ministro Celso de Mello:

“O veto é irretratável. Uma vez manifestado, e comunicadas as razões ao Legislativo, torna-se o veto insuscetível de retratação” (José Celso de Mello Filho. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 224)

Com efeito, a irretratabilidade do veto configura traço constante de nossa experiência constitucional. Orienta mesmo o Manual de Redação da Presidência da República:

“Uma das mais relevantes características do veto é a sua irretratabilidade. Tal como já acentuado pelo Supremo Tribunal Federal, manifestado o veto, o Presidente da República não pode retirá-lo ou retratar-se para sancionar o projeto vetado”, (BRASIL **Manual de Redação da Presidência da República** . 3ª ed. Org. Gilmar Ferreira Mendes. 3ª ed. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 160).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, orientando-se pela lógica da preclusão entre as etapas do processo legislativo, também pontificou que “O poder de veto, quando usado pelo executor, não pode ser retratado”, para negar a possibilidade, ao então Governador de Pernambuco de proceder à sanção de Projeto de Lei que, dois dias antes, fora enviado à Assembleia Legislativa com mensagem de veto. (Representação 432/PE, Rel. Ministro ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 22/01/1960).

Além de rigor conceitual e sólida tradição constitucional, a construção que ora se comenta revela plena compatibilidade com a Constituição

Federal de 1988, cujo *caput* do art. 66 aponta que o produto da atividade do Congresso Nacional, que é enviado ao Presidente da República para deliberação executiva, consiste em um **projeto de lei**. Valendo-se do veto parcial, a parte não vetada segue à promulgação e, como tal, transfigura-se de projeto de lei para lei. A parte vetada, por seu turno, segue para Congresso Nacional, que deliberará, em sessão conjunta, pela manutenção ou derrubada do veto (art. 57, § 3º, inc. IV, CF/88).

A esse respeito, destaca-se que recentemente o Plenário do STF, no julgamento do RE 706.103 (Tema 595 da Repercussão Geral), decidiu expressamente que a oposição de veto parcial em proposta legislativa “implica o desmembramento do processo legislativo em duas fases distintas, eis que enquanto a parte não vetada do projeto de lei segue para a fase de promulgação, a parte objeto do veto retorna ao Poder Legislativo para nova apreciação, após o que será ou não promulgada, conforme o resultado da deliberação” (RE 706103, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020, DJe 14-05-2020).

A *ratio* desse julgado assenta-se justamente nessa compreensão de que a oposição de veto goza de natureza terminativa, de sorte que a parte de proposta legislativa não vetada deve, desde logo, ser promulgada, já que concluído o processo legislativo.

Daí porque a Corte, seguindo voto de relatoria do Min. Luiz Fux, aprovou a seguinte tese de mérito da Repercussão Geral: “É constitucional a promulgação, pelo Chefe do Poder Executivo, da parte incontroversa de projeto de lei que não foi vetada, antes da manifestação do Poder Legislativo pela manutenção ou pela rejeição do veto, inexistindo vício de inconstitucionalidade dessa parte inicialmente publicada pela ausência de promulgação da derrubada dos vetos”. (RE 706103, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020, DJe 14-05-2020).

Considerando esse entendimento, admitir que se recaia veto sobre o material legislativo que já fora sancionado, promulgado e publicado, como foi o caso da Lei n. 14.019/2020, seria reconhecer que uma sanção recaia não em um projeto de lei, mas em uma lei.

A anomalia não passou despercebida por Pontes de Miranda, que asseverou a impossibilidade do Chefe do Poder Executivo renovar a deliberação executiva (sanção/veto). Os argumentos do jurista, embora confeccionados no marco constitucional anterior, exurgem inteiramente aplicáveis ao caso em análise; deixam claro, inclusive, o quão inócuo é

alegar republicação por erro formal para se ampliar o quantitativo de dispositivos vetados:

“Não há dois vetos ao mesmo ato legislativo. (...) Se o Presidente da República veta em parte a lei, ou pelos fundamentos *a* ou *b*, não mais pode promulgar a lei na parte vetada, nem pretender que se atenda a qualquer fundamento *c* ou *d*. Nem, *a fortiori*, vetar toda a lei e, depois, promulgá-la. **Se publica a lei como promulgada (sanção positiva), no todo ou em parte, a publicação posterior com a indicação de veto de alguma parte, ou de outra parte, é juridicamente inexistente. O que foi publicado é lei; o poder sancionador do Presidente da República exauriu-se.** Para se declarar que a nova publicação é inexistente, não se precisa de maioria absoluta dos juízes do tribunal (art. 116 [da Emenda Constitucional n. 1/1969]), porque não se trata de ato existente e nulo. Lei é o que se promulga.

