
**NOTA TÉCNICA CONJUNTA N.º 02/2020/MPPA
CAO CÍVEL/CAO CIDADANIA /CAO CONSTITUCIONAL/CAO DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO**

ASSUNTO: Princípio da Legalidade e restrições à liberdade individual. *Constitucionalidade dos decretos que instituem restrições à liberdade individual em face da Pandemia COVID-19. Toque de recolher, quarentena, vacinação compulsória, uso de máscara.*

I – INTRODUÇÃO

Trata-se de análise sobre a (i)legalidade ou (in)constitucionalidade das diversas medidas restritivas da liberdade individual (“toque de recolher”, quarentena, vacinação compulsória, uso de máscara) contidas nos decretos expedidos pelos governos municipais e estaduais, visando ao enfrentamento da pandemia do novo coronavírus.

As mencionadas medidas restringem o direito de ir e vir dos cidadãos, uma vez que impedem ou limitam o quase sagrado direito de locomoção, envolvendo, assim, seríssima restrição da liberdade individual.

De todas as restrições, o denominado “toque de recolher” tem sido a mais polêmica dentre as adotadas visando à contenção do avanço da pandemia, por ser extrema, uma vez que incide no direito protegido constitucionalmente que é a liberdade de ir e vir - direito de circulação e de locomoção (Constituição Federal, art. 5º, XV).

Ressalte-se que é imprescindível compreender o contexto jurídico, social e econômico em que se dá a publicação de atos que contenham medidas como o “toque de recolher”, uma vez que tergiversa sobre direitos individuais, camuflando políticas repressivas. Contudo, nos casos de saúde pública, há que se ponderar, uma vez que, em tempos de pandemia, intenciona-se a proteção da saúde coletiva e do direito à vida da população brasileira.

II – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou em 11 de março de 2020, pandemia provocada pelo novo coronavírus, que vem trazendo, pelo contágio, um rastro de mortes numa velocidade inimaginável. Depreende-se, pelo anunciado e pelas medidas

tomadas pela OMS, que clara está a possibilidade do novo coronavírus contagiar a população mundial de forma simultânea, como, aliás, já vem acontecendo.

O novo coronavírus é uma nova cepa (COVID-19) de uma família de vírus que causa infecção respiratória e exige, no tratamento, uma estrutura da área médica e hospitalar eficiente, eficaz, dotada de condições estruturais e capital humano suficientes e necessários, incluindo vagas em leitos e UTIs, aparelhos respiratórios e outros insumos hospitalares que, até o momento, são precários ou insuficientes, atingindo diretamente a área de saúde.

No Brasil, devido às dificuldades do sistema de saúde pública, há muitos entraves e condições inadequadas para que se possa travar, em larga escala, o enfrentamento dessa doença, que necessita da união e construção de uma rede interdisciplinar, na qual todos os órgãos governamentais, no âmbito de suas competências, inclusive do sistema de justiça e segurança pública, estejam somando esforços com a sociedade para conter o avanço da pandemia.

Ressalte-se, também, que as autoridades sanitárias brasileiras estimaram que a situação da pandemia da Covid-19 pode se estender no país por, ao menos, três meses. Informaram, ainda, que, como forma de combate à doença, o Ministério da Saúde prevê a necessidade de se editar medidas mais severas, regras de isolamento compulsório e, dentre estas medidas, decretar o “toque de recolher”, caso os números de infectados aumentem, abruptamente, pois, em razão deste aumento, o sistema de saúde dos Municípios e Estados pode vir a colapsar.

Em pesquisa realizada em sites, na internet, verificou-se que a medida restritiva denominada “toque de recolher” não é inédita durante esta pandemia, pois alguns países da América Latina como Argentina, Equador, Bolívia, Guatemala, dentre outros, adotaram o “toque de recolher” parcial como medida para conter o avanço da COVID-19.

Em países como Itália, França e Estados Unidos, o direito de ir e vir dos cidadãos foi totalmente tolhidos. Nesses locais, está funcionando um rigoroso sistema de “toque de recolher”, pois as autoridades governamentais somente permitem que os cidadãos saiam de suas residências para se dirigirem ao supermercado ou à farmácia, ou seja, para suprir uma necessidade essencial do ser humano. Pessoas encontradas na rua, pela polícia, sem que possam justificar a razão de estar fora de casa, são multadas e obrigadas a retornar para suas residências sob pena de prisão.

Nessa esteira, tem-se, *ex vi*, no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, Recomendações editadas pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e Paraná, visando monitorar os decretos que determinam o toque de recolher.

