



Licenciado sob uma licença Creative Commons  
ISSN 2175-6058  
DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v22i3.1963>

# A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS DECRETOS DO EXECUTIVO E O MODELO DE ESTADO DE DIREITO DE FERRAJOLI: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO E DA ADI 6.341

*FUNDAMENTAL RIGHTS RESTRICTIONS BY EXECUTIVE  
DECREES AND FERRAJOLI'S RULE OF LAW MODEL: AN  
ANALYSIS IN THE LIGHT OF GARANTISM AND ADI 6.341*

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto  
Antonio Jorge Pereira Júnior

## RESUMO

Com a aprovação da lei 13.979/2020, passou-se a admitir no Brasil um rol de medidas para o enfrentamento da Covid-19. Algumas delas possibilitam que autoridades determinem a restrição de direitos mediante o confinamento obrigatório e a restrição de atividades econômicas e comportamentais, por exemplo. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.341, chancelou a possibilidade de todos os entes federados adotarem tais medidas nos limites de sua competência. Utilizando-se do método dedutivo, investiga-se neste artigo a constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais pelos decretos infralegais à luz do garantismo de Ferrajoli, considerando a ADI 6.341 e a lei 13.979/2020.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Covid-19. Garantismo.

## ABSTRACT

With the approval of law 13.979/2020, a list of measures for dealing with Covid-19 has been adopted in Brazil. Some of them allow authorities to determine the restriction of rights through compulsory confinement and restriction of economic and behavioral activities, for example. The Federal Supreme Court, in ADI 6.341, endorsed the possibility of all federative entities to adopt such measures within the limits of their competence. Using the deductive method, this article investigates the constitutionality of the restriction of fundamental rights by infra-legal decrees in the light of Ferrajoli's garantism, considering ADI 6.341 and law 13.979/2020.

**Keywords:** Fundamental rights. Covid-19. Garantism.

## INTRODUÇÃO

Após o surgimento do corona vírus em 2019, completou-se 01 ano, no início de 2021, da adoção de medidas para seu enfrentamento e prevenção por parte das autoridades internacionais e brasileiras. No início do primeiro semestre do ano de 2020, a rapidez das informações e notícias fez chegar aos brasileiros várias situações de pessoas que morriam ou passavam sérios problemas de atendimento em leitos hospitalares lotados em razão da Covid-19. Os meios de comunicação não tardaram a alarmar o crescimento do número de mortes e a transmitir cenas das ruas das principais cidades europeias, costumeiramente sempre bastante povoadas e movimentadas, completamente vazias.

No dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou estado de pandemia da Covid-19<sup>1</sup>. As autoridades sanitárias no Brasil e no mundo pouco sabiam sobre esse novo vírus. Em que pese o preocupante desconhecimento da doença, tornou-se majoritária a tese de que o distanciamento ou isolamento social das pessoas retardaria a propagação do vírus e contribuiria para evitar a lotação dos hospitais.

No Brasil, com a aprovação da lei 13.979/2020 passou-se a admitir um rol de medidas que poderiam as autoridades utilizar para o enfrentamento da emergência (art. 3º), entre elas: isolamento, quarentena, restrição excepcional e temporária de locomoção interestadual e intermunicipal

por rodovias, portos e aeroportos etc. Por sua vez, o §4º do art. 3º cria a obrigação das pessoas a se sujeitarem ao cumprimento destas medidas sob pena de responsabilização na forma da lei<sup>2</sup>.

Dias após, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADI 6.431, que as medidas previstas na lei de enfrentamento à Covid-19 não seriam de competência exclusiva da União, podendo estados e municípios praticarem as mesmas ou outras ações conforme suas particularidades regionais ou locais. A partir dessa decisão, decretos municipais e estaduais tornaram-se recorrentes e tomaram variadas posturas.

Ocorre que a restrição de direitos neste período de pandemia gerou inúmeros conflitos entre os cidadãos e entre eles e a polícia<sup>3</sup> (e outros órgãos de fiscalização em geral), pois, se de um lado crescia o temor de contágio e propagação da doença – medo agravado por novo aumento de casos no início do ano de 2021 –, do outro, questiona-se a constitucionalidade das medidas considerando-as arbitrárias e irrazoáveis.

Aborda-se neste artigo a restrição dos direitos fundamentais pelos decretos infralegais à luz do garantismo de Ferrajoli, considerando a decisão do STF na ADI 6.341 e a lei federal 13.979 de 06 de fevereiro de 2020.

Questiona-se se a teoria do garantismo criada por Ferrajoli, e a sua noção de Estado de direito de cunho positivista, admite a constitucionalidade formal e substancial de restrição de direitos pelos decretos do Executivo fora do texto constitucional.

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em identificar os pontos de concordância ou discordância entre a racionalidade jurídica instalada no combate à pandemia no Brasil pelos entes federativos e a teoria garantista de Ferrajoli. Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: a) verificar o alcance da teoria do garantismo como esquema geral de proteção dos direitos civis do indivíduo contra o abuso estatal; b) examinar a constitucionalidade da restrição desses direitos pelos decretos do Executivo, sob enfoque da teoria de Ferrajoli, relacionando-a com a tese estabelecida pelo STF na ADI 6.341 e com os contornos estabelecidos pela lei 13.979/2020. Tais objetivos foram trabalhados, respectivamente, na segunda e terceira seções deste artigo.

Parte-se da hipótese de que o modelo de Estado de direito proposto por Ferrajoli, com base na sua teoria do garantismo, não admite interpretação

da decisão da ADI 6.341 que viabilize criação de restrição de direitos fundamentais por meio de decretos do Poder Executivo, pois a competência dos entes federativos quanto à implementação de medidas sanitárias não se estende à possibilidade de inovar no sistema jurídico positivado e limitar norma de direito fundamental prevista no texto constitucional.

