



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

ISABEL CRISTINA CUNHA COSTA

**CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106
DE 2020 NO QUE TANGE À EXCEPCIONALIDADE DE REGRAMENTO EM
MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA**

**BRASÍLIA
2020**

ISABEL CRISTINA CUNHA COSTA

**CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106
DE 2020 NO QUE TANGE À EXCEPCIONALIDADE DE REGRAMENTO EM
MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professora Me. Anna Luiza de Castro Gianasi.

BRASÍLIA

2020

ISABEL CRISTINA CUNHA COSTA

**CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106
DE 2020 NO QUE TANGE À EXCEPCIONALIDADE DE REGRAMENTO EM
MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professora Me. Anna Luiza de Castro Gianasi.

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2020

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a) Me. Anna Luiza de Castro Gianasi

Professor(a) Avaliador(a)

CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106 DE 2020 NO QUE TANGE À EXCEPCIONALIDADE DE REGRAMENTO EM MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA

Isabel Cristina Cunha Costa¹

Resumo: Frente à situação de calamidade pública vivenciada pelo país em decorrência da pandemia causada pela COVID-19, a Emenda Constitucional 106/2020 excepciona o regramento em matéria orçamentária a fim de resguardar a saúde e preservar a vida, bem como a manutenção da ordem pública financeira do país. O artigo se propõe a analisar a constitucionalidade da Emenda nº 106/2020 à luz do princípio da proporcionalidade. Além disso, discorre acerca dos poderes constituinte originário e derivado reformador e seus limites. Por fim, discute o impacto da Emenda Constitucional nº 106/2020 quanto ao acesso ao direito à saúde. No que diz respeito à metodologia da pesquisa é exploratória e bibliográfica. Toda a teoria foi fundamentada em livros, artigos, legislação, reportagens e pesquisas em *sites* oficiais do Governo. O estudo permitiu concluir a constitucionalidade material e formal da aludida emenda, observado a proporcionalidade.

Palavras-chave: COVID-19. Emenda Constitucional nº 106/2020. Poder Constituinte. Princípio da Proporcionalidade. Direito à Saúde.

Sumário: Introdução. 1 - A PEC nº 10, de 2020, como elemento de flexibilização ao regramento orçamentário no contexto de calamidade pública. 2 - O Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado Reformador e seus limites. 3 - A Emenda Constitucional nº 106, de 2020. 4 - O impacto da Emenda Constitucional nº 106, de 2020, quanto ao acesso ao direito à saúde. Considerações Finais. Referências.

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Cursando o último período do curso. E-mail: isabelcosta@sempreceub.com.

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) é agência da Organização das Nações Unidas (ONU) responsável pela agenda internacional para assuntos relacionados às questões nas áreas médicas e de saúde. A partir do Regulamento Sanitário Internacional (RSI - 2005)² a OMS estabelece direitos e obrigações dos países no intuito de defender a saúde pública global, a fim de garantir o quanto definido em seu preâmbulo, no qual saúde é “estado de bem-estar físico, mental e social”³.

A OMS, ancorada nessa finalidade de defesa à saúde, declarou no dia 11 de março de 2020 que o surto causado pelo SARS-CoV-2 (novo coronavírus), responsável pela doença COVID-19, revela uma pandemia⁴ mundial, caracterizada como “evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata.”⁵

Em 17 março de 2020, o Governo Federal solicitou ao Congresso Nacional o reconhecimento de calamidade pública no país em razão da expansão da COVID-19.⁶ Esse reconhecimento objetivou o descumprimento das metas fiscais pelo Poder Público para combater o Coronavírus através de medidas econômicas como o aumento dos gastos públicos para proteção da saúde pública.

No dia 18 de março de 2020, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional o Despacho nº 93 solicitando o reconhecimento de calamidade pública até o dia 31 de dezembro de 2020, sob o fundamento de que as consequências do novo

² OMS. **A ONU e a saúde.** Nações Unidas Brasil, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/saude/>. Acesso em: 19 mai. 2020.

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Basic Documents:** forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 may 2019). World Health Organization, 2020. Disponível em: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴ AGÊNCIA BRASIL. **Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus.** Agência Brasil, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 13 abr. 2020. 14h51.

⁵ OMS. **A ONU e a saúde.** Nações Unidas Brasil, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/saude/>. Acesso em: 19 mai. 2020.

⁶ REDAÇÃO SENADO FEDERAL. **Governo pedirá reconhecimento de calamidade pública no país.** Senado Notícias, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/17/governo-pedira-reconhecimento-de-calamidade-publica-no-pais>. Acesso em: 15 set. 2020. 23h04.

coronavírus transcendem a questão de saúde pública, afetando a economia por um todo.⁷ No mesmo dia, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 88/2020⁸, reconhecendo o estado de calamidade pública no país.

O Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020⁹ reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública requerido, para os fins do artigo 65 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Desde então, o Poder Executivo afastou temporariamente as exigências de lei, sobretudo as limitações para os gastos e endividamento, especialmente relacionadas às ações de combate à pandemia.

Ato contínuo, em maio de 2020 o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 10/2020, que promulgada¹⁰ incorporou ao texto constitucional a Emenda Constitucional nº 106/2020¹¹. O Orçamento de Guerra tem por objetivo criar orçamento paralelo, simplificado e específico para as despesas emergenciais de combate à COVID-19 e deve vigorar concomitante ao estado de calamidade pública reconhecido, ou seja, tem vigência restringida apenas durante a crise.

