

A NECESSIDADE DE CONTROLE CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE ANORMALIDADE PROVOCADO PELA PANDEMIA DA COVID-19

Adriana de Farias Pereira

Mestra em Direito pela Universidade Católica de Brasília 0150 UCB, Brasília/DF, com concentração na área de processo civil e de processo coletivo. Pós-Graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro/RJ. Pós-Graduada em Direito e Processo Eleitoral pela Faculdade Verbo Educacional – Verbo Jurídico, Porto Alegre/RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Procuradora Regional da República. Membro do Núcleo de Tutela Coletiva e Cível, e do Núcleo de Combate à Corrupção Cível – Improbidade Administrativa, da Procuradoria Regional da República da 2ª Região – Espírito Santo e Rio de Janeiro.

Nefi Cordeiro

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba/PR, com concentração na área criminal. Professor Universitário – graduação e pós-graduação, *lato e stricto sensu*. Formado em engenharia civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Curitiba/PR. Ex-integrante do Ministério Público e da Magistratura estadual no Paraná. Juiz e Desembargador Federal do TRF 4ª Região. Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Advogado.

Resumo: Este artigo analisa como um Estado pode responder a um risco de saúde pública internacional e demonstra como o surto da COVID-19 descortinou a necessidade de implementação de uma política de enfrentamento de epidemias de âmbito nacional, para evitar fragilidades nas repartições de poderes da democracia constitucional brasileira. Para tanto, propõe um debate jurídico-compreensivo, levando em consideração aspectos regionais, culturais e sociais do Brasil, para a elaboração de uma legislação epidemiológica própria. Salienta a necessidade de proteção a direitos humanos e de controle das decisões políticas adotadas. Metodologicamente, promove a revisão dos instrumentos jurídicos disponíveis para os países lidarem com situações de anormalidade derivadas de emergências de saúde, bem como da literatura, nacional e estrangeira, referente a direitos humanos, estados de exceção e pandemia.

Palavras-chave: COVID-19. Pandemia. Direitos Fundamentais. Crime de infração de medida sanitária preventiva. Estados de Exceção.

Sumário: **1** Introdução – **2** Da declaração do surto de pandemia da COVID-19 – **3** A regulamentação brasileira – **4** A crise democrática – **5** Elementos de direito constitucional comparado – **6** O direito constitucional de exceção no Brasil – **7** A construção da regulamentação jurídica sobre a pandemia e o retorno da proteção aos direitos fundamentais – **8** Sugestões para o combate eficiente de disseminação de pandemias, diante da necessidade de uma legislação epidemiológica de caráter geral – **9** Os reflexos criminais da legislação atual e da futura – **10** Conclusão – Referências

1 Introdução

Após a declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) relativa ao surto do novo coronavírus pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (2), intensificaram-se, na sociedade mundial, as discussões sobre a legitimidade dos governos para adotarem medidas que restrinjam, total ou parcialmente, direitos e garantias fundamentais para o seu enfrentamento.

No Brasil, além da crise sanitária mundial, emergiu também uma crise política, na qual figuraram, como atores principais, as instituições públicas dos Poderes da República. O combate à disseminação do vírus, em um piscar de olhos, serviu como desculpa para o retorno do enfrentamento das ideologias políticas que protagonizaram o último pleito eleitoral, evoluindo para uma disputa do controle normativo sobre a população brasileira.

Isso porque, diante do estado de anormalidade provocado pelo risco à saúde pública somado à ausência de marco jurídico nacional específico sobre pandemias, criou-se um vácuo regulamentar, cujo preenchimento foi intensamente disputado por estas forças políticas. Até o direito do povo ao uso de um simples medicamento, ainda hoje é objeto de acirrados debates políticos e jurídicos, aos quais foram acrescentadas discussões sobre a obrigatoriedade ou não da vacina contra a COVID-19 e da implementação de um passaporte sanitário.

Esta polarização interna em nada contribuiu para o enfrentamento da crise de saúde pública no país. Ao revés, fez com que a insegurança jurídica tomasse conta do povo brasileiro, do Estado e das instituições democráticas.

A inexistência de previsão constitucional ou legislativa específica para regular o combate do risco de saúde pública propagado pela pandemia citada, deu ensejo a um conjunto de atos normativos elaborados pelo Poder Executivo federal, que visaram dar à situação excepcional, a resposta emergencial necessária, culminando com a edição da Lei nº 13.979/2020 pelo Congresso Nacional, a qual estabeleceu as medidas para enfrentamento da referida ESPII. Esta evolução legislativa será adiante apresentada cronologicamente (3).