A pesquisa é qualitativa e exclusivamente bibliográfica, utilizando-se de fontes diretas do próprio autor da teoria do garantismo e de seus comentadores em artigos científicos. O método utilizado foi o dedutivo, considerada a hipótese extraída da confrontação entre as premissas fáticas – políticas e jurídicas – ocorridas durante o período de pandemia e a teoria do garantismo.

## **O MODELO DE ESTADO DE DIREITO DE FERRAJOLI E A PROTEÇÃO DE DIREITOS CIVIS DO INDIVÍDUO CONTRA O ABUSO ESTATAL**

A teoria do garantismo, criada e trabalhada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, se afasta da ideia, muito difundida no Brasil, que a retrata como uma teoria vinculada exclusivamente ao direito e processo penal. O garantismo é uma teoria bem mais profunda e complexa, que trabalha um modelo normativo de direito, uma teoria do direito e uma filosofia política<sup>4</sup>. Estende-se, portanto, a todos os campos do ordenamento jurídico.

Em sua obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, de 1989, Ferrajoli utiliza o direito penal como objeto de aplicação de sua teoria (TRINDADE, 2012. p. 06). Contudo, na parte final dessa obra, alerta que a conotação exclusivamente penal que até então tinha ganhado predominância tem também um alcance teórico e filosófico geral (FERRAJOLI, 2006, p. 788).

Com efeito, o senso comum jurídico brasileiro tem insistido em associar o nome e o pensamento de Ferrajoli exclusivamente ao campo penal; todavia, o próprio autor afirma – principalmente em obras posteriores – que o garantismo se vincula, como um todo (muito além do direito penal), a trabalhar o Estado constitucional, a concretização

dos direitos fundamentais e a consolidação dos regimes democráticos (TRINDADE, 2012, p. 06).

Ao escrever o prefácio do *Diritto e ragione*, Norberto Bobbio explicita a pretensão de Ferrajoli de criar uma teoria *geral* do garantismo, lastreada na tensão entre liberdade e poder, na construção dos fundamentos do estado de direito pautados na tutela das liberdades do cidadão frente às várias formas de exercício arbitrário do poder (TRINDADE, 2012, p. 05).

Portanto, o sistema teorizado de garantismo delinea uma teoria geral cujos elementos principais seriam:

[...] o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexas divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a eles das instituições vigentes (FERRAJOLI, 2006, p. 788).

Estes elementos são gerais, e não exclusivos do direito penal. O garantismo aplica-se na proteção de direitos fundamentais em todo o ordenamento, sendo possível elaborar, em favor desses direitos, “*outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho*” (FERRAJOLI, 2006, p. 788).

Segundo a concepção de Ferrajoli, o Estado de direito se caracteriza, no plano epistemológico, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; no plano político, caracteriza-se como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; e, por fim, no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2006, p. 785-786).

Portanto, o Estado de direito será garantista quando se afasta de ordenamentos autoritários ou totalitários, tendo o poder uma fonte e uma forma legal. A concepção de Estado de direito garantista é fundada no Estado constitucional – em particular aqueles de Constituição rígida –, balizado por limites formais e substanciais ao exercício dos poderes.

Assim, para o modelo garantista, deve-se considerar a legalidade em sentido estrito, ou seja, sua *validade substancial*, “*que exige, outrossim, que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão*” (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

Disso decorre que o Estado garantista atua no plano formal limitando os poderes e, no plano substancial, atua protegendo direitos fundamentais. Nesse sentido, Ferrajoli descreve as características desse modelo de Estado da seguinte maneira:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional pelas leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

A proteção dos direitos fundamentais decorre daquilo que Ferrajoli entende por regras sobre *quem pode* e sobre *como se deve* decidir. As regras do Estado de direito garantem os direitos dos cidadãos assinalando para tal fim limites aos direitos fundamentais somente nas formas e nos casos taxativamente previstos (FERRAJOLI, 2006, p. 792). Pelo Estado garantista, a privação de direitos fundamentais não é legitimada, por si só, pela escolha de qualquer maioria, seja de aspecto público ou de aspecto privado. Também não cabe ao Estado optar por não adotar medidas para assegurar a subsistência e a sobrevivência dos cidadãos (FERRAJOLI, 2006, p. 798).

Para Ferrajoli, a estrutura normativa do Estado de direito – e aqui se aborda sua conceituação de vigor, validade e eficácia da norma –, é caracterizada:

a) por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura como normativo respectivamente àquele inferior, e como fático respectivamente àquele superior; b) pela incorporação nas normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja obtemperação é condição da efetividade das primeiras e da validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela consequente ilegitimidade jurídica que, em qualquer medida, investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla mas não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento (FERRAJOLI, 2006, p. 804).

Mencionou-se a noção de *antinomias* e *lacunas*, duas espécies de inobservâncias dos direitos constitucionais. As antinomias ligam-se aos direitos individuais, e as lacunas aos direitos sociais. Enquanto estas correspondem à omissão na concretização de direitos sociais por parte do Estado, aquelas correspondem à ação prejudicial que afeta o direito individual, em que ao Estado caberia se abster de praticar qualquer ato que atente contra este mandamento.

Para que uma norma seja válida, ou, tratando-se da tutela dos direitos fundamentais individuais, para se evitar uma *antinomia*, exige-se observância e respeito aos valores constitucionalmente previstos, tais como a igualdade, a liberdade, e as demais garantias dos cidadãos (FERRAJOLI, 2006, p. 806).

As antinomias e lacunas são recorrentes nas atuais democracias, reconhece Ferrajoli. Isso é resultado das discrepâncias existentes nos sistemas jurídicos, principalmente da desconexão entre a vigência (existência de normas) e validade substancial (coerência de conteúdos). A resolução dessas discrepâncias do ordenamento jurídico parece ser o principal desafio de Ferrajoli na sua obra *Principia Iuris*. Segundo o jurista, a composição da coerência, unidade e completude do ordenamento não se realiza por aspectos externos a ele, mas pelos dispositivos e técnicas do próprio direito positivo (que é nomoestático em relação aos direitos fundamentais). Somente assim haveria, propriamente, a aplicação de uma metodologia garantista (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010, p. 293).