⁷ BRASIL. **Despacho do Presidente da República, mensagem nº 93**. Em atenção ao disposto no art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, solicito a Vossas Excelências o reconhecimento de estado de calamidade pública com efeitos até de 31 de dezembro de 2020, em decorrência da pandemia da COVID-19 declarada pela Organização Mundial da Saúde, com as consequentes dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Edição: 53-A, Seção: 1- Extra, Pagina: 1. Brasília, 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>. Acesso em: 19 mai. 2020.

⁸ REDAÇÃO SENADO FEDERAL. **Aprovado na Câmara, reconhecimento de calamidade pública segue para o Senado**. Senado Notícias, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/aprovado-na-camara-reconhecimento-de-calamidade-publica-segue-para-o-senado>. Acesso em: 15 set. 2020. 20h20.

⁹ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.html. Acesso em: 19 mai. 2020.

¹⁰ REDAÇÃO SENADO FEDERAL. **Congresso promulga emenda que institui Orçamento de Guerra**. Senado Notícias, 07 de maio de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/07/congresso-promulga-emenda-que-institui-orcamento-de-guerra>. Acesso em: 20 mai. 2020. 17h54.

¹¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

A situação de grave risco à saúde da população exige ações ágeis por parte do Estado, tornando imprescindível a tomada de decisões que observem a proteção à vida e à saúde. Nesse sentido, dentre outros recursos, o reconhecimento do estado de calamidade pública no Brasil seguiu-se por medidas para o enfrentamento da emergência de saúde como a quarentena e o isolamento social, além da realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais¹² e a aprovação do Orçamento de Guerra. Tais medidas constituem um marco na política de enfrentamento à pandemia.

O presente artigo explora a Emenda Constitucional nº 106/2020 como instrumento de auxílio ao Governo Federal no combate ao coronavírus, bem como discute a sua constitucionalidade material e formal e a aplicação do princípio da proporcionalidade no que diz respeito às exceções orçamentárias dispostas na Emenda. Além disso, busca discorrer acerca do direito à saúde assegurado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) frente o cenário de calamidade pública.

Para tanto, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e a realização de pesquisas à legislação, reportagens e pesquisas em *sites* oficiais do Governo.

1 A PEC Nº 10, DE 2020, COMO ELEMENTO DE FLEXIBILIZAÇÃO AO REGRAMENTO ORÇAMENTÁRIO NO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA

De início, cumpre mencionar que há diferença entre estado de calamidade pública e situação de emergência, apesar de ambos serem tratados na Instrução Normativa nº 02, de 2016 que “estabelece procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência e estado de calamidade pública pelos Municípios, Estados e pelo Distrito Federal”.¹³

¹² BRASIL. **Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹³ BRASIL. **Instrução normativa nº 2, de 20 de dezembro de 2016**. Estabelece procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública pelo

O estado de emergência é caracterizado pela iminência de danos à saúde e aos serviços públicos. Enquanto isso, o estado de calamidade pública é decretado quando essas situações se instalam¹⁴. De certo, o país encontra-se em estado de calamidade pública desde 20 de março de 2020 reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020¹⁵.

O reconhecimento da calamidade pública federal por intermédio do Decreto Legislativo nº 06/2020 admitiu a tomada de medidas (isolamento social, quarentena e determinação de realização compulsória de exames, estudos, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos específicos)¹⁶ para o enfrentamento da calamidade pública. Além disso, previu também o afastamento da responsabilidade do Poder público pelo não atingimento dos resultados fiscais previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias. E, por fim, previu a suspensão da limitação de empenho. Nas palavras de Marcus Abraham

A limitação de empenho nada mais é do que a suspensão momentânea (até o restabelecimento da receita prevista) da autorização para a realização de determinadas despesas autorizadas na lei orçamentária, quando as receitas efetivamente arrecadadas estiverem abaixo das estimativas previstas, podendo afetar o cumprimento das metas do resultado primário.¹⁷

Todavia, é importante ressaltar que as diretrizes do Decreto Lei nº 06/2020 não afastam as exigências de demonstração e adequação orçamentárias previstas

Municípios, Estados e pelo Distrito Federal, e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos e dá outras providências. Edição: 245. Seção: 1. Página: 60. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24789597/do1-2016-12-22-instrucao-normativa-n-2-de-20-de-dezembro-de-2016--24789506. Acesso em: 24 ago. 2020.

¹⁴ MDR; AGÊNCIA SENADO. **Governo reconhece estado de calamidade pública e de situação de emergência em seis estados**. Governo Federal, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/04/governo-reconhece-estado-de-calamidade-publica-e-de-situacao-de-emergencia-em-seis-estados>. Acesso em: 24 ago. 2020. 19h21.

¹⁵ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.html. Acesso em: 19 mai. 2020.

¹⁶ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.html. Acesso em: 19 mai. 2020.

¹⁷ ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35.

nos artigos ns.14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e no artigo nº 114, §14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.357¹⁸, com requerimento de medida cautelar, foi proposta pelo Presidente da República com o objetivo de conferir interpretação conforme à Constituição Federal aos referidos artigos, sob o fundamento de estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, diante do perigo de lesão e dos riscos de várias ordens para a sociedade e para o poder público.¹⁹

Os efeitos da medida cautelar concedida²⁰, todavia, eram insuficientes para suprir as necessidades da calamidade, visto que a legislação possui outras normas fiscais além das discutidas na ADI 6.357, como por exemplo, a vedação à realização de operações de crédito que excedem o montante das despesas governamentais ou a obrigatoriedade de licitação para contratação de pessoal e compras de insumos. Face ao momento atípico vivido essas normas representariam óbice ao enfrentamento do novo coronavírus.