No Estado do Amazonas, devido à virulência da propagação do COVID 19, as Promotorias de Justiça dos municípios de Parintins, Nova Olinda do Norte, Manacapuru, dentre outras, recomendaram aos Prefeitos Municipais que publicassem decretos determinando toque de recolher, parcial, no período das 20h às 6h, não se aplicando essa medida às atividades essenciais. A justificativa é que as medidas de isolamento e quarentena não estão sendo suficientes para controlar a circulação de pessoas nas ruas, e em outros locais de aglomeração.

A referida medida, inicialmente, causa arrepios, pois é um ato típico dos Estados autoritários, ditatoriais, marcados pela intolerância, e seria, em tese, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Contudo, há que se analisar sua aplicação dentro de um contexto de calamidade mundial, de saúde pública, em que pessoas, apesar das campanhas e informações permanentes, não mantiveram o isolamento necessário, colocando em risco toda uma coletividade.

- DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA

O princípio ou garantia da legalidade é um dos mais importantes dos direitos-deveres individuais e coletivos, elencados no artigo 5º da Constituição Brasileira. Não por coincidência, ocupa o segundo inciso do dispositivo constitucional, logo após a igualdade jurídica de gêneros. Para Celso Ribeiro Bastos¹, trata-se de “uma das vigas mestras do nosso ordenamento jurídico”.

Diz a Carta Republicana que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Tanto os governantes como os governados estão submetidos ao império da lei, o que caracteriza sua dupla significação. Assim, o princípio da legalidade distingue o estado republicano-democrático do estado absolutista. Da mesma forma, o princípio da legalidade garante o particular contra os desmandos do Poder Público.

No entanto, a simples existência de lei impondo uma conduta, nem sempre legitima a restrição à liberdade do cidadão. É preciso que esta restrição guarde relação de razoabilidade e proporcionalidade com os demais direitos-deveres igualmente previstos na Constituição, como, por exemplo, a liberdade de expressão, o direito à vida, a liberdade de locomoção, etc. A lei não pode se contrapor à Constituição, assim como não pode interferir nas liberdades públicas senão para alcançar alguma finalidade igualmente prevista na constituição.

A questão torna-se ainda mais delicada quando envolve a autodeterminação do cidadão.

Ainda hoje há quem abrace um liberalismo exacerbado e defenda que nem mesmo a lei pode impor medidas de segurança individual contrariando a autodeterminação do próprio indivíduo.

No entanto, em que pese as opiniões em contrário, é inadmissível no moderno direito constitucional ter a autonomia individual como direito absoluto. Na verdade, nenhum direito pode ser visto como absoluto, nem mesmo a vida.

Partindo do pressuposto de que ao Estado incumbe a função de tutelar os bens mais importantes na sociedade, não é plausível que a autonomia do indivíduo lhe autorize a fazer o que bem entender com a sua vida. Por mais autônomo que seja o homem, ele ainda é membro de uma comunidade que se rege através do vínculo da solidariedade. Assim, um

¹ Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, editora Saraiva, São Paulo-SP, p. 23.

comportamento autodestrutivo atinge o grupo por meio do vínculo solidário. Não se pode viver em sociedade e, ao mesmo tempo, pretender ser livre dela.

É neste sentido que o Ministro Luís Roberto Barroso² escreve:

No tocante à proteção do indivíduo em face de si mesmo, de suas próprias decisões, existem exemplos emblemáticos na jurisprudência mundial, como a já referida proibição da atividade de entretenimento conhecida como arremesso de anão (França), a criminalização da violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas (Reino Unido) ou no caso dos chamados peep shows (Alemanha). Ainda que seja possível discutir o acerto dessas decisões concretas, elas chamam a atenção para a possibilidade teórica de se legitimar restrições à liberdade com fundamento na proteção à dignidade do próprio sujeito, definida com base em valores socialmente compartilhados. Da mesma forma, em algumas circunstâncias será legítima a restrição à autonomia privada para proteção dos direitos de terceiros ou para a imposição de determinados valores sociais.

Neste ponto é interessante citar precedente do Pretório Excelso ao analisar a legalidade de imposição do uso de cinto de segurança, no Recurso Extraordinário nº 76.447-SP, de relatoria do Ministro Djaci Falcão.

No *leading case*, um cidadão havia conseguido que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecesse a impossibilidade de exigência do cinto de segurança para legalização do veículo e até mesmo do próprio uso do mecanismo de segurança, tanto por violar a liberdade individual, como por inexistir lei expressa sobre o assunto.