Se o Presidente da República veta a lei, no todo, ou em parte, não pode mais promulgar o que vetou. O Congresso Nacional não deve, sequer, levar em consideração fundamentos novos para vetar. **O poder sancionador exerce-se de um acto, *punctualmente*. Não cabe publicarem-se pela segunda vez, ou outra vez, os textos, porque não se admitem correções às leis que não sejam de revisão (erros tipográficos, ou de cópia), em relação à letra do projeto que foi à sanção.**” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969.** Tomo III (arts. 32-117). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 187-188) (grifamos)

Tudo isso assenta a **verossimilhança do direito alegado**, requisito para a concessão do provimento cautelar para fim de suspender a eficácia dos novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, que recaíram sobre o § 5º do art. 3º-B e o art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020.

O mesmo pode-se afirmar quanto ao **perigo na demora**, que também se faz presente. A inusitada situação dos autos – o exercício do poder de veto em uma lei já promulgada e publicada – gera forte insegurança jurídica; dificulta até mesmo a identificação de qual é o direito vigente. A perspectiva que partilha do posicionamento de que em situações que tais, em que se impugna veto do Chefe do Poder Executivo, seria preferível aguardar a apreciação do Congresso Nacional em sessão conjunta (art. 57, § 3º, inc. IV, CF/88) evidentemente não convence.

Destaca-se ainda que o impasse instalado na presente ADPF refere-se ao principal diploma com normas gerais para o combate à pandemia da Covid-19, matéria de mais absoluta relevância constitucional.

Em obra doutrinária coordenada por mim, pelo Prof. José Roberto Afonso e por Hadassah Laís Santana (Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas, no prelo), tivemos a oportunidade de registrar, no capítulo introdutório, em coautoria, o seguinte:

“Vivemos um dos maiores desafios dos últimos cem anos (certamente o maior das últimas quatro gerações), em se tratando de medidas sanitárias, epidemiológicas, econômicas e sociais. As consequências que já sabemos (milhares de mortes, desemprego de milhões de pessoas, fechamento de milhares de empresas, diminuição da remuneração de praticamente todo o Segundo e Terceiro setores, estagnação econômica, entre outros) e as ainda incertas (em sua extensão – tamanho da recessão e o momento da retomada do crescimento econômico, retorno dos empregos e do padrão remuneratório perdidos etc.) perdurarão algumas delas por mais de um ano, necessitando de uma resposta estatal à altura do problema que estamos enfrentando.

Temos assistido a medidas contraditórias, descoordenadas e investimentos públicos ineficazes no combate à pandemia (vide a espiral de casos confirmados e a escalada de dezenas de milhares de mortes lastimáveis), seja pela sobreposição de atos governamentais dúbios, seja pela gritante disparidade de preços dos mesmos produtos nas unidades federativas, incluindo a necessidade de auxílio financeiro aos entes subnacionais que perderam receitas com a crise que assola o país.

É indubitável que o Congresso Nacional tem atuado de maneira célere, aprovando, desde a descoberta da circulação do vírus em nosso território, a cada mês, uma importante medida legislativa, v. g., a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (que instituiu medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública), o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (declaração do estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 (auxílio financeiro de R\$ 600,00 a pessoas que preencham os requisitos legais), a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020 (instituição de regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações) e a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020 (“Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus”), mas é necessário se pensar em

um projeto de coordenação unificada, de alcance nacional, com execução descentralizada e de média duração para fazer frente à esse cenário de guerra à Covid-19 (Sars-CoV-2).

(...) A quadra atual exige grandeza, altivez e espírito público de todos aqueles que representam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em todas as suas esferas de poder.