Em razão disso, na tentativa de propor uma estrutura orçamentária paralela e mais flexível ao orçamento atual para vigorar apenas durante o estado de calamidade pública, o atual Presidente da Câmara dos Deputados e Deputado Federal Rodrigo Maia apresentou a PEC 10/2020 também chamada de Orçamento de Guerra, com o

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Requerente: Presidente da República Representação: Advogado-Geral da União. Requerido: Presidente Ministro do Supremo Tribunal Federal. Fundamento: artigos 102, § 1º; e 103, I, da Constituição Federal; artigo 2º, I, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752353495&prcID=5883343#>. Acesso em: 22 mai. 2020.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Presidente da República, com o objetivo de conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, caput, in fine, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020). **MC na ADI nº 6.357 DF**. Requerente: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

²⁰ AGÊNCIA SENADO. **Senado aprova em primeiro turno o 'orçamento de guerra' contra coronavírus**. Senado Federal, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/15/senado-aprova-em-primeiro-turno-o-orcamento-de-guerra-contra-coronavirus>. Acesso em: 15 set. 2020. 16h55.

objetivo de conferir ao governo federal maior autonomia no enfrentamento da crise de emergência pública causada pela COVID-19.

A Emenda Constitucional nº 106/2020 promulgada no dia 07 de maio de 2020 instituiu regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente da pandemia causada pela COVID-19. Por se tratar de situação atípica, os dispositivos da emenda proporcionam mais celeridade, flexibilidade e liberdade em relação aos gastos realizados pelo governo federal sem as condicionantes impostas pela Constituição Federal ou pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sobressaiu do momento histórico a necessidade de emendar o texto constitucional, o qual, embora fundamentado no princípio da supremacia formal que dá legitimidade ao plano jurídico-positivo²¹, permite alteração, pelo poder constituinte derivado reformador, por procedimento específico, desde que observados os limites estabelecidos pela constituinte originário.

2 O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR E SEUS LIMITES

Emmanuel Joseph Sieyès escreveu no século XVIII, em plena iminência da Revolução Francesa, a obra “*Qu’est-ce que le Tiers État?*” traduzida para o português “O que é o Terceiro Estado”, sendo o precursor da teoria do Poder Constituinte.

À época, “a sociedade francesa era composta por três Estados: nobreza, clero e o restante da população que também era chamada de Terceiro Estado.”²² Sieyès afirmou que “o Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é o Terceiro Estado, não pode ser olhado como pertencente à nação. Quem é o Terceiro Estado? Tudo.”²³

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 163.

²² FEITOSA, S. **Da Revolução Francesa até nossos dias: um olhar histórico**. 1. ed. Curitiba: Inter Saberes, 2016. p. 23.

²³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 4.

Para Sieyès, a maneira de acabar com as diferenças sociais seria por intermédio da própria nação através da criação de uma Constituição. Ademais, a nação é a origem de tudo e as leis emanam de sua vontade. Sendo, portanto, a Constituição, obra do poder constituinte emanado pelo povo.²⁴ Nesse sentido

Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. [...] É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação.²⁵

Partindo dessa premissa, J.J. Canotilho sintetizou que:

O poder constituinte, na teoria de SIEYÉS, seria um poder inicial, autónomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve "dar-se" uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.²⁶

Nas palavras de J. J. Canotilho²⁷, “o poder constituinte, como o próprio nome indica, visa “constituir”, “criar”, “positivar”, normas jurídicas de valor constitucional.”. Para Luís Roberto Barroso²⁸ “o poder constituinte, titularizado pelo povo e exercido mediante um procedimento especial, elabora a Constituição.”.

O texto constitucional brasileiro dispõe em seu artigo 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo que o exerce por intermédio de seus representantes eleitos ou diretamente.

A doutrina divide o Poder Constituinte em Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. No escólio de Alexandre de Moraes o Poder Constituinte classifica-se em poder constituinte originário ou de 1º grau e poder constituinte

²⁴ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 40.

²⁵ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 40.

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 117.

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 114.

²⁸ BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 136.

derivado, constituído ou de 2º grau.²⁹ Ainda, afirma que o poder Constituinte originário é inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado e o poder constituinte derivado é derivado, subordinado e condicionado.³⁰

Para Paulo Bonavides

Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituído ou derivado. O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma contade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.³¹

Luís Roberto Barroso sustenta que “as Constituições não podem aspirar à perenidade do seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo.”³²

Nesse sentido, o próprio poder constituinte originário fez constar no artigo 60 da Constituição Federal de 1988 a possibilidade de emenda constitucional com o intuito de acompanhar as mudanças e evoluções ocorridas na sociedade. Todavia, as alterações na Constituição devem observar as limitações trazidas em seu próprio texto, classificadas em limitações expressas (chamadas de materiais, circunstanciais e formais) ou limitações implícitas.

Convém ressaltar que respeitados os limites e requisitos impostos, o poder reformador está autorizado sempre que conveniente e necessário, atualizar ou inovar a ordem constitucional vigente de modo que o texto integrativo mantenha o princípio da máxima efetividade à Constituição.

Segundo Luís Roberto Barroso a classificação dos limites impostos ao poder constituinte derivado se revelam capazes de colocar à prova a constitucionalidade de uma emenda constitucional. Não se deve perder de vista que as alterações

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 27.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 146.

³² BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 169.

promovidas pelo poder reformador estão condicionadas à legitimação que recebem da própria ordem constitucional. Nesse sentido:

O poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e parâmetros nela estabelecidos. Essa é a prova, aliás, de que o poder constituinte originário, mesmo na sua latência, continua a se fazer presente. Os limites impostos ao poder de emenda ou de revisão da Constituição costumam ser sistematizados pela doutrina em temporais, circunstanciais, formais e materiais.³³

As limitações temporais estabelecem um período específico em que não pode ocorrer alteração no texto da Constituição. Expressamente, somente a Constituição do Império de 1824, em seu art. 174, dispôs acerca da inadmissibilidade de reforma constitucional nos quatro anos seguintes à sua outorga.³⁴ A atual Constituição Federal prevê apenas limitações circunstanciais.