Não obstante, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a referida Lei, na parte em que atribuía exclusividade à União para “*dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais – mediante decreto do Presidente da República*” e “*adotar as medidas descritas nos incisos I, II e VI do caput do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020*” para resguardar, “*a autonomia de polícia sanitária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para implementar as referidas providências, de competência administrativa comum (CF, art. 23, II; 198, I, e 200, II)*” (ADI nº 6341/DF, 2020, grifos do autor).

O Supremo Tribunal Federal, instado a dirimir o referido conflito político, estabeleceu que cada governo, estadual e municipal, das diversas regiões brasileiras, possuía total autonomia para fixar o regramento que substituiu o vigente nos estados de normalidade, independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, tendo em vista a competência concorrente, constitucionalmente prevista, para os entes federativos legislar sobre saúde pública (art. 24, inc. XII, da CF) (ADI nº 6341/DF, 2020; ADPF nº 672/DF, 2020).

Em virtude da dimensão geográfica e populacional que o Brasil possui, esta decisão deu ensejo a uma outra pandemia, a de decretos, sem balizas, constitucionais ou legais, que definissem os limites a serem respeitados e sem uma política de tratamento uniforme em âmbito nacional, seja cível ou criminal.

O fato é que, para enfrentar esta situação emergencial, foram impostas pelos governos locais restrições muito duras a direitos fundamentais, porquanto suspensas garantias inseridas na Constituição brasileira de 1988, a qual representou a concretização da vontade política da nação. Erigir os direitos e garantias fundamentais a nível constitucional, à época da elaboração da nossa Carta Magna, significava colocar uma pá de cal aos desmandos de um estado de exceção que perdurou durante anos no Brasil como se de normalidade fosse. Assim, os direitos fundamentais passaram a representar verdadeira “restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado” (CITTADINO, 2000, p. 17).

Em nome da ciência, nos tempos atuais, viu-se violações a direitos fundamentais, talvez sem precedentes, mesmo durante prévios governos com clara concentração de poder. Existiram, por este país afora, determinações de suspensão da liberdade de circulação, da realização de qualquer trabalho, de velar e se despedir de seus mortos, do direito à convivência familiar, do livre exercício dos cultos religiosos, do direito à educação, da dignidade da pessoa humana, entre outros.

É certo que a saúde pública exige limitações coletivas, o risco é esse poder limitador transformar-se em abusivo, violador do núcleo essencial de liberdade individual. Neste ponto, rememora-se as palavras de Kelsen (1881), “não existe doutrina que possa ser eliminada em nome da ciência, pois a alma da ciência é a tolerância” (tradução nossa).

Em razão da situação excepcional da pandemia da COVID-19, o sistema de *accountability*, consubstanciado na aprovação ou autorização, acompanhamento e fiscalização pelo Poder Legislativo das medidas adotadas pelos entes federativos, bem como pelos organismos internacionais de direitos humanos, também foi abandonado.

O povo brasileiro foi submetido a uma (re)politização, necessária neste período anômalo diante do vazio regulamentar, sem quaisquer garantias de proteção contra as mais diversas formas de arbitrariedades. É preciso se ter em mente que

os decretos emanados de governadores e prefeitos produziram reflexos também na área criminal. Com base nas referidas determinações públicas, pessoas foram detidas, muitas mediante tratamento degradante (SACHETO; VIAPIANA; G1 RIO; TORRES; KALLEMBACH, 2020).

Como não refletir sobre se, no Brasil, é aceitável abandonar as certezas democráticas e constitucionais e autorizar a privação de direitos e liberdades fundamentais durante o enfrentamento de uma grave emergência de saúde? Como não discutir se a população brasileira deve ficar sujeita a subjetivismos governamentais sem qualquer tipo de filtro e se podem meras regulamentações públicas servir de complemento para aperfeiçoamento de tipos penais, a importar em violência estatal à segurança penal do cidadão brasileiro? Complexas as discussões, ainda mais suas respostas, mas imprescindível é o debate, social e acadêmico.

