



Os riscos ao estado democrático de direito causados pela pandemia de covid19

Risks of Covid-19 pandemic on Democratic State of Law

Riegos de la pandemia del Covid-19 para
el Estado Democrático de Derecho

Benedicto de Oliveira Guedes Neto¹

Rogério Rodrigo Ferreira Mota²

RESUMO

O presente artigo visa analisar como a situação de emergência nacional, em função da grave crise em saúde pública causada pela pandemia de Covid-19, trouxe a edição de atos normativos pelos diversos entes federados que violam as regras de competência conforme previstas na Constituição, exacerbando o poder regulamentar. Analisa-se também o fato de que tais normas, limitadoras de direitos fundamentais, não podem, seja sob o prisma de legalidade formal ou material, ser utilizadas para a tipificação de condutas penais, vez que o direito penal, calcado

1 Promotor de Justiça. Titular da 10ª Promotoria de Justiça de Palmas/TO. Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público. Graduado em Direito (Universidade Tiradentes), pós-graduado em Processo Civil pela UNISUL/SC. E-mail: benedictoneto@mpto.mp.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6970907186064210>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5837-93388>.

2 Promotor de Justiça. Titular da 2ª Promotoria de Justiça de Colmeia/TO. Membro do Núcleo do Tribunal do Júri do Ministério Público do Estado do Tocantins, pós-graduado em Criminologia e em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: rogeriomota@mpto.mp.to. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0114545401959141>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7705-8508>

nos princípios da legalidade, tipicidade fechada e excepcionalidade, não pode servir a atos normativos que desafiam a segurança jurídica e o estado democrático de direito. Ao fim da análise, se verificou a necessidade premente de tais atos serem atacados pelos instrumentos jurídicos e constitucionais disponíveis, a fim de evitar uma crise na salvaguarda dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: *Pandemia. Estados de exceção. Competência. Decretos autônomos. Normas penais em branco.*

ABSTRACT

This article aims to analyze how the national emergency situation due to the serious crises in public health, generated by the pandemic Covid-19, caused the edition of normative acts by the different federative entities that violate the rules of competence as foreseen in the Constitution, exacerbating the regulatory power. It also analyzes how these norms, which limit fundamental rights, cannot be used under the prism of formal or material legality, for the classification of criminal conducts, since criminal law, based on the principles of legality, closed typicality and exceptionality, cannot serve normative acts that challenge legal security and the democratic state of law. At the end of the analysis, it is concluded that there is an urgent need for such acts to be attacked by the available legal and constitutional instruments, in order to avoid a crises in safeguarding fundamental rights.

KEYWORDS: *Pandemic Covid-19. States of Exception. Competence. Acts. Blank criminal rules.*

RESUMEN

Este artículo busca analizar desde la situación de emergencia nacional causada por la pandemia Covid-19 y de la crisis aguda en salud pública, las leyes e instrumentos legales elaborados por diferentes entidades federativas que violan las normas de competencia previstas en la Constitución Federal de 1988, con exarcebación del poder regulatorio. También se analiza el hecho de que dichas normas, que limitan los derechos fundamentales, no pueden utilizarse, bajo el prisma de la legalidad formal o material, para la clasificación de conductas delictivas, puesto que el derecho penal, basado en los principios de la legalidad, tipicidad cerrada y de excepcionalidad no pueden servir actos normativos que desafíen la seguridad jurídica y el estado de derecho democrático. Por fin, el texto direccionase para a urgente necesidad de que tales actos fueran atacados por los instrumentos legales

y constitucionales disponibles, para evitar una crisis en la salvaguarda de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: *Pandemia. Estados de excepción. Competencia. Decretos autonómicos. Normas penales en blanco.*

Introdução

A Organização Mundial de Saúde – OMS declarou, em 30 de janeiro de 2020, a emergência em saúde pública de importância internacional (ESPII) frente o novo coronavírus (SARS-Cov-2). A declaração foi agregada ao grande repertório de dados e informações nas pautas das agências de notícias e estudos de pesquisadores sobre a pandemia em expansão.

A doença causada pelo coronavírus também chamada de Covid-19 e SARS-Cov-2 possui uma sintomatologia variável, desde infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. De acordo com as informações técnicas da OMS, disponibilizadas no endereço <<http://coronavirus.saude.gov.br>>, a maioria dos pacientes com Covid-19, em torno redor de 80%, pode ser assintomática e cerca de 20% dos casos pode requerer atendimento hospitalar por apresentar dificuldade respiratória.