As limitações circunstanciais estão previstas no §1º do artigo 60 da Constituição Federal e não permitem a reforma constitucional durante a vigência de estado de defesa, estado de sítio e de intervenção federal. Embora o Brasil esteja vivendo um período de calamidade pública conforme o Decreto Legislativo nº 6/2020³⁵, não há óbice nesse sentido de que a Constituição seja emendada. Michel Temer aduz que

O constituinte esteve atento ao fato de que a reforma constitucional é matéria de relevância inquestionável e, por isso, não pode ocorrer em instantes de conturbação nacional. O constituinte exige serenidade, equilíbrio, a fim de que a produção constitucional derive do bom senso e de apurada meditação. O estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal afastam, necessariamente, esses pressupostos, gerando a preocupação e a instabilidade na condução dos negócios governativos. Daí a proibição de natureza circunstancial.³⁶

³³ BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 160.

³⁴ MORAES, Guilherme P. de. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 53.

³⁵ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.html. Acesso em: 19 mai. 2020.

³⁶ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 37-38.

As limitações materiais são aquelas previstas no §4º do artigo 60 da Constituição Federal, também são consideradas como cláusulas pétreas, pois vedam que seja objeto de deliberação a proposta de emenda que tender a abolir “a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.”³⁷

Importa mencionar que, no dia 1º de Abril, em sessão plenária, foi discutida em turno único a admissibilidade da PEC 10/2020³⁸. O Relator da sessão e Deputado Hugo Motta do Partido Republicanos, proferiu parecer³⁹ em Plenário pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, concluindo pela admissibilidade da PEC nº 10/2020.

As limitações formais buscam dispor quais os órgãos competentes, bem como quais os procedimentos que devem ser seguidos no que diz respeito à alteração do texto constitucional. Os requisitos formais para aprovação de emendas constitucionais são:

- a) Iniciativa: a reforma do Texto Constitucional depende da iniciativa de: (i) de $\frac{1}{3}$ (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (ii) do Presidente da República; ou (iii) de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados.
- b) Quórum de aprovação: $\frac{3}{5}$ (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa do Congresso;
- c) Procedimento: discussão e votação em cada Casa, em dois turnos.⁴⁰

O Senador Antonio Anastasia emitiu o Parecer nº 20/2020 no Plenário do Senado Federal, no dia 13 de abril de 2020 e concluiu não haver qualquer defeito em

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

³⁸ BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional e dá outras providências. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872180&filename=Tramitacao-PEC+10/2020. Acesso em: 16 set. 2020.

³⁹ BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional e dá outras providências. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872180&filename=Tramitacao-PEC+10/2020. Acesso em: 16 set. 2020.

⁴⁰ BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 167-168.

relação à constitucionalidade formal da PEC 10/2020 que impedisse sua tramitação ou aprovação.⁴¹ Ainda, argumentou que:

A proposta teve origem na Câmara dos Deputados, tendo sido regularmente aprovada por aquela Casa. Não está em vigor qualquer das situações caracterizadoras do limite circunstanciado ao poder constituinte derivado (a saber, a intervenção federal, o estado de defesa ou o estado de sítio, nos termos do §1º do art. 60 da Constituição).⁴²

Respeitando o devido processo legislativo, a PEC 10/2020 proposta pelo Deputado Federal Rodrigo Maia foi aprovada no dia 15 de abril em primeiro turno⁴³ por 58 votos favoráveis e 21 contra. Em segundo turno,⁴⁴ foi aprovada por 477 votos a favor, preenchendo, portanto o *quórum* necessário de $\frac{3}{5}$ (três quintos) da Casa. Posteriormente, a EC nº 106/2020 foi promulgada pelo Congresso Nacional.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 106/2020 em abril, posteriormente, no dia 13 de maio de 2020 o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a medida cautelar que havia sido deferida na ADI 6.357. Além disso, após análise do pedido na referida ação, o Plenário a declarou a extinta por perda de objeto. O entendimento dos Ministros foi embasado no argumento de que “a norma constitucional atende ao que foi pedido na ADI 6.357 pelo Presidente da República,

⁴¹ BRASIL. **Parecer nº 20, de 2020**. Do Plenário, em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2020, do Deputado Rodrigo Maia e outros, que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional; e dá outras providências. Relator: Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8095444&ts=1598397660504&disposition=inline>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁴² BRASIL. **Parecer nº 20, de 2020**. Do Plenário, em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2020, do Deputado Rodrigo Maia e outros, que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional; e dá outras providências. Relator: Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8095444&ts=1598397660504&disposition=inline>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁴³ AGÊNCIA SENADO. **Senado aprova em primeiro turno o ‘orçamento de guerra’ contra coronavírus**. Senado Federal, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/15/senado-aprova-em-primeiro-turno-o-orcamento-de-guerra-contracoronavirus>. Acesso em: 17 jun. 2020. 16h55.

⁴⁴ BRASIL. **PEC 10/2020 (Fase 2 - CD). Ofício nº 454, Senado Federal**. Institui Regime Extraordinário Fiscal, Financeiro e de Contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Brasília, 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2249946>. Acesso em: 17 jun. 2020.

autor da ação, e deferido na medida cautelar, não havendo motivo para prosseguir sua tramitação.”⁴⁵.