Objetivou este artigo, primeiramente, discutir o fundamento teórico do enfrentamento à pandemia realizado pelo Brasil, na emergência de saúde pública internacional gerada pela COVID-19, e salientar possíveis violações constitucionais realizadas em nome desta ação. Sob este enfoque, concluiu-se pela necessidade da edição de normas epidemiológicas prévias a eventuais situações emergenciais de saúde pública, com regulamentações de caráter geral, acolhendo contribuições dos mais variados ramos da ciência e com a intensa e permanente participação popular.

Ressalta-se que a maior parte dos países, diferentemente do Brasil, já possuíam mecanismos jurídicos constitucionais para enfrentamento de riscos à saúde pública, apresentados no tópico elementos de direito constitucional comparado (4), em virtude de suas experiências anteriores com desastres ambientais de causas naturais ou não, principalmente na Europa, como, por exemplo, as ondas de calor que a afetaram em 2003,¹ que, sem sombra de dúvidas, contribuíram para uma maior conscientização de seus dirigentes nacionais.

A normatização, ora sugerida, poderia servir como parâmetro estratégico estatal e impor limites às diversas autoridades e governos locais, além de prever a responsabilização criminal por excessos praticados pelo gestor público, para preservar a população brasileira de excessos – todo poder exige limite e controles.

O artigo analisa, igualmente, a proliferação desordenada de decretos editados pelos governos locais, gerando confusão e distinções injustificáveis no tratamento da pandemia, com apoio inclusive em ameaças penais para a proteção

¹ As ondas de calor que afetaram a Europa em 2003, causando a morte de milhares de pessoas, na sua maioria idosos, foram tratadas como uma epidemia e exigiu que os Estados intervissem “no sentido de impedir, gerir e reduzir os impactos no plano da saúde e no plano político e simbólico”, o que levou a OMS-Europa e os diversos países da região a “desenvolverem instrumentos de tomada de decisão para resposta rápida e estratégias de comunicação para situações de risco relacionadas com as ondas de calor” (MENDES, 2013, p. 43).

sanitária e com riscos à preservação de fundamentais direitos dos cidadãos, a justificar a necessária evolução também da legislação penal.

2 Da declaração do surto de pandemia da COVID-19

A Organização Mundial da Saúde (OMS) é o organismo internacional que dirige e coordena as respostas sanitárias a serem adotadas pelos países-membros durante as emergências de saúde públicas (WHO.INT., 2020). O instrumento jurídico internacional, adotado pela OMS e pelos 196 países dela integrantes, é o Regulamento Sanitário Internacional, que foi implementado para cumprir a meta de aplicação universal de “proteção de todos os povos do mundo contra a propagação internacional de doenças” (art. 3, do RSI).

O RSI recomenda aos estados partes que introduzam nos ordenamentos jurídicos nacionais marcos jurídicos que facilitem a execução dos direitos e obrigações das partes integrantes, seja através de lei ou de qualquer outro instrumento normativo.

É expressa, porém, a ressalva de que os países membros possuem “o direito soberano de legislar e implementar a legislação a fim de cumprir suas próprias políticas de saúde” (art. 3 e 4 do RSI), em observância ao disposto na Carta das Nações Unidas e nos princípios de direito internacional.

Também é o RSI que autoriza a OMS a declarar Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). A ESPII é uma recomendação, de caráter temporário (art. 15), feita para os países integrantes, em razão de um evento extraordinário que constitua um risco de saúde pública, devido à propagação internacional de doença que exija uma resposta internacional coordenada (art. 1 do RSI).

Em 30/01/2020, a OMS declarou ESPII relativa ao surto do novo coronavírus, denominado “Doença Respiratória de 2019-nCoV” (DANTAS, 2020), a fim coordenar externamente o combate da doença e solicitar que os diferentes governos promovessem ações coordenadas no âmbito do respectivo país. No entanto, somente em 11/03/2020, a OMS declarou o surto da pandemia de COVID-19 (WIKIPÉDIA, 2020).

O surto epidêmico do novo coronavírus foi a sexta ESPII declarada pela OMS, sendo a primeira o da gripe H1N1 (2009-2010), depois, o da poliomielite (2014-em curso), do ebola (2014-2016), do zika vírus e suas complicações como microcefalia e síndrome de Guillain-Barré (2014) e o do ebola 2019 (em curso) (WHO. INT, 2020).