Com fulcro em tal situação, no Brasil foi editada a Portaria nº 188, de 03/02/2020, na qual o Ministério da Saúde declarou a situação de emergência em saúde pública de importância nacional, considerando entender que a situação demanda o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, bem como exige resposta coordenada das ações de saúde de competência da vigilância e atenção à saúde, entre as três esferas da gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. Em concomitância, foi promulgada a Lei Federal n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, publicada no DOU de 07.02.2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública.

Observou-se que os entes federativos manifestaram resistência e conflito à esfera executiva federal, na criação de propostas de microssistemas normativos independentes para lidar com a problemática, que inclusive preveem medidas administrativas e criminais com reflexos diversos e nefastos na vida da sociedade.

Medidas sanitárias de combate efetivo à disseminação de vírus são e sempre serão importantes para a proteção da saúde dos cidadãos. No entanto, vale também

observar que os esforços públicos não devem significar a flexibilização temerária de normas constitucionais que vigoram desde a Constituição Federal de 1988 com o nítido propósito de resguardar a segurança jurídica e o processo legislativo, imprescindíveis para a proteção da manutenção do Estado Democrático de Direito.

O presente artigo buscou refletir sobre os possíveis riscos que a edição de tais atos normativos e tomada de medidas administrativas apresentam sob a ótica constitucional, sem a pretensão de divagar pelo mérito das medidas sanitárias adotadas pela União, Estados e Municípios.

Para tanto, fez-se necessário analisar regras de competência legislativa previstas na Constituição Federal, bem como os limites do poder regulamentador do Poder Executivo, e a análise da normatização que se afasta das regras constitucionais, podendo conduzir a uma criminalização indiscriminada de condutas em diferentes localidades do nosso país, situação destoante do que se espera de um estado democrático de direito.

1. Competência legislativa e poder regulamentador

Vale recordar a delimitação de Novellino (2014, p. 734) sobre a importância da competência num contexto constitucional dado, isto é, na capacidade jurídica de ação “atribuída aos entes estatais, seja para editar normas primárias capazes de inovar o ordenamento jurídico, seja para executar atividades de conteúdo individual e concreto, previstas na Lei”. Tais competências podem ser não legislativas, exercidas no campo das funções governamentais e administrativas, e legislativas, ou seja, com objetivo de produção de Leis. Em ambos os casos, porém, existem competências exclusivas de cada ente federativo e concorrentes entre eles.

No que se refere às competências da União, as competências não legislativas exclusivas estão previstas no art. 21, ao passo que as legislativas estão previstas no art. 22, ambos da Carta Magna. Já as matérias de competência concorrente entre os entes federativos têm sua previsão no art. 23 (não legislativas) e art. 24 (legislativas), também do texto maior.

2.1. Competência Concorrente: Artigo 24 da Constituição Federal

Neste prisma, para a análise do tema posto em discussão, de suma importância realizar uma interpretação do artigo 24 da Constituição Federal, que define as hipóteses de competência concorrente a ser distribuída entre União,

Estados e Distrito Federal, ou seja, competência que se exerce simultaneamente sobre a mesma matéria por mais de uma autoridade ou órgão.

CF, art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII- previdência social, *proteção e defesa da saúde*.

Ademais, necessária a análise conjugada do art. 30, I e II da Constituição, vez que também versam sobre a competência legislativa residual dos municípios.

O primeiro caminho a ser galgado é estabelecer a forma como essa competência deve ser distribuída entre os entes federativos. Nessa linha, ressalta-se que, malgrado não exista uma hierarquia propriamente dita entre Leis federais, estaduais, distritais e municipais, o constituinte originário delimitou regras expressas de âmbitos de atuação, visando preservar a harmonia do sistema legiferante, e evitar normas contraditórias e que ameacem a segurança jurídica.

No tocante à relação da competência concorrente entre União e Estados e Distrito Federal, o referido artigo 24 da Carta Magna aduz que nos temas em que há competência legislativa concorrente, a União limitar-se-á a estabelecer as normas gerais sobre a matéria (§ 1º), sendo que tal competência não excluirá a competência suplementar dos Estados e Distrito Federal (§ 2º)³.