O garantismo impõe limites ao poder estatal, condicionando-o ao direito, e cria um programa de contenção do poder punitivo. Remodela ainda os conceitos de vigência e validade da norma a partir de critérios formais e substanciais, delimitados primordialmente por uma constituição rígida que prima pelos direitos fundamentais (PINHO; ALBUQUERQUE, p. 178). Enfim, é uma teoria sobre o sistema de garantias dos direitos fundamentais, que “*analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais*” (IPPOLITO, 2011, p. 40).

Com a publicação do *Principia Iuris*, Ferrajoli consagra o garantismo como teoria de direitos subjetivos enquanto direitos fundamentais, explicitando técnicas disponíveis no direito positivo para garantir direitos de liberdade e direitos sociais. É, pois, uma teoria garantista da democracia contemporânea (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010, p. 286).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem valores garantistas intrinsecamente instalados. A teoria do garantismo encontra-se identificada em vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive porque a CF88 possui uma boa gama de direitos e garantias fundamentais, criando deveres de contenção e de prestação para o Estado (SANTIAGO; NOTTINGHAM, 2017).

O sistema de garantias de Ferrajoli é, por conseguinte, esquema teórico que pode ser associado à CF88, sobretudo quanto à proteção de direitos fundamentais. No contexto da pandemia da Covid-19, o sistema brasileiro de garantias passa por uma fase de testes quanto à eficiência de sua força normativa, porquanto direitos fundamentais de liberdade de locomoção, de liberdade econômica, de propriedade, dentre outros, estão sendo relativizados na tentativa de conter o avanço do vírus.

## **O GARANTISMO E A RACIONALIDADE JURÍDICA NO PERÍODO DE PANDEMIA (2020-2021)**

Em 6 de fevereiro de 2020 foi sancionada a lei federal 13.979/2020, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de

saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Em seu artigo 3º, dispõe de medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades, como o isolamento, a quarentena, o uso obrigatório de máscaras, restrição excepcional e temporária de locomoção interestadual e intermunicipal, entre outras. O §1º do artigo 3º condiciona a adoção dessas medidas ao *embasamento científico*. Elas 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. O §4º, por sua vez, estabelece que as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas no art. 3º, e o descumprimento delas acarretará a responsabilização nos termos previstos em lei.

Logo após a sanção da lei 13.979/2020, o STF foi provocado pelo Partido Democrático Trabalhista, que ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade nº 6.341, em que se questiona eventual exclusividade da União quanto à competência de aplicação das medidas do art. 3º. Aduziu-se que o sistema preconizado no art. 3º e seus parágrafos poderia levar à interpretação de se atribuir exclusividade à União quanto à aplicação de medidas sanitárias de combate à pandemia da Covid-19. Com efeito, segundo o autor da ação, a centralização de competência na Presidência da República e no órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador, como consta no §10 do art. 3º, esvazia uma dimensão vital da responsabilidade constitucional dos demais entes federativos<sup>5</sup>. Em razão de tudo isso, em seu pedido requereu que fosse pronunciada a inconstitucionalidade desses dispositivos quanto ao sentido em que se conota exclusividade à União para dispor sobre interdição de serviços públicos e atividades essenciais, bem como para adotar as medidas descritas nos incisos I, II e IV do art. 3º da lei 13.979/2020.

No dia 15 de abril de 2020, o Plenário do STF, por unanimidade, decidiu no sentido de dar interpretação aos dispositivos questionados para que as medidas lá previstas possam ser adotadas por todos os entes federados, os quais, por causa do desenho constitucional das competências comum e concorrente, poderiam adotar providências normativas e administrativas conforme particularidades regionais e locais. Em síntese, o STF adotou como fundamento normativo o disposto nos artigos 22, 23,

24, 26 e 30 da CF88 (quanto às competências federativas), bem como os artigos 6º, 196 e 198 da CF88 (quanto ao direito à saúde)<sup>6</sup>.

A decisão do STF trabalhou eminentemente aspectos formais da distribuição de competências entre os entes federativos. Relacionou o direito à saúde e as políticas epidemiológicas e de vigilância sanitária como matérias de interesse e competência de todos os entes, conforme mandamentos constitucionais.

Por se tratar de uma ação direta de inconstitucionalidade contra lei em tese, não houve, por óbvio, enfrentamento de caso concreto específico. Mas as decorrências fáticas advindas desta decisão foram variadas, porquanto prefeitos e governadores passaram a emitir decretos sem se atentar que o aval concedido pelo STF – cuja decisão abordou apenas aspectos gerais de distribuição de competência – não os autorizava a praticar medidas indiscriminadas fora do aspecto constitucional e da lei geral federal 13.979/2020.

A decisão, tomada de forma unânime, considerou os limites e mandamentos constitucionais da CF88 quanto à competência federativa e quanto ao direito à saúde, relacionando-os às medidas dispostas na lei 13.979/2020, considerada esta – pelo próprio STF – como *lei geral* de enfrentamento à Covid-19, nos termos do §1º do art. 24 da CF88<sup>7</sup>, a ser seguida e complementada pelos estados e municípios.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin, em relação a organização de competências prevista na CF88, esclarece:

[...] a União exerce a sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule por lei geral - estou, aqui, a me referir ao § 1º do art. 24 da Constituição - ou por lei complementar - aí, será a hipótese do parágrafo único do art. 23 da Constituição - uma norma que organiza essa cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preferência, a preempção em relação às atribuições dos demais entes. E, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios uma presunção de atuação contra essa preempção (BRASIL, 2021, p. 34-35)

No entanto, tem-se tornado senso comum, de forma quase indiscriminada – inflamado por discursos políticos adversos e pela guerra midiática sensacionalista – que o STF teria dado aos governadores

e feitos amplos poderes, de aspecto em boa parte discricionário, condicionados quase unicamente à motivação de cunho científico. Tal entendimento distorce o real alcance da decisão do Supremo.