O Ministro Alexandre de Moraes ainda sustentou que a pandemia vivenciada pelo país trata-se de situação atípica e, desse modo, as ações para enfrenta-la não teriam como ter sido planejadas no plano orçamentário anterior.⁴⁶

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106, DE 2020

Há dois aspectos que chamam a atenção na Emenda Constitucional nº 106, de 2020.

Primeiro: a referida Emenda não modificou o texto da Constituição Federal de 1988, apenas inseriu norma avulsa não prevista no texto constitucional original, que passa a integrar o bloco de constitucionalidade.⁴⁷

Segundo: a Emenda possui caráter temporário, conforme previsto no artigo 11, visto que dispõe de forma expressa que ficará automaticamente revogada na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional.⁴⁸

Importante considerar o conceito de bloco de constitucionalidade, o qual demonstra que a Constituição não está limitada às normas que integram seu texto original. Luis Roberto Barroso define:

⁴⁵ NOTÍCIAS DO STF. **Plenário referenda cautelar que afastou restrições da LRF e da LDO para combate à pandemia.** Supremo Tribunal Federal, 13 de maio de 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443281>. Acesso em: 15 set. 2020. 15h55.

⁴⁶ STF. **Pleno - Restrições da LRF e da LDO no combate à pandemia.** 2020. (2h14min52seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hzRxMAGUGKk>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁴⁷ DIZER O DIREITO. **EC 106/2020: institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública decorrente do coronavírus.** Dizer o Direito, 08 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/05/ec-1062020-institui-regime.html>. Acesso em: 21 ago. 2020.

⁴⁸ DIZER O DIREITO. **EC 106/2020: institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública decorrente do coronavírus.** Dizer o Direito, 08 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/05/ec-1062020-institui-regime.html>. Acesso em: 21 ago. 2020.

A noção de *bloco de constitucionalidade* vem do direito francês, onde a Constituição de 1958 incorporou ao texto constitucional, por remissão feita no preâmbulo, outros documentos, como a “Declaração de 1789, conformada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946, assim como pelos direitos e deveres definidos na Carta do Meio Ambiente de 2004”. No Brasil, a Constituição de 1988, no art. 5º, §3º, prevê o modo como tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao direito brasileiro.⁴⁹

Assim, diante da situação de excepcionalidade, o artigo 1º da referida Emenda dispôs que, “durante a vigência de calamidade pública nacional, reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular nos termos da Emenda Constitucional”.

O artigo 2º da Emenda nº 106, de 2020 possibilita a adoção de processos simplificados por parte do Poder Executivo Federal para a “contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras” em caráter temporário e emergencial, desde que asseguradas a competição e a igualdade de condições entre os concorrentes, permitindo mais celeridade e menos burocracias no processo de contratações.

Cuida-se de exceção à LRF que, em seu artigo 169, estabelece que a criação de cargos, empregos e funções públicas só podem ser realizadas mediante planejamento e autorização na legislação de diretrizes orçamentárias. É também uma exceção ao próprio texto constitucional, que estabelece em seu artigo 37, inciso IX a possibilidade de contratação de servidores temporários.

O parágrafo único do artigo 2º da Emenda 106/2020 determina que “devem ser adotados critérios objetivos pela União, previamente publicados, na distribuição de equipamentos e insumos de saúde necessários ao enfrentamento da calamidade para os Estados e Municípios”.

⁴⁹ BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 492.

Já o artigo 3º da Emenda 106/2020 dispôs acerca da dispensa dos limites legais às proposições legislativas e atos do Poder Executivo que objetivam enfrentar a calamidade pública e suas consequências sociais e econômicas.

A Emenda nº 106, de 2020 permitiu que durante a pandemia as pessoas jurídicas com débitos na previdência possam celebrar contratos com o poder público e também receber benefícios e incentivos. Todavia, essa disposição é uma exceção ao §3º, do artigo 195 da Constituição Federal, que estabelece que a pessoa jurídica com débito com o sistema da seguridade social não pode celebrar contratos com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios.

Com a expansão da crise de saúde pública houve verdadeiro colapso na cadeia de produção de insumos de saúde dentro e fora do país.⁵⁰ A demanda de consumo dos bens considerados essenciais (EPIs, medicamentos, insumos de saúde, produtos de higiene) tem sido expressiva, além disso, o governo precisou ser dotado de instrumentos necessários para ministrar as ações de combate à pandemia. É exatamente por isso que as amarras impostas aos gastos realizados pelo Poder público tiveram de ser relativizadas.

O tempo é um bem precioso e nesse momento de pandemia e a celeridade das decisões governamentais mudam o rumo de muitas vidas. Nessa perspectiva, a Emenda nº 106, de 2020 autoriza a assunção de dívidas pelo o governo federal para liquidar despesas, como gastos com programas da seguridade social, manutenção de órgãos públicos e pagamentos de folha salarial.

O artigo 4º da Emenda 106, de 2020 configura uma exceção ao artigo 167, inciso III, da CF/88, ao estabelecer que o governo não pode exceder a chamada Regra de Ouro. A Regra de Ouro é um mecanismo constitucional limitador da capacidade de endividamento do país, uma vez que visa controlar os gastos do Governo Federal, impedindo a tomada de empréstimos para arcar com despesas públicas, como os serviços essenciais, salários de servidores públicos e benefícios previdenciários.

⁵⁰ MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Sepec prioriza produção de insumos e equipamentos em combate ao novo coronavírus**. Governo Federal, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/sepec-prioriza-producao-de-insumos-e-equipamentos-em-combate-ao-novo-coronavirus>. Acesso em: 22 ago. 2020. 21h09.