No que tange aos Municípios, o artigo 30, II, do texto constitucional expressa que aqueles não estão autorizados a legislar em matéria de competência concorrente, mas tão somente de forma suplementar.

Por certo que a Constituição Federal não traz específicas conceituações do que seriam *normas gerais e competência suplementar dos estados e municípios*, sendo necessário buscar tais definições em outras fontes. De acordo com Paulo e Alexandrino (2011),

A atuação da União, fixando normas gerais, não exclui a atuação suplementar dos estados e do Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º). Assim, fixadas as normas gerais pela União, caberá aos Estados e ao Distrito Federal complementar a legislação federal, tendo em vista as peculiaridades regionais, por meio

3 Art. 24 [...]

§ 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º. A Competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados

de expedição de normas específicas estaduais e distritais. É a chamada competência suplementar dos estados-membros e do Distrito Federal.

É importante observar que há uma relação de subordinação entre a atuação da União na edição de normas gerais e a dos estados e do Distrito Federal na complementação mediante normas específicas, porquanto estas não poderão contrariar aquelas (PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p. 152).

Assim, como regra decorrente do próprio texto constitucional, tem-se que o exercício da competência suplementar pelos Estados, Distrito Federal e Municípios não pode, sob nenhuma hipótese, contrariar o que fora previamente determinado na legislação federal nas matérias previstas no artigo 24 da Constituição.

Interpretação diversa significaria admitir a ampliação de poderes aos Estados, Distrito Federal e Municípios que não lhe foram conferidos pelo texto constitucional, subvertendo, dessa forma, a organização política administrativa imposta pela Constituição Federal.

A título de raciocínio, colacione-se que nas situações nas quais o legislador constituinte permite a atuação autônoma dos entes federativos, assim o faz de maneira expressa e indubitável, como, por exemplo, no supracitado artigo 30 da Constituição Federal, que estabelece competências privativas dos municípios.

Aliás, essa interpretação é facilmente extraída do próprio artigo 24, § 3º, que estabelece não haver a possibilidade dos Estados legislarem de forma autônoma sobre as matérias definidas no referido dispositivo, mesmo no contexto de suas peculiaridades, a não ser que haja omissão da União⁴. Ressalte-se, por oportuno, que mesmo nessas hipóteses, em havendo superveniência de Lei federal sobre normas gerais, fica suspensa a eficácia da Lei estadual, *no que lhe for contrária*.

Fica patente que o constituinte, no que se refere às matérias definidas no artigo 24 da Constituição, pretendeu claramente restringir a atividade legislativa autônoma dos estados e municípios, reservando a estes entes federativos uma atuação subsidiária e subordinada às regras federais definidas na legislação pertinente.

Após essas ponderações preliminares, retorna-se à análise dos efeitos jurídicos da pandemia no Brasil, notando-se não haver nenhuma omissão da União quanto à disciplina da matéria, pois, em 06 de fevereiro de 2020, promulgou-se a já citada Lei n.º 13.979, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento

⁴ Art. 24, §3º, CF. Inexistindo Lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas possibilidades.

da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Essa legislação estabelece, em seu artigo 3º, diversas medidas que podem ser adotadas pelas autoridades, *no âmbito de suas competências*, como forma de conter a disseminação do vírus, dentre elas, o *isolamento e a quarentena*:

Art. 3º. Para enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena

A norma, porém, não se limita a apontar essas medidas como possíveis condutas sanitárias a serem adotadas. Em seu artigo 2º as conceitua-as expressamente:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Diante de conceitos expressos previstos pela legislação federal, bem como ausência de omissão legiferante da União, autoridades não poderiam ampliar, no âmbito de suas competências constitucionais, os limites conceituais das medidas previstas na norma geral que norteiam a atuação da União, Estados, Municípios e Distrito Federal por meio de suas normatizações locais, seja por decretos, seja por portarias e ou regulamentos.

Forçoso reconhecer que a imposição de isolamento e/ou quarentena a cidadãos que não estão doentes ou não apresentam suspeitas de contaminação configura uma atuação normativa de competência plena não pretendida pela Constituição Federal, em patentes vícios de ordem constitucional e legal.