Instalou-se um quadro de irracionalidade jurídica pelo país, pois não demorou a aparecer questionamentos sobre a constitucionalidade de medidas impostas nos decretos dos poderes executivos estaduais e municipais. As próprias medidas previstas nos decretos muitas vezes são incompreensíveis e de difícil fiscalização e aplicação prática, como se, no fundo, sua real intenção fosse a contenção moral dos administrados por uma apenas potencial e latente força de coerção.

Não obstante, não deixa de haver aceitação dos decretos e suas medidas por uma considerável parcela da população, que vê nas escolhas lá feitas as únicas viáveis, pelo menos até o advento de uma vacina segura ou do livramento substancial da gravidade do vírus.

A apreensão popular pode ter exigido da Administração a adoção de duras medidas ainda que sua indispensabilidade não tenha sido, em alguns casos, seguramente demonstrada por uma fonte científica segura. Esse estado de dúvida e observação parece influenciar não só os chefes do Executivo na adoção dessas ações, mas também os outros poderes e órgãos controladores que se atentam à cautela pelo receio do erro. Portanto, fatores extrajurídicos como o clamor social e o estado de incerteza científica agravam a atual irracionalidade da operacionalização do sistema jurídico.

Internamente ao ordenamento, a racionalidade depende do correto entendimento do que se pode ou não fazer, com base na Constituição e na lei geral federal 13.979/2020. Primeiramente, as medidas de combate à Covid-19 só deveriam relativizar direitos fundamentais caso essa relativização decorra de norma constitucional ou lei infraconstitucional por aquela autorizada. A submissão de qualquer ato à Constituição é próprio de um sistema de garantias.

O direito de liberdade de locomoção previsto no art. 5º, inc. XV, por exemplo, pelo próprio teor desse dispositivo, só deveria ser restringido quando não se estiver em tempo de paz. De mesma hierarquia constitucional, o inc. XLVI do art. 5º admite a privação ou restrição de liberdade por aplicação de uma pena criminal, a ser regulada por

lei (mandamento constitucional). A limitação de tráfego é admitida quando condicionado ao pagamento de pedágio, conforme norma de igual hierarquia constitucional (art. 150, inc. V). Somente no estado de sítio, com disposições previstas na Constituição, admitem-se as hipóteses de obrigação de permanência de pessoa em localidade determinada ou a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (art. 139).

Com efeito, a lei 13.979/2020 prevê e autoriza a aplicação do *isolamento* e da *quarentena* como medidas de combate à doença. Elas são conceituadas na própria lei (art. 2º), reproduzindo aquilo antes determinado pela Organização Mundial da Saúde no regulamento sanitário de 2005. Por *isolamento* entende-se a 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. A *quarentena*, por sua vez, é a 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.

Portanto, o isolamento e a quarentena, segundo conceituado na lei 13.979/2020 e no regulamento sanitário de 2005 da OMS, não se caracterizariam de imediato como simples medidas de restrição de liberdade, mas formas de tratamento e precaução destinadas a pessoas determinadas e identificadas: o isolamento, para pessoas diagnosticadas; e a quarentena, para as pessoas com suspeitas de contágio. A expressão *restrição de atividades*, citada na conceituação de quarentena, diz respeito às atividades da pessoa suspeita de contágio, em particular – sujeito determinado. Dessa forma, é descabido entender a quarentena como medida de restrição de atividades econômicas ou comportamentais *erga omnes*.

Verifica-se inobservância à lei geral por parte dos estados e municípios que adotam medidas que subvertem o conceito delimitado nessa legislação. Figuras como *isolamento social* ou *isolamento social rígido* não foram previstas na lei federal – tampouco na Constituição.

Outro efeito da atual irracionalidade no sistema jurídico brasileiro em razão da pandemia tem sido a invasão, pelos estados, de competência típica dos municípios. Com a confirmação da competência comum dos entes, tem prevalecido, de fato, a decisão do ente que detém mais poder político, exclusividade do comando da força policial e melhor estrutura nos demais órgãos de fiscalização. Alguns estados-membros restringiram, em todo seu território, atividades cuja regulação e controle são de competência exclusiva dos municípios, contrariando o art. 30 da CF88.

Tal conflito decorre do entendimento equivocado de que a competência comum para cuidar da saúde, prevista no art. 23, inc. II, e do princípio da descentralização dos serviços do SUS (art. 198, I), setores que mais têm relação com políticas de gestão do sistema de saúde propriamente dito (distribuição de medicamentos, descentralização de tratamentos, lotação de profissionais da saúde, construção de unidades de saúde etc.) sejam confundidos com qualquer outra medida de restrição de direito fundamental que nenhuma relação direta tem com o sistema de saúde no sentido aqui apresentado.

Para melhor elucidar os pontos até aqui levantados, toma-se como amostra o recente decreto nº 33.965/2021 do Governador do Estado Ceará, publicado em 04 de março de 2021. O decreto é restrito ao município de Fortaleza e estabelece a política de isolamento social rígido e outras providências.

Constata-se, primeiramente, que o decreto é deficiente quanto à demonstração da motivação técnica nos seus “considerandos”, contrariando o que determina o §1º do art. 3º da lei 13.979/2020, que exige como condição da adoção de qualquer medida a motivação com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde.

Não obstante na época o decreto ter se pautado em fatos públicos e notórios que retratavam o aumento no número e na gravidade dos casos, como também a superlotação dos hospitais, persistiu a lacuna, no documento, da motivação científica da necessidade de cada nova ação de combate para a redução desses números.