A limitação imposta para o exercício do direito da OMS de recomendar, bem como para os Estados membros darem uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças, é a observância dos seguintes princípios:

a) serem medidas proporcionais e restritas aos riscos para a saúde pública, e que evitem interferências desnecessárias com o tráfego e o comércio internacionais; b) o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas; e c) considerarem evidências científicas disponíveis de risco para a saúde humana ou, quando essas evidências forem insuficientes, as informações disponíveis, incluindo informações fornecidas pela OMS e outras organizações intergovernamentais e organismos internacionais relevantes (arts. 3, 15 e 45 do RSI).

Para a doutrina internacional, estas limitações servirão de norte para o controle de legalidade das medidas adotadas pelos Estados membros.

3 A regulamentação brasileira

No Brasil, o Poder Executivo, em consonância com a OMS, primeiramente editou o Decreto nº 10.211 de 30/01/2020, instituindo Grupo Executivo Interministerial de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional, que seria o Ponto Focal Nacional referido pelo RSI (art. 4). Por sua vez, o Decreto nº 10.212 de 30/01/2020, promulgou o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional – RSI, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde – OMS –, em 23/05/2005.

Em 03/02/2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 188, declarando Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV), autorizado pelo Decreto nº 7.616/11, que introduziu no Brasil a possibilidade de declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) e instituiu a Força Nacional do Sistema Único de Saúde.

Esta foi a segunda ESPIN declarada no Brasil, sendo a primeira em “decorrência do vírus Zika e sua associação com a microcefalia e outras alterações neurológicas”, cujo fim foi declarado em 1/05/2017 pelo Ministério da Saúde (2020).

Posteriormente, foi editada a Lei nº 13.979/2020 que estabeleceu as medidas para enfrentamento da ESPII da COVID-19, vírus responsável pelo surto iniciado em Wuhan, na China, em 2019. Apesar da ausência de casos de coronavírus confirmados no Brasil, houve urgência na tramitação do respectivo projeto de lei, pois o Governo Federal necessitava repatriar os brasileiros que se encontravam em Wuhan, vez que não havia marco nacional que impusesse o regime de quarentena ao qual eles deveriam ser submetidos quando retornassem ao Brasil.

Ventura, Aith e Rached (2020), informam que:

Foi deflagrada então a ‘Operação Regresso à Pátria Amada Brasil’, que compreendeu o chamado ‘resgate’ de 34 brasileiros que se encontravam em Wuhan por intermédio de dois aviões da Força Aérea Brasileira (FAB), e sua subsequente submissão à quarentena, juntamente com 24 profissionais que acompanharam a missão, na Base Aérea de Anápolis (GO), durante 14 dias.

Após, mediante a Portaria nº 356 de 11/03/2020, expedida pelo Ministério da Saúde, a Lei supramencionada foi regulamentada, estabelecendo-se os conceitos das medidas restritivas de direitos, seus limites, competência, enfim, o necessário para sua operacionalização.

Ocorre que, em nenhum destes instrumentos normativos, foram previstas sanções pelo descumprimento das medidas necessárias ao combate da doença, nem mesmo no RSI, porquanto “uma medida de saúde não inclui medidas policiais ou de segurança” (art. 1, RSI).

Não obstante, para dar compulsoriedade às medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979/2020, foi editada a Portaria Interministerial nº 5/2020, pelos Ministérios da Justiça e da Saúde, prevendo a responsabilidade pelo seu descumprimento, que seria a possibilidade de sujeição dos infratores às sanções penais previstas nos artigos 268 e 330 do Código Penal (CP).

Respeitando os princípios internacionais que informam os Estados-membros na adoção de medidas de combate à propagação de doenças, bem como em atenção aos princípios limitadores do poder punitivo do Estado, a referida Portaria estabeleceu que, para a validade da determinação de isolamento ou de quarentena, seria necessário, além da observância do disposto na Lei nº 13.979/2020, a “comunicação prévia sobre a compulsoriedade da medida, a indicação médica ou de profissional de saúde e o ato específico das autoridades competentes à pessoa afetada” (art. 4º).

Ventura, Aith e Rached (2020), entendem que a própria imposição de quarentena por esta Lei já representa uma medida complexa, tanto sob o ponto de vista operacional quanto ético:

A literatura especializada apresenta reservas sobretudo em relação ao tratamento obrigatório (art. 4º, III, e) e à quarentena (art. 4º, II). Quanto ao primeiro, trata-se claramente de ‘uma situação-limite em saúde pública’, eis que os ‘códigos de Ética Médica só autorizam um tratamento imposto contra a vontade do paciente em situações de

iminente risco de vida’; no que tange à quarentena, estudos demonstram a ‘baixa efetividade dos métodos coercitivos’ e também deterioração das condições gerais de vida dos pacientes quarentenados.