Segundo Marcus Abraham

O equilíbrio das contas públicas é considerado a “regra de ouro” [...] este parâmetro representa a fórmula para que o Estado possa dispor de recursos necessários e suficientes à realização de sua atividade, sem ter de sacrificar valores tão importantes para a sociedade brasileira como a estabilidade nas contas públicas com o fim da inflação, a credibilidade brasileira no mercado financeiro internacional, pela administração do endividamento público externo. E, principalmente, a efetividade do orçamento, como verdadeiro instrumento de planejamento e não como “peça de promessas fictícias”.⁵¹

De igual modo, os demais artigos da Emenda nº 106, de 2020 preveem situações como uma programação orçamentária específica e prestação de contas avaliadas separadamente (artigo 5º); que os recursos das operações de crédito podem ser utilizados para o pagamento de juros e encargos (artigo 6º); autorização para o Banco do Brasil comprar e vender títulos de emissão do Tesouro e outros ativos, com exigências e contrapartidas específicas (artigos 7º e 8º) para o combate à pandemia.

Importante destacar a previsão do artigo 9º da Emenda nº 106, de 2020 que autorizou ao Congresso Nacional a sustar por meio de decreto legislativo quaisquer decisões que descumpram-na e o artigo 10 que convalida os atos de gestão praticados a partir do dia 20 de março de 2020 no combate à pandemia, ou seja, atos praticados e que não estavam previstos na Constituição, mas praticados depois dessa data em harmonia com a emenda, passam a ser convalidados.

4 O IMPACTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106, DE 2020, QUANTO AO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE

Após um longo processo histórico, a CF/88 estabeleceu direitos e garantias fundamentais ao homem. Foi incluído ao rol de direitos fundamentais os chamados direitos sociais de aplicabilidade imediata, assim caracterizados por exigirem

⁵¹ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 387.

primordialmente prestações positivas do Estado. Nesse sentido, Ingo Sarlet esclarece que:

A constitucionalização da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, na medida em que as referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas.⁵²

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, registrou, na comemoração dos 30 anos da Constituição Federal, dentre suas principais inovações, a ampliação significativa na seguridade social:

A garantia à saúde passou a ser mais efetiva com acesso universal e igualitário de todos os cidadãos, brasileiros ou não, ao Sistema Único de Saúde (art. 196). Anteriormente, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) atendia apenas as pessoas vinculadas à Previdência. O resto da população dependia de entidades beneficentes, como as santas casas.⁵³

O direito à saúde é, portanto, direito de todos e dever do Estado, conforme disposto no artigo 6º do texto constitucional. Além disso, as diretrizes de regulamentação e fiscalização desse direito foram fixadas pelo constituinte nos artigos 196, 197 e 198 da Constituição:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1925-1926.

⁵³ BRASIL. **Constituição Federal: catálogo Comemorativo (30 anos)**. Supremo Tribunal Federal, 2018, Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/30_anos_da_constituicao.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

III - participação da comunidade.⁵⁴
[...]

O Estado enquanto garantidor dos direitos sociais, tem tomado providências consideradas excepcionais por intermédio do Poder Público para as ações de combate à pandemia. O intuito é o de resguardar os direitos tutelados no texto constitucional. Aparentemente, o princípio da legalidade orçamentária colidiu em sentido amplo com o direito fundamental à saúde no cenário de COVID-19.

Nas palavras de Gilmar Mendes, citando Robert Alexy (1998), “as colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade.”⁵⁵.

Conforme é sabido, as ações financeiras realizadas pelo Poder público necessitam de licitação em respeito ao princípio da legalidade orçamentária, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Ademais, a matéria orçamentária deve seguir todas as diretrizes estabelecidas na legislação, nos termos do artigo 165 da Constituição Federal, tais como: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. A saúde por sua vez, deve ser igualitária e de acesso universal assim como as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse seguimento, de acordo com a necessidade e urgência de compras, contratações e ações por parte do Poder público para as intervenções de combate à COVID-19, não seria razoável que as medidas tomadas pelo Estado seguissem todas as diretrizes preceituadas nos ditames legais. O processo de licitações é moroso e isso poderia ser demasiadamente arriscado, visto que colocaria em risco a saúde de milhares de brasileiros. Dessa forma, a Emenda nº 106, de 2020, veio para simplificar as regras licitatórias durante o período de enfrentamento da calamidade pública.

Diante da atipicidade do momento vivenciado, as ações de melhoria na área da saúde pública e as ações de auxílio à população não podiam ter sido previstas na

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁵⁵ FERREIRA, M. G. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

execução orçamentária do ano anterior. Nesse seguimento, o Ministro Alexandre de Moraes sustentou que “não só do ponto de vista jurídico, mas do ponto de vista lógico, seria impossível que os legislativos (Federal, estadual e municipal fizessem previsão desses gastos⁵⁶.

Em continuação a esse pensamento, Gilmar Mendes afirma que “em se tratando de direitos submetidos a reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.”⁵⁷.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é utilizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a solução de colisão entre direitos fundamentais.⁵⁸ Para Robert Alexy, quando princípios e direitos fundamentais entram em colisão, o sopesamento deve ser utilizado com o objetivo de auxiliar qual interesse no caso concreto deve prevalecer.⁵⁹

Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, Robert Alexy salienta que:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que aquela proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.⁶⁰

Para Gilmar Mendes de acordo com a teoria de Robert Alexy tem-se que:

⁵⁶ NOTÍCIAS DO STF. **Plenário referenda cautelar que afastou restrições da LRF e da LDO para combate à pandemia**. Supremo Tribunal Federal, 13 de maio de 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443281>. Acesso em: 16 set. 2020. 15h55.

⁵⁷ FERREIRA, M. G. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

⁵⁸ FERREIRA, M. G. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 95.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 117.

A ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito.⁶¹

Destarte, levantando um questionamento quanto à flexibilização das normas orçamentárias sob a égide do princípio da proporcionalidade frente ao direito à vida e à saúde, no contexto de pandemia, é sabido que:

Em primeiro lugar, a flexibilização das normas orçamentárias é adequada, visto que objetiva combater a pandemia e seus reflexos na saúde pública, corroborando o sentido de que, “a adequação ministra critério para se averiguar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, reclamando que a razão que norteia essa interferência seja satisfeita com a restrição que se operará sobre o princípio afetado”⁶².

Em segundo lugar, as expansões dos gastos públicos no combate à COVID-19 sem as amarras de estimativa de impacto orçamentário são mais que necessárias, pois o momento é de urgência e exige ações céleres por parte do Poder Público, atraindo o subprincípio da necessidade que “restringe a escolha de meios adequados para a realização de um fim ligado a um dado princípio.”⁶³

Assim, é possível afirmar, analisando “a fórmula do peso no caso concreto, deve, portanto, também incluir a consideração sobre a certeza das premissas empíricas envolvidas na hipótese de intervenção que se aprecia”⁶⁴, que a flexibilização orçamentária traz mais benefícios que prejuízos, vez que, conforme consagrado pelo texto constitucional, o Estado, por ser garantidor dos direitos fundamentais, deve privilegiar tais direitos em detrimento das normas orçamentárias.

A Emenda possibilitou que os gastos públicos emergenciais para o combate à COVID-19 sejam realizados de acordo com o princípio da legalidade orçamentária,

⁶¹ FERREIRA, M. G. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100.

⁶² GONET, B. P. G. **Série IDP - Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171-172.

⁶³ GONET, B. P. G. **Série IDP - Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174.

⁶⁴ GONET, B. P. G. **Série IDP - Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 184.

de modo que o Governo Federal possa executar compras, obras e contratação de pessoal para o combate ao vírus sem as burocracias previstas no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e nos orçamentos anuais.

Pode-se dizer afinal, que o impacto não é somente no orçamento público, mas também existem os sociais, políticos, culturais e históricos.⁶⁵ Importa mencionar que milhares de vidas estão sendo atingidas em razão da contaminação pelo coronavírus poderão ser poupadas, graças à implementação de políticas públicas permitidas pela Emenda Constitucional nº 106, de 2020 as quais passando pelo filtro da proporcionalidade oportunizarão ao jurisdicionado uma saúde pública digna e eficiente, respeitando assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar a constitucionalidade material da Emenda Constitucional nº 106, de 2020 frente à situação de calamidade pública vivenciada no país decorrente da pandemia causada pelo coronavírus.

A Constituição Federal de 1988 traz os direitos sociais de aplicabilidade imediata e, dentre todos esses direitos, está o direito à saúde, que foi objeto da pesquisa.

A situação calamitosa do país trouxe a necessidade de que as decisões tomadas pelo poder público ocorram de forma ágil, a fim de se resguardar os direitos tutelados pelo texto constitucional, além de um serviço de saúde público que seja capaz de atender todas as demandas causadas pela COVID-19.

A PEC 10/2020 foi proposta com o objetivo de flexibilizar a legislação orçamentária brasileira durante o ano de 2020, até que se encerre o período de

⁶⁵ INSTITUTO FIO CRUZ. **Impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia**. Portal Fio Cruz, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia>. Acesso em: 24 ago. 2020.

calamidade pública. O presente artigo cuidou de analisar os limites estabelecidos pelo poder constituinte originário no que tange ao poder constituinte derivado reformador.

Além disso, levantou-se em discussão o direito à saúde, como um direito fundamental que deve ser resguardado e garantido pelo Estado mediante a implantação de políticas públicas que sejam eficientes.

A emenda foi analisada também sob a perspectiva do plano da proporcionalidade de acordo com as três máximas trazidas por Robert Alexy: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Após essa análise, foi constatado que a emenda é medida adequada, necessária e, portanto, proporcional, visto que o que se busca, além do enfrentamento do contexto de combate à COVID-19 e dos seus efeitos sociais e econômicos é a tutela do direito à saúde e a proteção à dignidade da pessoa humana.

É certo que em situações de normalidade, não seria possível a flexibilização das regras orçamentárias. Todavia, a situação calamitosa em decorrência da pandemia causada pela COVID-19 é atípica e sem precedentes. Assim, verifica-se que os problemas econômicos e de saúde pública decorrentes dessa calamidade impuseram ao poder público a necessidade de criação de normas capazes de atender as demandas da sociedade.

Isto posto, os gastos excepcionais realizados pelo poder público para o combate à COVID-19 visam proteção à dignidade da pessoa humana conforme consagra a Constituição Federal. Ademais, é papel do Estado ser garantidor de uma saúde pública igualitária e universal.

Diante da condição superveniente e imprevisível que a pandemia trouxe ao país, a flexibilização das normas fiscais para melhoria na saúde pública e auxílio à população foi indispensável, vez que o direito à vida e à saúde se sobrepõem às questões orçamentárias.

Dos limites impostos pelo poder constituinte originário, classificados em temporais, materiais, formais e circunstanciais foi possível concluir pela constitucionalidade material e formal da Emenda Constitucional nº 106, de 2020, vez que o legislador não esbarrou em quaisquer das condições dispostas no §4º do artigo

60 do texto constitucional e também seguiu as exigências procedimentais de criação da emenda.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 106, de 2020 trata-se de instrumento necessário para a efetivação dos direitos fundamentais, visto que trouxe a possibilidade de ações ágeis por parte do Estado e tem permitido a melhoria na saúde pública, bem como a efetivação das demandas sociais em tempos de pandemia.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

AGÊNCIA BRASIL. **Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus**. Agência Brasil, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 13 abr. 2020. 14h51.