Com efeito, o decreto se limita a informar, em tom genérico, que “segundo os especialistas da saúde [sem que se mencione expressamente

quem], para conter esse aumento significativo do número de casos da COVID19, outra solução mais eficaz não há [sem qualquer comprovação da relação causa-efeito], para o atual momento, onde os dados epidemiológicos e assistenciais preocupam, senão instituir a política de isolamento social no município de Fortaleza”.

Se as conclusões científicas são pautadas na demonstração da prova de relação causa-efeito, não houve, nesse decreto em específico, a exibição da fonte científica que tivesse demonstrado que o isolamento rígido, na metodologia que foi pensado e imposto, poderia produzir a diminuição do número de contágios.

O decreto também é inconstitucional e ilegal na medida que cria medida diversa daquelas previstas na lei 13.979/2020 e em desacordo com o sistema de direitos fundamentais constitucionais. Estabeleceu-se na capital do Ceará o *isolamento social rígido*, conceituado pelo próprio decreto como “restrição ao desempenho de atividades econômicas e comportamentais [termos sem correspondência na Lei 13.979/2020], bem como no controle da circulação de pessoas e veículos nos espaços e vias públicas” (art. 1º).

O art. 2º traz um rol de restrições decorrentes do isolamento social rígido: I – restrições ao desempenho de atividades econômicas e comportamentais; II - dever especial de confinamento; III - dever especial de proteção por pessoas do grupo de risco. IV - dever especial de permanência domiciliar; V - controle da circulação de veículos particulares; VI - controle da entrada e saída do município.

Na restrição de atividades econômicas e comportamentais, suspendeu-se o funcionamento de bares, restaurantes, igrejas, cinemas, academias, lojas, shoppings, estabelecimentos de ensino, feiras, espaços públicos etc. Vedou-se a realização de festas ou eventos em ambiente aberto ou fechado, público ou privado. Vários outros setores foram liberados, aqueles de cunho industrial, ou de prestação de serviços públicos essenciais ou relacionados à saúde.

Como se observa dos dispositivos do decreto citado, algumas medidas impostas invadem a competência constitucional do município, como também afrontam de alguma forma direitos fundamentais tutelados na CF88.

Quando o STF reconheceu a competência comum dos entes federados, não ampliou o sentido da expressão “no âmbito de suas competências” situada no texto do art. 3º da lei 13.979/2020. Assim, só caberia ao decreto estadual criar medidas que façam parte do desenho de competência constitucional atribuído ao Estado.

Observa-se no decreto 33.965, de pronto, que as medidas foram aplicadas tão somente no município de Fortaleza. A maioria delas diz respeito ao controle do território e funcionamento de atividades de interesse local, as quais deveriam ser reguladas pelo município por meio de seus alvarás de funcionamento, permissões, autorizações e outros atos administrativos. A circulação de veículos, a ser controlada pelo órgão de trânsito municipal, interesse local, foi restringida pelo ente estatal. A obrigação de confinamento e permanência domiciliar, por sua vez, são exemplos de afronta direta ao art. 5º, XV da CF88.

Em 20 de março de 2021, foi publicado o decreto 33.992 que ampliou o isolamento social rígido a todos os municípios do Estado. A referida invasão de competência constitucional dessa vez é intensificada pelo §2º do art. 1º, que proíbe taxativamente que os municípios adotem medidas menos rígidas daquelas adotadas neste novo decreto. Com isso, a divisão de competências defendida pelo STF, que possibilitaria a observância das particularidades de cada município e território, foi desatendida pelo estado-membro.

Com esse novo decreto, o Estado legislou sobre transporte coletivo local, restringindo a circulação às pessoas em deslocamento para atividades essenciais, interferindo indevidamente em competência constitucional dos municípios conforme estampado no art. 30, I e V da CF88. O decreto ainda proíbe atividades em áreas comuns e de lazer em condomínios, regulamentando matéria eminentemente privada de interesse e responsabilidade exclusivos da assembleia de condôminos, que regula o funcionamento e atividades do condomínio com base em seus estatutos e convenções.

Posteriormente, também com deficiência na exposição de motivação científica, foi publicado o decreto 34.005 prorrogando o isolamento social rígido em todos os municípios do Estado do Ceará até o dia 04 de abril de 2021. Curiosamente, o novo decreto passou a admitir que

os participantes do Campeonato Brasileiro de Basquetebol pudessem realizar treinamento com atletas, com duração de uma hora diária. Este detalhe mostra a elasticidade da discricionariedade do Executivo, que aparenta pautar algumas das medidas de forma casuística e sem motivação científica específica.

Finaliza-se esta abordagem fazendo menção ao artigo 268<sup>8</sup> do Código Penal, instrumento sancionador que amplia as ações estatais temerárias de controle da população, agravando a irracionalidade jurídica aqui mencionada e elevando o tratamento dos conflitos entre Estado e cidadãos ao contexto policial – palco de intensificados abusos e desentendimentos. Com isso, a desobediência de regras simples, como o uso incorreto de máscara, pode, segundo o art. 268, gerar uma persecução criminal contra o cidadão; tudo a depender do que estipular os decretos ou “*qualquer determinação do poder público*”.

A irracionalidade jurídica instalada desde o advento da pandemia é o típico contexto que contrasta com a teoria do garantismo. Ficou nítida a divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores, principalmente nos decretos infralegais. Viu-se na prática o que Ferrajoli alertava sobre o risco das normas constitucionais tornarem-se uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto (2006, p. 786).

Não se tem registro de quanto a efetividade das normas da Constituição de 1988 tivesse sido posta à prova com tamanha intensidade e abrangência. Sem dúvida a carta constitucional é garantista – foi apelidada de Constituição cidadã –, promulgada com a promessa de que o Estado não mais toleraria qualquer ato arbitrário contra os cidadãos.

Certamente o grau de garantismo do sistema constitucional brasileiro é elevado caso se considerem os seus princípios positivados. Contudo, esse grau pode ser bem diminuto caso haja defeitos nas técnicas coercitivas de controle e neutralização do poder ilegítimo (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Alguns decretos infralegais são claros exemplos de antinomias uma vez que divergem substancialmente do direito positivo. Evidenciadas as antinomias, retira-se dos decretos a legitimidade de suas medidas com contornos antiliberais ou arbitrários.