(...) É chegada a hora de, deixando as divergências de lado, promovermos uma verdadeira união nacional – e paritária – entre todos as unidades federativas, em torno do tema comum: o combate à pandemia, construindo-se consensos mínimos em medidas administrativas, financeiras e operacionais necessárias para fazer frente à calamidade sanitária, fiscal, orçamentária e econômica decorrente daquela.

Enfrentar a pandemia é um desafio nacional que requer, por óbvio, resposta de mesma envergadura”. (MENDES, Gilmar Ferreira; AFONSO, José Roberto; e SANTANA, Hadassah Laís. Org. *In: Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020)

Segundo estudos científicos, o **Brasil é um dos países que menos realiza testagem para o Covid-19 (74 testes diários para cada milhão de habitantes)**. Comparativamente, analisemos alguns exemplos: Austrália (realiza 1.860 testes diários por milhão), Portugal (1.300), Estados Unidos (1.950), Reino Unido (1.390), Alemanha (830), Espanha (560), Colômbia (370), Uruguai (260) ou Paraguai (210). Mesmo Peru (90) e México (80).

Apesar de nossa população ser o equivalente à 2,7% (dois inteiros e sete décimos por cento) da população mundial, correspondemos à 14% (quatorze por cento) das confirmações da doença e de 12% (doze por cento) da letalidade globais.

É necessário relembrar, com extremo pesar e assombro, que **nosso país atingiu lamentavelmente o 2º lugar mundial em quantidade de casos (atrás apenas dos Estados Unidos da América)**. Em uma visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva).

Sobretudo os dois dispositivos que foram objeto de “republicação de veto” veiculada no Diário Oficial da União do dia 6 de julho de 2020, estabeleçam importantes medidas de combate à pandemia, *in verbis*:

“Art. 3º-B (Vetado)

(...) § 5º Os órgãos, entidades e estabelecimentos a que se refere este artigo deverão afixar cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro do estabelecimento, nos termos de regulamento.”

“Art. 3º-F. É obrigatório o uso de máscaras de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço, observada a primeira parte do *caput* do art. 3º-B desta Lei”.

Nesse sentido, é inconteste a relevância material do art. 3º-B, § 5º, que preserva o direito à informação, impondo aos órgãos, entidades e estabelecimentos o dever de afixar cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro dos estabelecimentos fechados.

Ainda mais urgente afigura-se o restabelecimento da eficácia normativa do art. 3º-F, que impõe a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço .

A situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade face aos riscos da pandemia do novo Coronavírus tem sido enfaticamente destacada pelos organismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na sua Resolução 1/2020 “ **Pandemia e Direitos Humanos nas Américas** ” expediu diversas Recomendações sobre pessoas privadas de liberdade, conclamando que os Estados Nacionais envidassem esforços para, dentre outros:

45. Adotar medidas para enfrentar a aglomeração nas unidades de privação da liberdade, inclusive a reavaliação dos casos de prisão preventiva para identificar os que podem ser convertidos em medidas alternativas à privação da liberdade, dando prioridade às populações com maior risco de saúde frente a um eventual contágio pela COVID-19, principalmente os idosos e mulheres grávidas ou com filhos lactantes.

46. Assegurar que, nos casos de pessoas em situação de risco em contexto de pandemia, se avaliem os pedidos de benefícios carcerários e medidas alternativas à pena de prisão. No caso de pessoas condenadas por graves violações dos direitos humanos e delitos de

lesahumanidade, atendendo o bem jurídico afetado, a gravidade dos fatos e a obrigação dos Estados de punir os responsáveis por tais violações; tais avaliações requerem análises e requisitos mais exigentes, com apego ao princípio de proporcionalidade e aos padrões interamericanos aplicáveis.

47. Adequar as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade, particularmente no que se refere a alimentação, saúde, saneamento e medidas de quarentena, para impedir o contágio intramuros pela COVID-19, garantindo em particular que todas as unidades contem com atenção médica .

No caso brasileiro, a obrigatoriedade legislativa de uso de equipamentos de proteção individual em presídios e estabelecimentos socioeducativos assume extrema relevância, diante da precariedade estrutural das políticas de saúde nesses sistemas.