O Tribunal máximo assentou que mesmo não existindo lei determinando o cinto de segurança entre os equipamentos obrigatórios, havia lei autorizando o CONTRAN a determinar quais seriam estes equipamentos, admitindo assim que o princípio da legalidade poderia ser atendido por norma complementar à lei.

Na casuística forense várias são as decisões impondo ou admitindo a legalidade da vacinação compulsória, verbis:

PODER FAMILIAR VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA AÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPOR AOS PAIS A OBRIGAÇÃO DE PROCEDER À VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA DE FILHO MENOR SENTENÇA QUE NÃO RECONHECE A OBRIGAÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA DE RISCO CONCRETO DA VACINAÇÃO, DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE ORGANIZAÇÃO FAMILIAR, BEM COMO DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE PROCEDER À VACINAÇÃO DE FILHOS MENORES QUE DECORRE DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA INEXISTÊNCIA CONCRETA DE PROVAS A INDICAR O RISCO EM SE PROCEDER À VACINAÇÃO ORGANISMOS INTERNACIONAIS QUE RECONHECEM A INEXISTÊNCIA DE RISCO GRAVE E DE BENEFÍCIOS COM A VACINAÇÃO NORMATIZAÇÃO A INDICAR QUE A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA INTEGRA CONJUNTO DE REGRAS DE ORDEM PÚBLICA, TUTELA NÃO SÓ A SAÚDE DA CRIANÇA, MAS TAMBÉM DA COLETIVIDADE NEGATIVA À VACINAÇÃO QUE CONSTITUI INFRAÇÃO SANITÁRIA CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEVE SER DECIDIDO PELA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA E DE SUA SAÚDE, BEM COMO DA COLETIVIDADE LIBERDADE FILOSÓFICA E RELIGIOSA QUE NÃO TEM

² A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação (versão provisória para debate público), disponível em: Acesso em 28 de abril de 2020.

CARÁTER ABSOLUTO QUANDO ATINGEM TERCEIROS OBRIGAÇÃO DOS GENITORES DE REGULARIZAR A VACINAÇÃO POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO PODER FAMILIAR PARA A REGULARIZAÇÃO DA VACINAÇÃO DA CRIANÇA PELO CONSELHO TUTELAR RECUSA DOS PAIS EM CUMPRIR A DETERMINAÇÃO JUDICIAL QUE DEVE SER SUPRIDA POR MEIO DA BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA E SEU ENCAMINHAMENTO A SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE PARA A REGULARIZAÇÃO VACINAL RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. (TJSP, Ap. 1003284-83.2017.8.26.0428, relator Fernando torres Garcia, julgado em 11/07/2019)

Diante de situações epidemiológicas emergenciais, verificou-se que, até o início da atual Pandemia COVID-19, o Estado brasileiro não possuía lei, em sentido estrito, que regulasse casos dessa natureza. Contudo, o governo vinha editando decretos, regulamentando situações pontuais e emergenciais. Assim ocorreu em 2011, com a edição do Decreto nº 7616/2011, que dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS.

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS.

CAPÍTULO I

DA DECLARAÇÃO DE EMERGÊNCIA EM SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA NACIONAL

Art. 2º A declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN ocorrerá em situações que demandem o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública.

Art. 3º A ESPIN será declarada em virtude da ocorrência das seguintes situações:

I - epidemiológicas;

II - de desastres; ou

III - de desassistência à população.

§ 1º Consideram-se situações epidemiológicas, para os fins de aplicação do inciso I do caput, os surtos ou epidemias que:

I - apresentem risco de disseminação nacional;

II - sejam produzidos por agentes infecciosos inesperados;

III - representem a reintrodução de doença erradicada;

IV - apresentem gravidade elevada; ou

V - extrapolem a capacidade de resposta da direção estadual do Sistema Único de Saúde - SUS.

§ 2º Consideram-se situações de desastres, para fins da aplicação do inciso II do caput, os eventos que configurem situação de emergência ou estado de

5

calamidade pública reconhecidos pelo Poder Executivo federal nos termos da Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010, e que impliquem atuação direta na área de saúde pública.