Veio o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341/DF, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672/DF, cujo Relator foi o Ministro Alexandre de Moraes, e decidiu que a competência dos demais entes federativos para adotarem medidas de enfrentamento à pandemia era comum, independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário.

Tratava-se de compreensão protetiva da saúde, reconhecidamente de competência comum estatal, mas que precisaria de um necessário controle uniforme nacional. A Suprema Corte acertou ao reconhecer a prevalência da vida, mas o sistema normativo brasileiro – ou nossa execução desse sistema –, falhou ao não implementar essa uniformidade de tratamento.

Ao par da plena legitimidade regulamentadora local conferida, o direito penal passou perigosamente a ser usado como instrumento de controle social. A força extrema do direito penal o faz respeitado, mas justamente por isso exige sua aplicação subsidiária.

Malgrado, sucederam notícias de prisões possivelmente abusivas de cidadãos, o que levou o Governo Federal a revogar a Portaria nº 5/2020 com a edição da Portaria nº 09/2020, que salientou, em seu artigo 1º, dever ser assegurado ao cidadão, “o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, em conformidade ao que preconiza o artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional”.

Este estado de anormalidade provocado pelo risco à saúde pública tornou claro o vácuo regulamentar de políticas de enfrentamento a pandemias, com preenchimento disputado, de forma intensa, por variados entes estatais – a par da inaceitável intromissão de ideologias políticas no que deveria ser tecnicamente definido como estratégia governamental em epidemias. Instaurou-se, em decorrência dessa disputa, uma crise política.

Sintomática foi a citação muitas vezes repetida da Lei de Segurança Nacional (AUGUSTO, 2020), ato normativo de época concentradora do poder estatal, muito utilizado na nossa história política em momentos não caracterizadores da democracia social.

Além da crise sanitária e política, enfrentou-se uma crise democrática, com riscos à normalidade normativa, porquanto um “procedimento de exceção substitui a Constituição como uma forma de organização política” (PAYE, 2004, tradução nossa),² ocasionando instabilidade na estrutura estatal.

² Original: “La procédure d’exception se substitue à la Constitution comme forme d’organisation du politique” (PAYE, 2004).

4 A crise democrática

Nas decisões liminares, na ADI 6341/DF e na ADPF 672/DF, a Suprema Corte brasileira, ao reconhecer a competência comum dos demais entes federativos para adotarem medidas mesmo em contrariedade a regras estabelecidas pela União, não fixou – o que em verdade deveria suceder por execução federal –, procedimento ou órgão uniformizador (ao menos como regulação geral, a ser especificada localmente) das medidas extraordinárias de combate a pandemia do COVID-19.

A plena autonomia local para definição de medidas sanitárias, inclusive coercitivamente e com inserção do direito penal, traz riscos aos direitos fundamentais – se já se verificam exageros no uso do direito penal para regulação social, seu uso é ainda mais perigoso com competência dispersa e em situação excepcional.

Note-se que sequer houve observância do regramento constitucional previsto para a decretação de estado de exceção, nem da Lei nº 13.979/2020, e muito menos dos atos normativos que a regulamentaram.

Os referidos decretos locais não se submeteram a controles próprios de um Estado Democrático de Direito, com aprovação ou autorização do Poder Legislativo respectivo, tampouco à fiscalização e ao controle de suas execuções, em total dissonância com o estabelecido no RSI e com os valores consagrados na CF/88.

Corao (2020), afirma que “os congressos e parlamentos, assim como a justiça, não podem ser colocados em quarentena, porque assim entrariam em quarentena a Constituição, a democracia, o Estado de Direito e os Direitos Humanos” (tradução nossa).³

Salienta-se que o direito internacional sobre direitos humanos impõe que, quando um Estado-membro suspende direitos fundamentais durante uma crise, ele é obrigado a informar ao organismo internacional, ao menos em duas oportunidades (art. 4 do PIDCP, e art. 27 da CADH), para a realização do devido controle, como bem notou Emmons (2020).