Segundo dados constantes de Relatório de Monitoramento Semanal da Covid-19 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicado em 29 de julho de 2020, já são mais de **17.123 casos confirmados de COVID-19 no sistema prisional brasileiro e 2.420 casos confirmados no Sistema Socioeducativo.** Há fortes indícios de esses números sejam fortemente subestimados, considerando que, no sistema prisional, até o final de julho de 2020, **apenas 18.607 testes foram realizados** . (disponível em:).

O relatório do CNJ indica uma escalada exponencial tanto número de casos quanto no número de óbitos pela Covid-19 no sistema prisional: do dia 29 de junho a 29 de julho deste ano, **o número de casos de COVID-19 confirmados nos presídios brasileiros aumentou 83,5%** e o número de óbitos subiu 22%, atingindo a marca de **139 mortes** . Destaca-se a evolução histórica do número de casos e de óbitos no sistema prisional:

Evolução no número casos e óbitos – Sistema Prisional

Disponível em:

Ao contrário do que se poderia imaginar, a letalidade da COVID-19 nos presídios e nos estabelecimentos socioeducativos atinge tanto detentos quanto os próprios servidores desses sistemas. Ainda de acordo com o CNJ, **são 5.854 casos de servidores contaminados pelo vírus e 65 óbitos registrados** .

Para ilustrar como a falta de rigor no uso de equipamentos de proteção individual nos presídios brasileiros potencializa a circulação do vírus, transcreve-se trecho de reportagem da Revista Piauí que narra a rotina da Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão (PEFB), estabelecimento prisional em que cumpria pena o ex-Deputado Nelson Meurer, vitimado pela Covid-19 após reiteradas decisões judiciais denegatórias de sua prisão domiciliar:

“Em entrevista à Rádio Educadora, de Francisco Beltrão, a enfermeira da unidade, Maria Tereza Techy, disse que o primeiro detento contaminado pela Covid-19 no presídio também trabalhava na cozinha, no anexo de Meurer, e foi testado na mesma ocasião em que o ex-deputado. Após ter sido diagnosticado com o novo coronavírus, esse detento ficou catorze dias na unidade sentinela e, curado, voltou ao presídio. “Ele [Meurer] estava no mesmo barracão em que surgiu o primeiro caso. Como vivia junto, não tem como dizer que ele não ia pegar. Até porque era de alto risco, idoso, enfim”, disse a enfermeira Maria Tereza, na entrevista à Rádio Educadora. “Temos trabalhadores que têm vida própria, vida fora do trabalho. [...] **Não resta dúvida de que esse vírus chegou por um dos colaboradores . Com certeza, ia começar onde há mais convívio com os detentos, na área externa, cozinha. Eles [os presos] que servem nosso almoço, nosso lanche, que lavam as saladas. É inevitável”**, acrescentou .

A Piauí teve acesso a uma foto tirada na cozinha da PEFB, que mostra três presos em pé, em torno de uma mesa de metal, manuseando pães. Um dos detentos, sem luvas nem máscara, toca o alimento que seria distribuído a outros custodiados. Os outros dois usam os equipamentos de proteção individual. Ainda nesta semana, o sindicato vai enviar um ofício ao Ministério Público do Paraná (MP-PR) pedindo providências em relação a presos expostos a riscos. A foto é um dos elementos a serem anexados como prova .

O Depen-PR disse que não teve acesso à imagem, mas que desde o início da pandemia tem adotado todos os protocolos estabelecidos por autoridades de saúde, e que os presos que atuam em canteiros de trabalho “fazem o uso obrigatório de EPIs, fornecidos pelo próprio departamento”. O órgão ressaltou que vai instaurar procedimento administrativo para apurar o caso.