A bem da verdade, tais conclusões são robustecidas pelas regras de interpretação constitucional que, dentre várias possibilidades, estabelecem

alguns princípios muito bem elucidados por Alexandre Moraes (2005), isto é, os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário.

Em qualquer cenário, não é possível ser conferida autonomia plena a Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar, em matérias atinentes à competência concorrente, em desacordo com a legislação federal que define as normas gerais, sob pena de flagrante subversão do esquema organizatório-funcional.

Entendimento contrário seria o conivente com a criação de vários microssistemas dentro do território nacional, inclusive na esfera criminal, como adiante será demonstrado, em prejuízo claro da segurança jurídica e do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

Exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros e, entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais (MORAES, 2005, p. 11).

Neste viés, não seria possível o sacrifício total de direito/garantia fundamental, como o direito de ir e vir, fora das hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal (art. 139, inciso I, da CF), principalmente por meio de expedição de atos administrativos autônomos e secundários que não são submetidos a qualquer controle prévio de legalidade/constitucionalidade. E por fim:

Deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade (máxima efetividade das normas constitucionais) (MORAES, 2005, p.11).

Com efeito, ao se permitir que Estados, Distrito Federal e Municípios legislem, em matéria de competência concorrente, de forma autônoma e independente, faz-se tábula rasa dos parágrafos 1º e 3º do art. 24 da Constituição Federal, tornando sem qualquer efeito a previsão de edição de normas gerais estabelecidas constitucionalmente e mitigando a relação de subordinação dos Estados e Municípios às diretrizes gerais fixadas em nível federal.

Válido ressaltar que a situação que se observa no país nos dias atuais é ainda mais gravosa considerando-se as regras constitucionais acima referidas,

pois todas as limitações exaustivamente expostas destinam-se, primordialmente, ao poder legislativo.

Assim, se as regras de competência concorrente legislativa, tal como previsto na carta magna, dispõem que as Leis locais, que se submetem a rígido processo legislativo constitucional até sua aprovação, não podem contrariar as normas editadas pela união, como admitir que atos normativos editados pelos poderes executivos (decretos e portarias) vilipendiam o mesmo comando?

Os decretos, tal como será elucidado a seguir, quando contrários às disposições da Lei federal que regula a matéria, ferem de forma ainda mais concisa o sistema constitucional normativo e, por consequência, o estado democrático de direito.

2.2. Decretos regulamentares e decretos autônomos

Antes de se analisar a possibilidade de decretos determinarem medidas de restrição a direitos e garantias individuais, faz-se necessário apontar a natureza jurídica de tal instituto, a fim de definir o alcance das regras nele estabelecidas.

Conforme classificação de Paulo e Alexandrino (2011), os decretos são atos administrativos normativos, que:

Possuem conteúdo análogo ao das Leis – são “Lei em sentido material”. A principal diferença – além do aspecto formal – é que os atos administrativos normativos **não podem inovar** o ordenamento jurídico, criando para os administrados direitos ou obrigações que não se encontrem previamente estabelecidos em uma Lei (PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p.507).

Não diverge de tais contornos a definição de Meirelles (2001, p. 171), na qual “decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expreso, explícito ou implícito pela legislação”.

Frente a isso, pode-se extrair que o decreto é um ato administrativo secundário, localizado abaixo da Lei, e que não pode confrontar a Constituição Federal, tendo como fonte norteadora de regulamentação a própria Lei. Assim, por se tratar de ato administrativo secundário e dependente da norma que fundamenta sua existência, não lhe é permitido promover a sua ampliação (*ultra legem*) ou a

sua restrição (*citra legem*).

Imperioso ressaltar que com a Emenda Constitucional nº 32/2001, inaugurou-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de edição dos chamados decretos autônomos, que não dependem de Lei e decorrem diretamente do texto constitucional.

Estes, no entanto, possuem estreito rol de matérias que podem regulamentar, disposto no art. 84, VI da Constituição Federal, quais sejam: a) organização e funcionamento da administração federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e b) extinção de funções e cargos públicos, quando vagos.

Dessa forma, qualquer possibilidade de expedição de decreto autônomo sem observância à regra constitucional acima disposta ofende mortalmente o processo legislativo constitucional e padece de vício insanável para sua convalidação.