No entanto, vê-se pouca insurgência na comunidade jurídica acadêmica e profissional. No Estado do Ceará, por exemplo, não se tem notícia de questionamentos de inconstitucionalidade de algum decreto perante o Tribunal de Justiça. Há certa postura de inquestionabilidade dessas medidas – alimentada pela decisão do STF, entendida para além do que efetivamente quis que se entendesse – provavelmente pelo risco de se levantar qualquer ideia contrária a ser tachada como subversiva à ideia da proteção da saúde coletiva.

Disso se retira que a *via secundária* de proteção de direitos fundamentais, a cargo da jurisdição, responsável pela remoção das antinomias, passa pelo risco de estar pouco operante ou mal utilizada (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 56).

A perspectiva garantista, contudo, exige o constante estado de dúvida, incerteza e espírito crítico sobre a validade das leis e de suas aplicações. Pressupõe também a mesma observação e análise firmes quanto às fontes que as legitimam juridicamente (FERRAJOLI, 2006, 787).

O atual clamor social, na visão juspositivista de Ferrajoli, não deveria abalar a estrutura e correção do ordenamento. O uso político desse clamor, e a propagação de ideologias políticas nesse contexto de desordem, não deveriam ser causa de quebra do direito positivado, fonte de segurança garantidora dos direitos fundamentais.

Este clamor político e social, conforme observado, tem sido um dos critérios externos ao direito para legitimar a relativização de direitos civis. O uso apelativo desse clamor, paradoxalmente, termina por diluir o garantismo que, por sua vez, é uma teoria crítica das ideologias políticas e jurídicas quanto à influência que exercem no direito:

Uma teoria do garantismo, além de fundar a crítica do direito positivo referente aos seus parâmetros de legitimação externa e interna é, por consequência, também uma crítica das ideologias: das ideologias políticas, sejam estas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem, sob o plano político externo, a justiça com o direito, ou pior, vice-versa; e das ideologias jurídicas, sejam estas normativas ou realistas, que paralelamente confundem, sob o plano jurídico ou interno, a validade com o vigor, ou, ao contrário, a efetividade com a validade (FERRAJOLI, 2006, p. 789).

Uma abordagem garantista do contexto social e jurídico atualmente enfrentado exige, portanto, constante análise crítica dos parâmetros de legitimação interna (do direito) e externa. É necessária uma verificação da coerência dos atuais decretos quanto ao sistema jurídico constitucional vigente; como também essa análise crítica não pode se furtar de incidir no discurso político e social, sobretudo quando pautados em ideologias.

Na ideia de democracia substancial garantista, Ferrajoli defende “*que as decisões tomadas no interior do estado constitucional de direito são limitadas e vinculadas, substancialmente, pelo conteúdo dos direitos fundamentais*” (TRINDADE, 2012, p. 17).

Os prefeitos e governadores, entendendo que o STF teria avalizado qualquer atuação motivada para o combate ao vírus, passaram a exercer nesse período um protagonismo pouco observado na edição de normas, por autoridade executiva, após a promulgação da Carta de 1988. Pelo contrário, a CF88 limitou a liberdade de criação jurídica pelo Executivo, e o embate doutrinário e jurisprudencial sobre a produção e interpretação das fontes jurídicas restringiu-se mais ao Legislativo e ao Judiciário.

Do ponto de vista do garantismo, e de sua tendência juspositivista, se é errada a intervenção, na produção do direito, de um Judiciário ativista e guiado por um constitucionalismo principialista, seria de modo mais intenso não admissível que os chefes dos poderes executivos pudessem inovar o ordenamento jurídico *contra legem* e em desacordo com as normas constitucionais.

Ferrajoli, Streck e Trindade apontam os riscos da inovação normativa por técnicas de cunho principialista:

Estamos, aqui, diante de verdadeiras invenções normativas, em contraste com a submissão dos juízes à lei. Os princípios constitucionais – em especial aqueles que enunciam direitos – são normas prescritivas, que não podem ser neutralizadas por princípios ético-políticos de criação legislativa e, muito menos, jurisprudencial, mas vinculantes para todos os poderes públicos. É esta a substância e o papel garantista do constitucionalismo juspositivista que a abordagem principialista arrisca tornar inútil: o caráter rigidamente normativo dos princípios formulados nas Constituições, não ponderáveis com princípios nelas não expressos e supraordenados a todos os poderes dotados de *potestas* normativa, que prescrevem aquilo que é

proibido e aquilo que é obrigatório decidir, a fim de garantir os direitos fundamentais neles estipulados (2012, p. 45).

Parte das invenções normativas em decretos estaduais e municipais funda-se na ideia de limitação a direitos fundamentais, que estaria lastreada em um raciocínio de ponderação no qual o direito à saúde prevaleceria sobre outros direitos individuais. A “era da ponderação” aproxima-se do Executivo, enfraquecendo o caráter vinculante das normas constitucionais de forma mais grave que o uso do método pelo Judiciário, pois à Administração Pública deveria prevalecer, contrariamente, o exercício da *subsunção* às regras. A ponderação, dessa forma, aplicável exclusivamente aos princípios, é técnica contrária à teoria garantista quando resulta em inovações conflitantes com o ordenamento jurídico positivado (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 46).

Pelo princípio da legalidade do art. 37 da CF88, a Administração Pública, mais que a atividade legislativa ou judiciária, deve ater-se aos exatos limites legais como garantia contra eventuais arbítrios. Ao administrador não se autoriza fazer tudo o que a lei não proibir, mas fazer ou deixar de fazer o que diz o mandamento estampado na lei. A técnica de subsunção, segundo o princípio da legalidade administrativa, é uma obrigação ao gestor público, cuja discricionariedade não pode contrariar a norma constitucional ou qualquer outra norma infraconstitucional superior.