O ofício do Sindarspen ao MP-PR vai contemplar também o caso de detentos que trabalham na limpeza da unidade sentinela e da carceragem da delegacia do município. Segundo o sindicato, esses presos são levados diariamente aos postos de trabalho e, ao fim do dia, retornam à PEFB. “Estamos oficiando o MP-PR de Beltrão, e esta foto [*que mostra o preso sem máscara e sem luvas*] será usada”, disse

a diretora executiva do Sindicato, Vanderleia Leite. “A gente tem cobrado que sejam suspensos esses canteiros não essenciais, como a fábrica de jeans, que recebe tecidos diariamente sem esterilização e sem resguardar quarentena, e que presos, como os que trabalham na unidade sentinela e na delegacia, não voltem para a PEFB, que fiquem alojados nos locais em que trabalham, para evitar contaminações”, apontou. (Revista Piauí. **Preso por Corrupção, Morto por Covid-19. Como o coronavírus se espalhou a partir da cozinha de um presídio paranaense e matou Nelson Meurer, diabético e cardiopata que, aos 77 anos, teve a prisão domiciliar negada** . Reportagem de 21 de julho de 2020”. Disponível em:)

Salienta-se que essa realidade tem sido enfrentada também na experiência comparada. Destaca-se a esse respeito trecho de artigo de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Flávia Rahal, Hugo Leonardo e Roberto Soares Garcia publicado recentemente no Jornal Estadão:

“Ainda alarmados pela aparente manobra estatística e pelo porcentual irrisório de contaminação dos presos, tome-se notícia veiculada pelo New York Times em 30/6. Segundo esse jornal, o presídio de San Quentin, na Califórnia, contava por volta de 3.700 internos e nenhum caso de covid-19 quando, em 30 de maio, foram transferidos 121 detentos para lá. Descurou-se ao inseri-los no cárcere. Três semanas depois, 1.235 internos, perto de 33%, testavam positivo, a demonstrar o verdadeiro e devastador potencial de disseminação do Sars-CoV-2.

É fato que a Califórnia anunciou para agosto a libertação de 8 mil dos 113 mil aprisionados lá; tendo em vista que, antes, outros 3.500 foram soltos em combate à covid, tem-se a concessão humanitária de liberdade para 10,17% dos presos, visando a minorar o alastramento pandêmico.

Seremos cegos se ignorarmos o caminho adotado para o combate ao problema por lá, e loucos se permanecermos inertes diante dos efeitos da pandemia sobre os presos por aqui. Afinal, ignorado o salto de 99,3% dado pelas estatísticas do CNJ, para aplicar o mais comedido porcentual de disseminação encontrado em San Quentin, chegaríamos a impressionantes 260 mil presos infectados, o que, obedecido o índice de 3,8% de letalidade do vírus na população em geral (Painel Coronavírus, Ministério da Saúde, 17/7), indica que estaríamos a caminho de contar 9.880 mortos no sistema prisional por covid-19” (Disponível em:).

Por todos esses fundamentos, resta evidente que o perigo na demora na apreciação dos pleitos formulados nas ADPF é passível de ocasionar dano de difícil reparação, o que autoriza a concessão do pleito cautelar nesse ponto.

2.2. Dos pedidos de suspensão dos efeitos dos vetos originais apostos na Lei nº 14.019 veiculados no Diário Oficial da União de 2 de julho de 2020

Passa-se agora à apreciação do pedido de declaração de inconstitucionalidade sobre o (primeiro) veto presidencial – esse tempestivo – ao **inc. III do art. 3º-A da Lei 13.979/2020**, na redação conferida pela Lei 14.019/2020 (**ADPF 718**), ou para que se dê interpretação conforme ao mesmo (**ADPF 714**). No ponto, penso que a medida cautelar – pelo menos no quadro atual – não se coloca como premente.

Note-se que o *caput* do art. 3º-A revela uma **proposição jurídica completa**; há a descrição de uma situação fática e o seu enlace a uma consequência jurídica (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 353). A completude do *caput* ajuda a perceber que o inciso III (que fora vetado) figurava como **norma meramente expletiva**. Comparemo-los:

“Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em:

(...)

III – estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.”

Quando cotejados o *caput* e o inciso III, vetado, percebe-se que este não faz falta àquele. “Estabelecimentos comerciais e industriais”, bem como “templos religiosos”, são realidades claramente reconduzíveis à expressão “espaços privados acessíveis ao público” – e exatamente por estarem franqueados ao público não ativam a proteção do direito fundamental de inviolabilidade do domicílio (PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 428). Igualmente, “estabelecimentos de ensino”, na realidade brasileira, ou são “espaços públicos” ou “espaços privados acessíveis ao público”.