Este é o principal ponto da reflexão proposta, pois em razão da pandemia, estão sendo editados e publicados inúmeros decretos estaduais e municipais que, ao pretexto de regulamentar a situação de emergência em saúde pública, estabelecem normas restritivas ao cidadão, elastecendo os conceitos de *isolamento* e *quarentena* previstos na Lei Federal n.º 13.979/2020 e, por via de consequência, restringindo direitos fundamentais como o direito de ir e vir e de reunião.

Tais decretos, ao disporem sobre matérias que exacerbam o direito material previsto pelo legislador ordinário, assumem natureza de atos administrativos autônomos e padecem de vícios de legalidade e constitucionalidade, pois, diante da teratologia apresentada, conseguem a um só tempo ofender diretamente as normas previstas na Lei Federal sobre o tema - como já exaustivamente exposto acima - e as normas da Constituição Federal ao restringir, sem qualquer controle prévio, direitos fundamentais.

A vigência dessas espécies autônomas de atos administrativos, além de sobrepor o processo legislativo vigente, como já dito, confere e concentra no Chefe do Executivo, de qualquer esfera, poderes legislativos que não lhe foram conferidos pela Constituição Federal, o que se afigura como potencial e gravíssima possibilidade de subversão da ordem constitucional e se apresenta como ameaça concreta ao Estado Democrático de Direito, remontando a tempos sombrios onde havia concentração da atividade legislativa e executiva em uma só pessoa.

3. ESTADOS DE LIMITAÇÃO DE DIREITOS: Distinção entre Estado de Calamidade, Estado de Defesa e Estado de Sítio

É indubitável que a situação atualmente vivenciada no Brasil e no mundo justifica a decretação de um estado emergencial, a fim de flexibilizar algumas normas e permitir a adoção de medidas mais céleres por parte das autoridades, com a finalidade precípua de conter a disseminação da Covid-19.

Todavia, em relação aos estados de exceção, é de suma importância entender suas diferenciações, especialmente no que tange à aplicabilidade e às restrições que podem ser impostas na vigência de cada um deles.

No Brasil, vários entes federativos decretaram *estado de calamidade*. Embora seja evidente que não vivemos uma situação de normalidade, certo também é que esse estado, embora excepcional, não autoriza a restrição substancial de direitos e garantias fundamentais.

Primeiramente, apesar de haver menção à expressão *calamidade* em alguns dispositivos da Constituição Federal, não existe disciplina sobre um estado de calamidade, até mesmo porque seria impossível descrever todas as hipóteses de maneira taxativa, ficando reservada à legislação infraconstitucional disciplinar, não as hipóteses de calamidade pública que são inúmeras, mas sim definir as exceções à normalidade possíveis, desde que em harmonia com a Lei Maior.

Como exemplo, a Lei Complementar nº 101/2000 e o Decreto nº 7.257/2010 permitem uma certa flexibilização relativa a questões fiscais, orçamentárias e de contratação pelo ente público, não trazendo qualquer limitação a direitos e garantias individuais em casos de calamidade pública, pois, certamente, estaria em absoluto confronto com a Carta Magna.

Ocorre que a suspensão ou limitação de direitos fundamentais é de tamanha sensibilidade que a Constituição Federal, quando as permite, disciplina expressamente as regras que devem ser inexoravelmente respeitadas para que tal desiderato se concretize. Neste viés, como únicos estados de exceção atualmente possíveis de decretação no Brasil, temos os previstos nos artigos 136 e 137 do texto constitucional, quais sejam, respectivamente, o Estado de Defesa e Estado de Sítio, senão vejamos. Nas lições de Moraes:

é o chamado sistema constitucional das crises, consistente em um conjunto

de normas constitucionais que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional (MORAES, 2016, p.1276).

O Estado de Defesa, mais brando que o Estado de Sítio, pode ser decretado pelo Presidente da República, sem necessidade de autorização prévia do Poder Legislativo. Não obstante, após a sua decretação, deve ser submetido, em vinte e quatro horas, ao Congresso Nacional, que decidirá sobre sua manutenção por maioria absoluta. O Estado de Defesa, ainda, terá duração não superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma única vez se persistirem os motivos (art. 136, §2º, CF)⁵.

Na vigência do Estado de Defesa, pode haver restrições aos direitos de

5 Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da Lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, tudo nos termos do art. 136, §1º, I e II, da Constituição Federal.