A legitimidade de uma emergência e a proporcionalidade de restrições podem ser contestadas por dois caminhos em nível internacional: tribunais internacionais e monitoramento ativo. Estes organismos têm poucas ferramentas sancionadoras ou de fazerem cessar uma violação a direitos humanos. A única forma que possuem é chamar atenção para o problema, mas o controle existe e precisa ser observado.

Nos países onde a democracia já estava totalmente consolidada, também se iniciaram discussões sobre os cuidados que deveriam ser adotados para que

³ Original: “Por ello los congresos y parlamentos, así como la justicia, no pueden ponerse en cuarentena, porque así entrarían en cuarentena la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos” (CORA, 2020).

os direitos fundamentais não fossem descaracterizados pelo poder constituído. Isto porque, como salienta Emmons (2020), as emergências estão nos olhos de quem as vê e, não é porque um estado de emergência foi decretado, que ele foi bem decretado.

Não obstante, nestes países, as autoridades responsáveis pela execução das medidas protetivas à saúde em tempos de pandemia, ficaram sob fiscalização permanente do parlamento respectivo, como pode-se observar nos textos de Terrinha (2020) sobre Portugal, Cerquozi (2020) e Covella (2020) sobre a Itália, e Ruiz-Rico (2020) sobre a Espanha.

Terrinha (2020) ainda salientou que, para além das questões atinentes à “bondade do seu propósito (e da proporcionalidade das suas medidas)”, cumprirá sempre à “classe política e aos juristas averiguar, em tempos considerados normais”, se foi adotada o tipo de “resposta adequada ao problema pandémico” enfrentado.

Por outro lado, em países com maior concentração de poder, como a Hungria, as Filipinas e a Venezuela, o combate à pandemia parece ter servido como pano de fundo para a prática das mais diversas medidas antidemocráticas. Corao (2020) informa que, na Venezuela, o decreto que suspendeu direitos fundamentais também não foi editado com observância dos ditames constitucionais ou legais, tampouco foi submetido à Assembleia Nacional ou a qualquer controle fiscalizatório:

[...] na Venezuela, o decreto de estado de emergência (estado de alarme) para enfrentar a pandemia causada pelo Covid-19, contém uma série de violações constitucionais e convencionais, como a ausência de regulamentos que regulem os direitos não declarados, mas restringidos, a auto-capacitação presidencial de competência dos poderes legislativos, a delegação de poderes reguladores a seus ministros e a violação do dever de enviar o decreto à Assembleia Nacional para consideração (aprovação ou desaprovação). Além disso, mesmo antes da publicação deste decreto no diário oficial, algumas das medidas restritivas à circulação de pessoas e voos internacionais foram adotadas. O governo autoritário de Maduro adotou uma série de medidas arbitrárias durante o estado de emergência, como a prisão de vários jornalistas e médicos, por fornecer informações ou opiniões sobre a pandemia na Venezuela. Tudo isso é uma clara violação de direitos, como a liberdade pessoal e a liberdade de expressão, que, de acordo com a lei venezuelana, não só não podem ser restringidos durante os estados de emergência, mas, em qualquer caso, não são legalmente permitidas nem necessárias, nem coerentes, nem razoáveis, nem proporcionais. Segundo informações da organização não governamental ‘Fórum Penal Venezuelano’, de 13 de março de 2020, quando foi decretado o estado de alarme, até 7 de abril, um total de

33 pessoas foram detidas arbitrariamente. Muitas dessas prisões foram realizadas contra políticos da oposição, líderes sociais e simplesmente cidadãos de setores populares que protestavam contra a suspensão dos serviços públicos de água ou eletricidade ou contra a restrição do fornecimento de gasolina. (tradução nossa)⁴

O referido autor afirma, acertadamente, que “a pandemia causada pela Covid-19, deve ser enfrentada pelo direito democrático, se não queremos que este vírus acabe também com o Estado de Direito, com a Democracia e com os direitos humanos” (CORAQ, 2020, tradução nossa).⁵

5 Elementos de direito constitucional comparado

Ruiz-Rico (2020) esclarece que, historicamente, existem três formas de os países democráticos lidarem com o estado de exceção em suas constituições: a) há constituições que preveem a possibilidade de suspensão de direitos, individuais ou coletivos, próprias de estados de emergências e outras que, diante do silêncio constitucional, permitem aos parlamentos editarem leis para enfrentarem a crise excepcional; e b) há constituições que proíbem expressamente qualquer suspensão dos direitos fundamentais nela previstos, como a da Bélgica.