Outrossim, o mesmo *caput* do art. 3º-A faz com que seja obrigatório o uso de máscaras em uma residência particular cujo proprietário tenha decidido lhe conferir, definitiva ou esporadicamente, uso diverso daquele ordinário; pense-se no exemplo de residência que, em plena situação de pandemia, serve de local de reunião para festas, celebrações e eventos sociais assemelhados. Em casos tais, a residência assumiu a função de espaço privado acessível ao público, colocando-se sob o espectro de incidência do **caput** do art. 3º-A.

Em suma, não obstante o veto do Presidente da República ao inciso III, que trazia em sua última figura “demais locais fechados em que haja reunião de pessoas”, a obrigação de manter nariz e boca cobertos pelo uso de máscaras de proteção individual já se faz cogente desde a entrada em vigor da Lei 14.019/2020 .

Assim, por um lado, o caráter expletivo do inc. III dispensa – pelo menos nesse primeiro momento de cognição sumária, como é próprio das medidas cautelares – que se realize incursões nos motivos do veto apresentados pelo Chefe do Poder Executivo que, **esteirado em razões de inconstitucionalidade** , assentou que “a propositura legislativa, ao estabelecer que o uso de máscaras será obrigatório em demais locais fechados em que haja reunião de pessoas, incorre em possível violação de domicílio por abarcar conceito abrangente de locais não abertos ao público, a teor do art. 5º, XI, da Constituição Federal, o qual dispõe que a casa é asilo inviolável”.

Tudo isso sem prejuízo de reapreciação do assunto, na eventualidade de modificações no substrato fático ou a depender da percepção do direito por parte dos agentes públicos envolvidos em sua aplicação.

Por outro lado, os fatos trazidos à apreciação deste Supremo Tribunal renovam uma preocupação que há tempos figura como tema de contribuições doutrinárias de nossa parte. Trata-se do uso do argumento de inconstitucionalidade por parte do Chefe do Poder Executivo, no exercício do poder de veto.

Sempre nos pareceu contrária à exigência de vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição que o Presidente da República se valha do veto com fundamento de inconstitucionalidade com a mesma liberdade que lhe concede o veto com esteio no interesse público (v.g. MENDES, Gilmar

Ferreira. “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade”. In: **Revista de Informação Legislativa** . Ano 34, número 134. Brasília: Senado Federal, abril-junho de 1997, p. 14).

Revisitando agora o assunto, percebo que não são poucos os países cujas Constituições estabelecem procedimentos e consequências distintas para o veto presidencial a depender do fundamento utilizado. Na Constituição da Colômbia, de 1991, se o veto for embasado em razões de **inconstitucionalidade** , sua superação pela maioria absoluta do Poder Legislativo dá lugar a uma necessária remessa à Corte Constitucional, cuja decisão – no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade – vincula o Presidente para o exercício da sanção ou veto (art. 167). Em Portugal, a presença de inconstitucionalidade em projeto de lei enviado ao Presidente o autoriza a deflagrar controle preventivo de constitucionalidade, junto ao Tribunal Constitucional (art. 134, “g” e art. 278, Constituição Portuguesa de 1976).

A necessidade de velar pela força normativa da Constituição justifica, quando não exige, que haja mecanismos institucionais e processuais céleres que impeçam que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja sequer minimamente convencido de sua procedência.

E, pior que isso, que esse uso instrumental da Constituição passe sem maiores consequências – afinal, é compreensível que por oportunidade da apreciação do veto os Congressistas atenham-se menos à conformidade jurídica da fundamentação e mais ao impacto político da manutenção ou derrubada (SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão** . Belo Horizonte: UFMG, 2003).

Sem prejuízo nova avaliação no futuro, a controvérsia constitucional em apreço parece mais uma vez chamar a ADPF a exercer seu papel de integração entre os diversos estilos de controle de constitucionalidade, consoante pontificou este Supremo Tribunal Federal na ADPF 33/PA (de minha Relatoria, j. 7/12/2005).

Vetos como aquele aposto ao inciso III do art. 3º-A da Lei 13.979/2020, a depender de como são interpretados pelos agentes das administrações públicas federal, estaduais e municipais, podem exigir definição da controvérsia de modo a evitar, guerra de liminares, hiper judicialização e, no caso vertente, até salvar vidas.