§ 3º Consideram-se situações de desassistência à população, para fins da aplicação do inciso III do caput, o evento que, devidamente reconhecido mediante a decretação de situação de emergência ou calamidade pública pelo ente federado afetado, coloque em risco a saúde dos cidadãos por incapacidade ou insuficiência de atendimento à demanda e que extrapolem a capacidade de resposta das direções estadual e municipal do SUS federal, por meio de ato do Ministro de Estado da Saúde, após análise de:

I - recomendação da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, nos casos de situações epidemiológicas;

II - requerimento do Ministério da Integração Nacional, após o reconhecimento da situação de emergência ou estado de calamidade pública, quando forem necessárias medidas de saúde pública nos casos de desastres; ou

III - requerimento do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município afetado, mediante parecer favorável da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, no caso de desassistência à população. (grifamos).

Art. 4º A declaração de ESPIN será efetuada pelo Poder Executivo federal, por meio de ato do Ministro de Estado da Saúde, após análise de:

I - recomendação da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, nos casos de situações epidemiológicas;

II - requerimento do Ministério da Integração Nacional, após o reconhecimento da situação de emergência ou estado de calamidade pública, quando forem necessárias medidas de saúde pública nos casos de desastres; ou

II - requerimento do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município afetado, mediante parecer favorável da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, no caso de desassistência à população.

Destarte, verifica-se que a iniciativa para editar normas que regulamentam epidemiologias e promovam a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN - é do Ministério da Saúde.

Diante da gravidade epidemiológica, em decorrência da pandemia do COVID-19, o Governo Federal/ Ministério da Saúde encaminhou ao Congresso Nacional projeto que resultou na Lei nº 13.979, de 06/02/2020, que “dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus responsável pelo surto de 2019”.

O artigo 3º da referida lei, estabelece as medidas que as “autoridades competentes” poderão adotar “dentre outras”, quais sejam:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

- a) exames médicos;
- b) testes laboratoriais;
- c) coleta de amostras clínicas;
- d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
- e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

- a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e
- b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

A Lei formal prevê que as “autoridades competentes” poderão estabelecer seríssimas restrições à liberdade individual, elencando algumas e até reconhecendo outras de igual natureza não previstas expressamente. Esclarece a norma, logo no §1º, que “as medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.”

De um modo geral, pode-se afirmar que existe lei regulamentando as restrições e que, em tese, os decretos estaduais e municipais vão buscar legitimidade nesta norma.

Cumpramos ressaltar, buscando novamente as lições de Celso Ribeiro Bastos³, que existem graus diferentes de determinação da lei. Escreve o saudoso mestre:

“Não há obrigação sem, digamos, uma causa legal, mas isto não quer dizer que tudo a que o indivíduo está sujeito há de estar minuciosamente descrito na lei.”

³ Obra cit., p. 27/34.

(...)

“O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla. Por ele fica certo que qualquer comendo jurídico forçados há de provir de regra legal. Este princípio é o que se encontra vazado no próprio artigo sob comento. Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Isto não significa que uma vez posta em vigor a lei instituidora da obrigação, não possa ela vir a ser enriquecida com uma série de obrigações secundárias, instrumentais à principal, mas que sem estas a própria obrigação originária se tornaria inaplicável.”

“Este princípio é voltado tanto aos comportamentos sociais quanto às próprias atividades estatais”.

A Lei acima mencionada traz medidas emergenciais que deverão ser adotadas pelos demais entes da federação, podendo receber especificações e detalhamentos pelos demais entes federativos.

Em nota técnica, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, analisando a legislação em apreço elaborou Recomendação, cujos trechos abaixo reproduzimos:

MUNICÍPIOS PODEM E DEVEM:

Quarentena: é a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. A restrição de atividades, incluindo trânsito de pessoas no município, deve ter justificativa em critérios sanitários, de acordo com a realidade local, e não podem alcançar os deslocamentos em busca por serviços essenciais.

Isolamento: é a separação de pessoas doentes ou contaminadas, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus.

Determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver.

Barreira sanitária: a barreira sanitária é uma blitz que não impede o direito de ir e vir, autoriza a entrada das pessoas, mas visa fiscalizar a entrada de pessoas possivelmente adoecidas no território. O município poderá exercer a fiscalização do cumprimento das regras e recomendações de isolamento social, como atividades de turismo e trânsito de pessoas idosas, porém não pode impedir o ingresso de pessoas com residência, ainda que sejam somente visitantes na cidade.

MUNICÍPIOS NÃO PODEM

Bloqueio total de acesso: Não é permitido o fechamento completo das cidades para ingresso de pessoas e veículos. É permitido o bloqueio de algumas vias para tornar mais eficazes as barreiras sanitárias, desde que haja outro acesso próximo e que o bloqueio não coloque em risco o acesso e a segurança do cidadão. Não é possível, por

8

exemplo, a colocação de placas ou tubos de concreto na única entrada do município para proibir a entrada de veículos ou visitantes.