Já o Estado de Sítio corresponde à suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, sem dúvidas com maior gravidade e força de imposição que o Estado de Defesa, somente podendo ser decretado com autorização prévia dos membros da Câmara e Senado.

Tem previsão constitucional de ocorrência nas hipóteses de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, e de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Note-se, neste ponto, que somente em situações de extrema gravidade prevê a Constituição regras de suspensão de garantias individuais fundamentais. Neste ponto, colacione-se que nos termos de seu art. 139:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da Lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Com efeito, clara a gravidade das situações nas quais a Lei Maior permite a restrição de direitos fundamentais, reservando em seu texto a possibilidade de

§ 6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

tomada de tais medidas drásticas somente em casos de decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio, ambos de competência exclusiva do Presidente da República.

Assim, caso a realidade fática seja alheia a estas hipóteses, ainda que em situação emergencial de calamidade pública, é flagrantemente inconstitucional qualquer disciplina legal ou infralegal que pretenda suprimir ou suspender o exercício de direitos e garantias fundamentais.

A situação se apresenta ainda mais grave num atual estágio em que vivenciamos Estados, Municípios e Distrito Federal expedindo decretos autônomos restringindo liberdades fundamentais do cidadão brasileiro, sem qualquer controle prévio de legalidade e/ou constitucionalidade.

A intenção do legislador constituinte foi buscar restringir ao máximo a mitigação dos direitos fundamentais mesmo em estados críticos de emergência. Ora, se mesmo para a decretação do Estado de Defesa e Estado de Sítio, mais graves que a calamidade pública, faz-se imprescindível ouvir previamente os Conselhos da República e da Defesa Nacional. Deve-se, ainda, submeter a situação à aprovação do Congresso Nacional, não existindo caminho possível para se permitir essa restrição despótica por chefes dos executivos estaduais e municipais mediante a edição de atos administrativos secundários e autônomos.

É por estas razões que a reflexão foca-se nesse questionamento sobre a existência do abuso da liberdade normativa por parte dos gestores das diversas unidades da federação, sob o tentador e comovente argumento da necessidade por ocasião da crise na saúde pública, o que pode trazer consequências nefastas para o estado democrático de direito, com a abertura para mitigações e supressões indevidas de direitos inscritos no núcleo rígido da Constituição.

4. Das consequências dos decretos autônomos de calamidade pública em época de pandemia

A situação vivida pelos brasileiros hoje é atípica e, diante da indevida conferência de poder autônomo a cada estado e município, corremos o risco de vigência de um microssistema penal em cada unidade distinta da federação. Atos normativos, permeados por fundamentos jurídicos, podem impingir graves

consequências às pessoas na privação da liberdade individual.

Sob o manto da calamidade pública decretada, diuturnamente, acompanhamos notícias de que cidadãos brasileiros estão sendo arrastados das ruas pelas forças policiais, com algemas ornando seus punhos e com condução a fórceps até a Delegacia de Polícia para a lavratura dos procedimentos criminais cabíveis, tudo sob a falácia de que o desrespeito à determinação de isolamento social poderia caracterizar delitos previstos na legislação penal.

Como exemplo da teratologia normativa que se vivencia nos dias atuais, colacione-se o exemplo de advertências por parte das autoridades públicas no sentido de que o desrespeito às determinações de isolamento social poderia, independente de aferição acerca da contaminação, caracterizar a prática do delito previsto no art. 268 do Código Penal⁶.

Como aferir o dolo decorrente da conduta do cidadão em questão, caso ele tenha “regulando” suas obrigações três instrumentos legais vigentes: uma Lei Federal, um decreto estadual e um decreto municipal, que disciplinam uma mesma matéria de maneira absolutamente divergente?

Apenas essa situação já seria mais do que suficiente para afastar a tipicidade de qualquer delito pela ausência de elemento inerente ao fato típico, qual seja, o dolo da conduta.

A título de breve exercício reflexivo, trazem-se as questões: como proceder no caso de cidades contíguas e demais conglomerados urbanos, nos quais repetidas vezes o cidadão, no trajeto de casa para o trabalho, passa por duas ou três cidades distintas? Estaria, pois, submetido a diferentes sistemas penais e dele seria exigido conhecer a todos eles? Nesse trajeto, na cidade “X” poderia ser permitido descer de seu veículo para comprar uma garrafa de água em determinada loja de conveniências, enquanto na cidade imediatamente vizinha tal conduta poderia, caso houvesse o já descrito exacerbo da competência normativa, ser utilizada como complemento para a tipicidade material de um delito?