AGÊNCIA SENADO. **Senado aprova em primeiro turno o 'orçamento de guerra' contra coronavírus**. Senado Federal, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/15/senado-aprova-em-primeiro-turno-o-orcamento-de-guerra-contr-coronavirus>. Acesso em: 15 set. 2020. 16h55.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOLDRINI, Ângela. **Brasil tem 11 mortos e 904 casos confirmados do novo coronavírus**. Folha de S. Paulo, 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/brasil-tem-11-mortos-e-904-casos-confirmados-do-novo-coronavirus.shtml>. Acesso em: 24 ago. 2020. 17h54.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal: catálogo Comemorativo (30 anos)**. Supremo Tribunal Federal, 2018, Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/30_anos_da_constituicao.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.html. Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. **Despacho do Presidente da República, mensagem nº 93**. Em atenção ao disposto no art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, solicito a Vossas Excelências o reconhecimento de estado de calamidade pública com efeitos até de 31 de dezembro de 2020, em decorrência da pandemia da COVID-19 declarada pela Organização Mundial da Saúde, com as consequentes dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Edição: 53-A, Seção: 1- Extra, Pagina: 1. Brasília, 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>. Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Instrução normativa nº 2, de 20 de dezembro de 2016**. Estabelece procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública pelo Municípios, Estados e pelo Distrito Federal, e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos e dá outras providências. Edição: 245. Seção: 1. Página: 60. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/>

/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24789597/do1-2016-12-22-instrucao-normativa-n-2-de-20-de-dezembro-de-2016--24789506. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Parecer nº 20, de 2020**. Do Plenário, em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2020, do Deputado Rodrigo Maio e outros, que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional; e dá outras providências. Relator: Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8095444&ts=1598397660504&disposition=inline>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **PEC 10/2020 (Fase 2 - CD). Ofício nº 454, Senado Federal**. Institui Regime Extraordinário Fiscal, Financeiro e de Contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Brasília, 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2249946>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional e dá outras providências. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872180&filename=Tramitacao-PEC+10/2020. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Presidente da República, com o objetivo de conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, caput, in fine, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020). **MC na ADI nº 6.357 DF**. Requerente: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Requerente: Presidente da República Representação: Advogado-Geral da União. Requerido: Presidente Ministro do Supremo Tribunal Federal. Fundamento: artigos 102, § 1º; e 103, I, da Constituição Federal; artigo 2º, I, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752353495&prclD=5883343#>. Acesso em: 22 mai. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIZER O DIREITO. **EC 106/2020: institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública decorrente do coronavírus.** Dizer o Direito, 08 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/05/ec-1062020-institui-regime.html>. Acesso em: 21 ago. 2020.

FEITOSA, S. **Da Revolução Francesa até nossos dias: um olhar histórico.** 1. ed. Curitiba: Inter Saberes, 2016.

FERREIRA, M. G. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONET, B. P. G. **Série IDP - Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO FIO CRUZ. **Impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia.** Portal Fio Cruz, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia>. Acesso em: 24 ago. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MDR; AGÊNCIA SENADO. **Governo reconhece estado de calamidade pública e de situação de emergência em seis estados.** Governo Federal, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/04/governo-reconhece-estado-de-calamidade-publica-e-de-situacao-de-emergencia-em-seis-estados>. Acesso em: 24 ago. 2020. 19h21.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Sepec prioriza produção de insumos e equipamentos em combate ao novo coronavírus.** Governo Federal, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/sepec-prioriza-producao-de-insumos-e-equipamentos-em-combate-ao-novo-coronavirus>. Acesso em: 22 ago. 2020. 21h09.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Guilherme P. de. **Curso de Direito Constitucional,** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOTÍCIAS DO STF. **Plenário referenda cautelar que afastou restrições da LRF e da LDO para combate à pandemia.** Supremo Tribunal Federal, 13 de maio de 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443281>. Acesso em: 15 set. 2020. 15h55.

OMS. **A ONU e a saúde.** Nações Unidas Brasil, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/saude/>. Acesso em: 19 mai. 2020.

REDAÇÃO SENADO FEDERAL. **Aprovado na Câmara, reconhecimento de calamidade pública segue para o Senado.** Senado Notícias, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/aprovado-na-camara-reconhecimento-de-calamidade-publica-segue-para-o-senado>. Acesso em: 15 set. 2020. 20h20.

REDAÇÃO SENADO FEDERAL. **Congresso promulga emenda que institui Orçamento de Guerra**. Senado Notícias, 07 de maio de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/07/congresso-promulga-emenda-que-institui-orcamento-de-guerra>. Acesso em: 20 mai. 2020. 17h54.

REDAÇÃO SENADO FEDERAL. **Governo pedirá reconhecimento de calamidade pública no país**. Senado Notícias, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/17/governo-pedira-reconhecimento-de-calamidade-publica-no-pais>. Acesso em: 15 set. 2020. 23h04.

REDAÇÃO SENADO NOTÍCIAS. **Senado aprova em primeiro turno o 'orçamento de guerra' contra o coronavírus**. Senado Notícias, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/15/senado-aprova-em-primeiro-turno-o-orcamento-de-guerra-contra-coronavirus>. Acesso em: 17 jun. 2020. 20h09.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

STF. **Pleno - Restrições da LRF e da LDO no combate à pandemia**. 2020. (2h14min52seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hzRxMAGUGKk>. Acesso em: 16 set. 2020.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Basic Documents**: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 may 2019). World Health Organization, 2020. Disponível em: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf. Acesso em: 22 mai. 2020.