As ações de combate à pandemia disciplinadas nos decretos são exemplos de decisões discricionárias que inovam no campo jurídico, contrastando com normas constitucionais e normas infraconstitucionais. O recorrente apelo a um tipo de raciocínio que estaria vinculado ou se assemelharia à ponderação hermenêutica, de forma indiscriminada, fez dela uma espécie de “bolha terminológica”, “*tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional*” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 47). Ferrajoli *et al.* referiram-se somente ao nível legislativo e jurisdicional, mas a inclusão do Poder Executivo nessa citação não deixa de ser válida. Esses mesmos autores explicam como seria admitido o uso da ponderação em relação aos direitos de liberdade:

Os direitos de liberdade, em especial, geralmente não admitem qualquer ponderação: a sua violação gera antinomias, a menos que não existam limites expressos por regras, como, por exemplo, o limite à liberdade de associação, imposto no art. 18 da Constituição italiana, com a proibição das associações secretas, que prevalece com base no princípio da especialidade. Eles exigem uma ponderação somente quando o limite for expresso por princípios diretivos, como, por exemplo, o genérico princípio da segurança, se este for expressamente formulado por normas do mesmo nível (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 47).

Vê-se que os critérios e limites de ponderação descritos acima não são os mesmos dos adotados em algumas situações vivenciadas no Brasil no período de enfrentamento à pandemia da Covid-19. Certas violações de direitos fundamentais, motivadas pela ponderação em prol da saúde coletiva, configuram-se uma antinomia na medida em que não são embasadas em limites igualmente constitucionais, considerados como princípios diretivos. Para efeitos de comparação, a Constituição da Itália, no seu artigo 16, traz um exemplo de ponderação admitida expressamente no texto constitucional. O mandamento constitucional viabiliza a limitação do direito de liberdade, de maneira geral, mediante lei, por motivo de *saúde* ou de *segurança*.<sup>9</sup>

Não se discute a gravidade do vírus e o alto grau de emergência de saúde pública. A ponderação tem indubitavelmente recaído em favor deste lado. Em prol da manutenção da saúde coletiva, considerada como um princípio mais pesado, ou mais justo ou importante, a restrição de direitos individuais fundamentais tem ocorrido de forma mais ampla e discricionária. Há, no entanto, um equívoco nessa concepção da ponderação pela escolha do princípio mais pesado. O problema diz respeito ao objeto da própria ponderação, pois a escolha é sempre operada em relação ao caso concreto submetido, não às normas que se pretende aplicar. O objeto da ponderação, portanto, não são as normas: são as circunstâncias fáticas por elas reguladas, a fim de qualificar juridicamente e de conotar equitativamente o caso analisado (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 50).

Dito isso, não se trata de se estabelecer qual princípio jurídico é mais importante: se a manutenção da saúde pública ou a proteção dos

direitos individuais. São as circunstâncias do fato concreto que devem ser ponderadas. Deveriam ser claros e motivados os critérios jurídicos, econômicos, sociais e científicos quanto à adoção de cada medida restritiva de direito fundamental – desde que, repita-se, admitidos pelo ordenamento jurídico-constitucional quanto à forma e à substância.

Houve um incremento no poder criativo dos chefes do Executivo, que se transforma num “poder de disposição”, ilegítimo, portanto, independente do fato e das normas serem formuladas como princípios ou como regras, uma vez que invade a competência política das outras funções de governo (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 51).

Vê-se que a pandemia desestabilizou a unidade harmônica do ordenamento jurídico positivado brasileiro. Reconhece-se a necessidade de tomadas de decisões de forma rápida. Eventuais burocracias e observâncias formais de natureza garantidoras, mais arrojadas e demoradas, poderiam prejudicar a eficácia de medidas que pressuporiam aplicação imediata. Por outro lado, quaisquer medidas estranhas à racionalidade do direito interno são incoerentes com o sistema de garantias de Ferrajoli, que alerta para o perigo de que concessões recorrentes, ainda que inicialmente legítimas em certos pontos, transformem-se em políticas indiscriminadas e arbitrárias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As incertezas científicas e o alto grau de contágio do coronavírus exigiram dos poderes públicos adoção de medidas ágeis, ainda que de efetividade não suficientemente comprovada. Esse contexto de urgência e estado de incertezas afetou a racionalidade do sistema jurídico brasileiro com a adoção de imposições de duvidosa constitucionalidade e legalidade por parte de decretos emitidos pelos poderes executivos estaduais e municipais.

O objetivo geral da pesquisa foi atendido com a demonstração – inclusive com análise de decretos específicos do Estado do Ceará – de ações que apresentam discordância com o sistema normativo brasileiro de tutela de direitos fundamentais e distribuição de competências entre

os entes federados, contexto em que se evidenciam sinais de alerta aludidos pelo garantismo.

Pelo método dedutivo empregado nesta pesquisa, partindo-se das premissas gerais da teoria do garantismo e do sistema constitucional brasileiro, cotejadas com o entendimento do Supremo e com os decretos estaduais citados, concluiu-se logicamente pela confirmação da hipótese aventada. Ou seja, pelo modelo de Estado de direito garantista, a decisão da ADI 6.341 não pode ser interpretada admitindo-se criação de restrição de direitos fundamentais por decretos do Poder Executivo, pois a competência dos entes federativos quanto à implementação de medidas administrativas sanitárias não se estende à possibilidade de inovar no sistema jurídico positivado ou limitar norma de direito fundamental prevista no texto constitucional.

Constataram-se possíveis ocorrências de antinomias causadas pelos decretos – como foi o caso dos decretos estaduais do Ceará –, havendo pontos de incongruência com o sistema jurídico positivado: no aspecto material, pelo conflito com normas de direitos fundamentais previstas na CF88; e, no aspecto formal: pela inobservância das regras de organização de competências previstas nos artigos 23, 24 e 30 da CF88.