A propósito, a circunstância de o ato do poder público impugnado em uma ADPF ser um veto presidencial, que é tradicionalmente concebido como ato de “natureza política”, não pode ser suficiente para, por si só, subtraí-lo à ordem constitucional.

A menos que se comungue – conscientemente ou não – daquela noção romântica, própria do alvorecer do constitucionalismo moderno, em que o poder de veto era visto como uma garantia contra os caprichos das casas legislativas. Era assim no marco da Constituição da França de 1791, que deferiu ao Rei a participação no exercício do poder legislativo – e se lhe conferia absoluta imunidade – com o fim de se evitar a dominação absoluta das assembleias (LE PILLOUËR, Arnaud. “Le dualisme de l’Éxecutive sous la Révolution française”. **Giornale di Storia Costituzionale** . n. 28. Macerata: EUM, segundo semestre de 2014, p. 23).

Foi assim, também, entre nós, como atesta o emérito João Barbalho, que ao comentar o art. 16 da Constituição Republicana de 1891 divisou no veto “uma inestimável garantia: trata-se de amparar assim a liberdade e direitos dos cidadãos contra medidas não fundadas em conveniência pública ou a ela contrária” (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira – Commentários** . Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 53).

Entretanto, o que o direito comparado mostra, e András Sajó bem explica, é que o tempo presente é de hipertrofia dos Executivos. Os Poderes Legislativos, pensados no século XIX para limitar e fiscalizar o Poder Executivo, no mais das vezes apenas seguem, e não precedem, a ação executiva; tornam-se, assim, reféns dos fatos consumados (SAJÓ, András. UITZ, Renáta. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism** . Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 158).

No contexto norteamericano, essa predominância levou claramente a uma utilização do veto como arma política (eis que sua superação depende da maioria de 2/3 de ambas as Casas), propiciando àquela Presidência a dominar a agenda legislativa do país (CAMERON, Charles. “The Presidential Veto”. In: EDWARDS III, George. HOWELL, William. **The Oxford Handbook of The American Presidency** . Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 362 e ss.).

O poder de veto, portanto, está longe de representar mera “neutralidade”; tem, antes, impacto considerável no funcionamento do Congresso (a ponto de poder trancar sua pauta, art. 66, § 6º, da CF/88).

Assim, eventual intervenção de uma Corte Constitucional em situações de abuso dessa prerrogativa só de modo míope poderia ser reduzida a uma intervenção em uma questão *interna corporis* do Poder Legislativo.

Considerada a proeminência que os Poderes Executivos têm exercido no processo legislativo, a intervenção dos Tribunais Constitucionais em tal seara pode muito bem representar, antes, a preservação da autonomia de um Parlamento em face do Governo (DRAGO, Guillaume. **Contentieux Constitutionnel Français** . 4ª ed. Paris: PUF, 2016, p. 124).

Esse estado de coisas resulta em tornar ainda mais atual a decisão monocrática lavrada pelo Ministro Celso de Mello na **ADPF 45/DF** (decisão de 22/04/2004), que fora manejada em face de **veto** parcial, emanado do Presidente da República, a dispositivo constante de Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias que, na leitura do autor da ação, lesavam o direito à saúde na medida em que inviabilizava os recursos orçamentários necessários para tanto.

A ação não foi submetida ao Plenário em decorrência da perda superveniente do objeto, mas **o judicioso *decisum* monocrático do Ministro Celso de Mello mostrou sobejamente como a utilização do poder de veto pode ocasionar lesão a preceito fundamental, e de tal gravidade que nenhum outro meio possa garantir tutela eficaz, o que credencia a ADPF como instrumento processual adequado, até pela subsidiariedade .**

De se ver, portanto, que os desafios postos às democracias constitucionais reclamam renovada reflexão por parte do Supremo Tribunal acerca do tema, convidando-o a proceder à pacificação da jurisprudência a respeito da sindicabilidade do veto por razões de inconstitucionalidade pela via processual da ADPF.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por referendar a medida cautelar anteriormente proferida, de modo a deferir em parte a medida pleiteada e, assim, **suspender os novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020** , a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979 /2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020.