Proibição geral de ingresso de não moradores: os Municípios não podem proibir o ingresso de pessoas sem que haja pertinência concreta com as ações para proteção à saúde como, por exemplo, tornar exclusivo o acesso para moradores ou veículos emplacados no Município.

Toque de recolher: É uma medida de restrição geral de circulação de pessoas em espaços e vias públicas, utilizada em situações excepcionais como estado de sítio e guerra. Esse tipo de medida é diferente de quarentena, que é medida sanitária, justificada em evidências técnicas, baseada em fatos concretos em análises sobre as informações estratégicas em saúde, que pode incluir restrição de uso de certos espaços públicos, fundada em razões explicitadas pela autoridade sanitária.

O isolamento, a quarentena, o uso de máscaras em lugares públicos (medida profilática) e a vacinação compulsória são medidas expressamente previstas em lei e plenamente justificadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Destaque-se, entretanto, que a lei a Lei nº.13.979, de 06/02/2020, não traz no seu bojo medidas que indiquem especificamente o **“toque de recolher”, embora este não deixe de ser uma forma agravada de isolamento ou quarentena e, em interpretação extensiva, estar contido nas “dentre outras” medidas.**

Por outro lado, o “toque de recolher”, que é a ordem de permanecer recolhido em casa, sequer é citado pela Constituição da República, ao mencionar que no estado de sítio ou – em sua forma abrandada – no estado de defesa, os direitos fundamentais que sofrem restrição são o direito de reunião, de locomoção e de exercício do trabalho e da atividade econômica que podem ser suspensos, temporariamente, durante a vigência destes regimes.

Cumprе destacar que o isolamento, como previsto na Lei Federal nº 13.979, vislumbra a separação de pessoas de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do vírus, porém, apenas se aplica àquelas que estejam *“doentes ou contaminadas”*, do mesmo modo, a quarentena prevê a *“restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes”*, ou seja, nenhuma das medidas é geral e irrestrita, aplicada a toda a sociedade indistintamente.

Não se pode olvidar que medidas de isolamento, de restrição de locomoção, e mesmo de privação de liberdade, neste momento sem precedentes vivido pela população mundial, tem sido eficazes como medidas de saúde pública, e que, portanto, não podem ser descartadas. Todavia, os decretos emitidos por vários governos estaduais e municipais durante a pandemia, podem ter questionada sua validade posto que carecem de adequação formal e material às normas legais e constitucionais que lhe são superiores, até porque os decretos são atos privativos do chefe do Poder Executivo, emitidos para dar fiel execução à lei criada pelos parlamentos (CF/88, art. 84, IV), não podendo contrariar as normas superiores e nem invadir a competência reservada às normas legais.

Contudo, sobre a questão da competência para adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, medidas restritivas, o Ministro Alexandre de Moraes, em 08/04/2020, nos autos da AÇÃO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, nº 672 DISTRITO FEDERAL, proposta pelo Conselho Federal da OAB, em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, praticados no contexto da crise de saúde pública, decorrente da pandemia do COVID-19 (Coronavírus), decidiu que:

A adoção constitucional do Estado Federal gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas, que pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de “maneira explícita”, como bem ressaltado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ao conceder medida acauteladora na ADI 6341, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”. Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes **medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS** (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID19 mortality and healthcare demand, vários autores). Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, **CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR** na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, **RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS**, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, **a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas**, entre outras;

INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

Desse modo, entende-se que a decisão do Ministro Alexandre de Moraes constituiu parâmetros para elaboração de normas e equacionou a questão das atribuições entre os entes federativos, conforme abaixo se observa:

DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

A questão acima aludida restou sedimentada, em decisão do dia 15.04.2020, quando, em sua maioria, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram que prefeitos e governadores têm autonomia para determinar a intensidade e como farão o isolamento social nas regiões (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, impetrada pelo PDT).

Note-se que, nem a Lei nº 13.979/2020, nem as decisões mencionadas, tratam da medida restritiva alusiva ao “toque de recolher”, mas há expressa referência à limitar a circulação de pessoas.

- FLEXIBILIZAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE ADMINISTRATIVA

Em que pese a falta de amparo legal, estrito senso, de um grande número de decretos publicados durante a Pandemia COVID-19, que em sua maioria preveem normas restritivas de liberdade e impõe situações limitadoras de direitos, a Doutrina identifica, nessa situação, a possibilidade da flexibilização do Princípio da Legalidade.