O sistema penal não pode jamais coexistir com esse tipo de insegurança jurídica. Essa volatilidade infralegal não se coaduna com a exigência principiológica

⁶ Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

da tipicidade fechada, taxatividade e legalidade do sistema penal. Afinal, não há crime sem Lei anterior que o defina. Essa tarefa jamais poderia ser relegada a um ato administrativo secundário e autônomo, com todos os vícios de legalidade e constitucionalidade abordados anteriormente.

Argumentações simplistas poderiam apresentar que a tipificação penal, nesses casos, seria perfeitamente possível porque o artigo 268 do Código Penal é norma penal em branco heterogênea e, por isso, deve ser complementado por outra norma infralegal. Tal argumento é falacioso, na medida em que é cristalino que para a delimitação de complemento de normas penais é necessária segurança jurídica, o que, como se demonstrou, é violado caso existam microssistemas jurídicos diversos a depender do município em que se busque aplicar a Lei criminal.

Ademais, na mesma linha de violação às competências normativas previstas na Constituição, de se reconhecer que se o decreto (municipal, distrital ou estadual) viola as regras de edições de normas e por tal razão é ilegítimo do ponto de vista formal, não pode de maneira alguma alimentar a Lei penal no auxílio de caracterização de condutas delituosas.

A título comparativo, debruçemo-nos na análise da infração penal prevista no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Nota-se que o vocábulo “drogas”, essencial para a caracterização do tipo penal, não abarca e nem descreve quais seriam as substâncias que podem nele estar inseridas, deixando o legislador portanto a tarefa de complementar a norma a outro órgão, qual seja a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Tal complementação é realizada por intermédio da Portaria ANVISA nº 344/98, que destrincha todas as substâncias que podem ser inseridas em um contexto criminoso de traficância. Diante estamos, como se vê, de uma norma penal em branco (que necessita de complemento) heterogênea (cujo complemento

concretiza-se em outra fonte normativa).

Note-se, portanto, que para a complementação do que poderia significar para fins penais o vocábulo “droga” (elementar do tipo), determinou-se que autoridade específica, com competência normativa para estipular regras uniformes em todo o território nacional, assim o fizesse. Tal sistemática permite a salvaguarda da segurança jurídica e, como consequência imediata, não viola o sistema normativo constitucionalmente previsto.

Não é o caso dos decretos múltiplos e autônomos que se contesta no presente estudo. Estes, criados com violações formais e materiais da Constituição Federal, não podem jamais servir de supedâneo para a supressão de direitos fundamentais, e muito menos para a caracterização de condutas como passíveis de punição na seara penal.

Conclusão

Sempre é importante salientar para todos aqueles que são operadores do direito sobre o zelo, em quaisquer circunstâncias, pela garantia de um estado de normalização democrática, cuidando para que as normas constitucionais sejam respeitadas, especialmente no que tange àquelas estabelecidas como forma de robustecer o Estado Democrático de Direito.

A situação emergencial excepcional não pode servir, de forma casuística, para afastar direitos e garantias fundamentais, ao talante do chefe do executivo, de qualquer esfera, por meio de atividade legiferante autônoma, despótica e inconstitucional, sob pena de se criarem perigosos precedentes incompatíveis com as liberdades individuais.

Desde o exacerbo dos conceitos previstos na legislação de regência que deveriam os decretos regulamentar, passando pela possível e autoritária utilização de decretos como normas de complementação da legislação penal, em total violação à segurança jurídica nacional, tais situações devem ser combatidas pelos ocupantes das diversas funções públicas responsáveis pelo controle de constitucionalidade, bem como pelo cidadão, responsável maior pelo exercício da soberania popular.

Em tempos de excepcionalidade, é de suma importância o zelo pela correta aplicação das normas constitucionais, a fim de fortalecer o regime democrático, evitando-se posturas casuísticas que possam servir de perigosos precedentes para a fragilização dos direitos e garantias fundamentais.

Referências

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES. Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Jurídico-Atlas, 2005.

_____. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Jurídico-Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.