Evidenciou-se ainda inobservância de decretos estaduais e municipais à lei 13.979/2020, considerada, de acordo com a sistematização do §1º do art. 24 da CF88, *lei geral* de competência da União, com possibilidade de mera complementação por leis regionais específicas, não se admitindo inovação em contraste com os delineamentos gerais. Como amostra disso, abordou-se o desvirtuamento das noções de *isolamento* e *quarentena*, previstos no art. 3º da lei 13.979/2020 e regulamento sanitário da OMS, tornado-os, pelos decretos infralegais, mais graves e restritivos aos direitos fundamentais.

A teoria do garantismo pretende evitar exatamente a desordem no campo jurídico tal qual observada nesse período pandêmico. Diverge-se a normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores, principalmente nos decretos. É o risco concretizado, alertado por Ferrajoli, de parte das normas constitucionais terem se tornado uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto. Pelo entendimento juspositivista de Ferrajoli,

aspectos externos não poderiam ser causa de rompimento da estrutura e correção do ordenamento. O uso político do clamor social e a propagação de ideologias políticas nesse contexto de desordem não deveriam ser causa de quebra do direito positivado, pois dele decorre a garantia firme de direitos fundamentais. O sistema de garantias de Ferrajoli é caracterizado pelo seu rigor formal, cunhado por um Estado constitucional forte, inabalado por pressões externas ao direito, pois, caso contrário, sua ideia de fonte garantidora da estabilidade jurídica e de proteção de direitos fundamentais estaria comprometida pelas recorrentes concessões mal explicadas e irracionais.

Relata-se, por fim, que não foi objeto de pesquisa e questionamento a eficácia científica de eventuais medidas de enfrentamento à Covid-19, abrangendo este trabalho tão somente o enquadramento e método jurídico de aplicação dessas ações.

## NOTAS

- <sup>1</sup> <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghml> (acesso em 17 de março de 2021)
- <sup>2</sup> No âmbito criminal, tem-se utilizado na prática a aplicação do art. 268 do Código Penal: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.
- <sup>3</sup> <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/mulher-sem-mascara-desrespeita-lockdown-e-empurra-pm-durante-abordagem-na-beira-mar-1.3059702> (acesso em 17 de março de 2021).
- <sup>4</sup> Sobre as três concepções de garantismo, cf. COSTA e VERAS NETO (2016, p. 168-169): “Luigi Ferrajoli (2012) distingue três significados para o constitucionalismo garantista: modelo ou tipo de sistema jurídico, teoria do direito e filosofia política. No primeiro, o constitucionalismo garantista se caracteriza, com relação ao que ele chama de “paleo-juspositivismo”, pela posituação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. No segundo, ou seja, como teoria do direito, o constitucionalismo garantista tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito, caracterizando-se pela distinção entre validade e vigência, já que admite a existência de normas vigentes ainda que inválidas, pois, apesar de terem sido produzidas de acordo com as normas procedimentais sobre a sua formação, são incompatíveis com as normas substanciais previstas constitucionalmente. Por fim, como filosofia política, o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia. Não apenas uma abstrata teoria do bom governo, mas sim uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma de governo por ele apresentado”.
- <sup>5</sup> § 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.
- <sup>6</sup> EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI

13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (ADI 6341. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 15/04/2020. Publicação: 13/11/2020.)

7 “§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

8 “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa”.

9 Art. 16 Todos os cidadãos podem circular e residir livremente em qualquer parte do território nacional, observadas as limitações que a lei estabelece de maneira geral *por motivo de saúde* ou de segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas. Todos os cidadãos são livres de sair e de regressar ao território da República, salvo as obrigações de lei.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm)>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.341**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia**. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010.

CEARÁ. **Decreto nº 33.965, de 04 de março de 2021**. Restabelece, no município de Fortaleza, a política de isolamento social rígido como medida de enfrentamento à covid-19, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/decretos-do-governo-do-ceara-com-aco-es-contr-a-coronavirus/>>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Garantismo à brasileira: uma análise crítica à luz da aplicação do princípio da insignificância**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 165 – 187.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 3(1):34-41 janeiro-junho 2011.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. **O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NOTTINGHAM, Andréa de Boni. **O garantismo e a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pelo Supremo Tribunal Federal** in Revista de Estudos Criminais (janeiro/março 2017).

TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v. 5, n.1, 2012.

Recebido em: 9 – 11- 2021

Aprovado em: 14- 6- 2022

### ***Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto***

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2007). Promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Email: chagasneto01@gmail.com

### ***Antonio Jorge Pereira Júnior***

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012, categoria Direito, com o livro “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV” (São Paulo: Saraiva, 2011). Coordenador do Projeto “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017”, classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 2017 a 2019. Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - PPGD - UNIFOR. Professor da Graduação e Pós Graduação Lato Sensu em Direito da UNIFOR. Áreas de docência, pesquisa e publicação: Direito Civil, Direito Civil Constitucional, Teoria Geral do Direito Privado, Direito dos Contratos,

Direito da Criança e do Adolescente, Direito de Família, Poder Familiar, Direito da Comunicação Social, Direito a Privacidade, Metodologia do Ensino Jurídico, Ética. Dissertação de Mestrado e tese de Doutorado vencedoras do Premio Jurídico Orlando Gomes-Elson Gottschalk, conferido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Tese de Doutorado premiada pela Agência de Notícias dos Direitos da Infância em 2007. Aprovado em concurso público para Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fevereiro 2008), na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (janeiro de 2000). Aprovado e efetivado como Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, UNESP (março 2008). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ). Membro da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family. Membro da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr. Email: antoniojorge2000@gmail.com

**Universidade de Fortaleza, Reitoria, Vice Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação.**  
Avenida Washington Soares - até 3737 - lado ímpar  
Edson Queiroz  
60811341 - Fortaleza, CE - Brasil