A Pandemia do COVID-19 pode ser caracterizada como um fato anômalo, permitindo, nessa hipótese, que se possa lançar mão do Princípio Constitucional implícito da Necessidade Administrativa, o qual, em estreita síntese, significa que “a Administração Pública poderá dispor das regras do Direito, sempre que se está diante de situação excepcional, urgente e necessária, em respeito à supremacia do interesse Público”. (PAULA; ALMEIDA, 2012, p. 01-20, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=88f0bf2899c59514>, Acesso em: 28.04.20)

Neste passo, diante de uma crise sem precedentes como é a Pandemia que hoje se enfrenta, deve-se considerar a possibilidade de se derogar o direito ordinário, com vista a se aplicar a norma mais adequada em tempos de crise. Sempre norteado pelo interesse geral da sociedade e fundamentado em estudos científicos abalizados, nunca por arbítrio do governante.

No entender de Carvalho e Maffini, “a emergência comina, sem larga margem temporal de escolha, a tomada de decisões céleres, às vezes abrupta, mas que, pelo cataclismo social criado, necessitam ultrapassar até mesmo a mais ínfima obediência legal que, até então, o ordenamento jurídico ousou criar. A sociedade exige a solução sem se preocupar com a forma; importa o produto, inobstante o meio. (2020; Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/carvalho-maffini-coronavirus-direito-dministrativo-crise>; Acesso em: 28.04.20).

O momento, conforme visto, exige tomadas de decisões pautadas, sobretudo, no interesse Público, posto que sobrepor a estrita legalidade aos interesses da sociedade, em tempos de crise, não resguarda à coletividade.

III – CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, constatou-se que as medidas previstas na Lei nº 13.979/20, bem como na Portaria n.356/2020, e, ainda, na decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, bem como na decisão plenária do STF, destacadas no texto, quando implementadas, devem ter como fundamento resguardar a saúde pública, direito assegurado constitucionalmente. Imprescindível que tais medidas se justifiquem, a partir do contexto da pandemia, no local em que buscam ser implementadas, assim como devidamente orientadas pelas autoridades sanitárias daquele território.

Plenamente justificadas estão as medidas que impõem uso de máscara em áreas públicas, isolamento, quarentena, vacinação compulsória, limitações ao funcionamento de atividades comerciais, industriais, educacionais e culturais.

As medidas adotadas pelos governos, no entanto, não podem violar o direito constitucional de locomoção e a liberdade de circulação, quando não houver pertinência com a finalidade de conter a pandemia do COVID-19.

Ressalte-se que as medidas que limitem ou restrinjam a circulação de pessoas, devem conter justificativas que as corroborem, sustentadas em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, conforme determina o § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 13.979/20.

A Constituição e as leis expedidas para regulamentar questões de saúde pública, em tempos de pandemia, não mencionam o “toque de recolher”, nem mesmo como medida de emergência, para servir como barreira na disseminação do novo coronavírus.

Embora algumas restrições impostas por decretos expedidos, pelo Poder Executivo em Estados e Municípios, não tenham respaldo na C.F ou na lei, pois impõem

obrigações sem que exista previsão legal, em face da supremacia dos direitos coletivos sobre os direitos individuais, com fundamento no Princípio da Necessidade Administrativa, conclui-se que, observado o interesse público, bem como havendo o amparo em dados concretos advindos de autoridades sanitárias, é possível a decretação de “toque de recolher”.

À presente nota cumpriu esclarecer a questão da validade da norma, demonstrando que, dentro de nosso ordenamento não há fundamento legal expresso que contemple algumas das medidas restritivas previstas em diversos decretos expedidos por Estados e Municípios, embora, mister admitir que medidas restritivas extremas tem tido papel fundamental neste contexto pandêmico, posto que vidas humanas podem ser poupadas através da imposição de atos de locomoção e circulação. Não se pode, contudo, descuidar dos limites negativos impostos ao Estado quanto às suspensões ocasionais e temporárias das liberdades individuais.

Belém, 29 de abril de 2020.

Luziana Barata Dantas
Promotora de Justiça
Coordenadora do CAO Cível

Marco Aurélio Lima do Nascimento
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Constitucional

Adriana de Lourdes Mota Simões Colares
Promotora de Justiça
Coordenadora do CAO Cidadania

Alexandre B. S. Couto Neto
Promotor de Justiça
Coordenador CAODPP