⁴ Original: “En otros casos, como Nicolás Maduro en Venezuela, el decreto de estado de excepción (estado de alarma) para enfrentar la pandemia causada por el Covid-19, contiene una serie de violaciones constitucionales y convencionales, como la ausencia de las regulaciones que reglamentan los derechos no enunciados pero que quedan restringidos, la auto-habilitación presidencial de facultades legislativas, la delegación de facultades regulatorias a sus ministros, y el incumplimiento del deber de remitir el decreto a la Asamblea Nacional para su consideración (aprobación o improbación). Además, aún antes de la publicación de ese decreto en la gaceta oficial, se adoptaron algunas de las medidas restrictivas de la circulación de personas y de vuelos internacionales²⁴. El gobierno autoritario de Maduro ha adoptado una serie de medidas arbitrarias durante el estado de excepción, como la detención de varios periodistas y de médicos, por dar informaciones u opiniones con relación a la pandemia en Venezuela. Todas estas son claras violaciones a derechos como la libertad personal y la libertad de expresión, que, conforme al Derecho interno venezolano, no sólo no pueden ser restringidos durante los estados de excepción, sino que en todo caso, no son medidas jurídicamente ni necesarias, ni conducentes, ni razonables ni proporcionales. Conforme a la información de la organización no gubernamental “Foro Penal Venezolano”, desde el 13 de marzo de 2020, cuando fue decretado el estado de alarma, hasta el 7 de abril, un total de 33 personas habían sido detenidas arbitrariamente²⁵. Muchas de estas detenciones han sido llevadas a cabo en contra de políticos de oposición, líderes sociales y simplemente ciudadanos en sectores populares que estaban realizando protestas contra la suspensión de servicios públicos de agua o electricidad, o ante la restricción del suministro de gasolina” (CORAQ, 2020).

⁵ Original: “la pandemia causada por el Covid-19 debe ser enfrentada desde el Derecho democrático, si no queremos que este virus termine también con el Estado de Derecho, con la democracia y los derechos humanos” (CORAQ, 2020).

Ainda segundo o referido autor, dentre aqueles países nos quais as medidas excepcionais de suspensão de certos direitos fundamentais estão previstas expressamente nas constituições, há aqueles que não concentram todo o poder em uma instituição somente, como a Espanha, a Itália e Portugal (RUIZ-RICO, 2020).

Distinguem-se os países na concentração de poder. Enquanto a França regula o tratamento da pandemia concentrado no Executivo, a Alemanha, por exemplo, não permite que o poder, em períodos de anormalidade, concentre-se em maior medida em um Poder específico (RUIZ-RICO, 2020). Cabe ressaltar que a Constituição alemã, no tocante ao respeito aos direitos fundamentais, influenciou bastante a Constituição dos demais países europeus, como bem esclareceu Lopes (2005).

Quando a possibilidade de decretação do estado de emergência está prevista na Constituição do país, permitindo suspensão de direitos fundamentais e adoção de medidas coercitivas, esta regulamentação possui caráter geral e serve de limite ao Poder Executivo, bem como evita possíveis abusos de poder político.

Por outro lado, quando a Constituição é silente, o Poder Legislativo possui maior autonomia para lidar com a situação de anormalidade. Esta era a solução constitucional adotada na Espanha até a promulgação da Constituição de 1978. Porém, envolve certos riscos, notadamente o de desacreditar a Declaração de Direitos consagrada na lei fundamental (RUIZ-RICO, 2020).

A decretação de estados excepcionais importa, na maior parte dos países que os autorizam em suas Constituições, em uma concentração maior de Poder no Executivo, pois ele abarcará as funções de regular aquele estado de anormalidade. Consequentemente, as competências dos outros Poderes sofrem uma modificação provisória.

Ressalta-se que os princípios que devem ser respeitados em estados de exceção, especialmente em situações de anormalidade decorrentes de epidemias, são os da duração limitada, da necessidade e da proporcionalidade. Este último é denominado por Ruiz-Rico (2020) de princípio da “graduação” de medidas excepcionais. Estes princípios garantem que o Poder Executivo seja controlado e não se transforme em um poder absoluto.

A necessidade de regulamentar o estado de exceção, de forma a evitar uma concentração de poderes exacerbados no Executivo; de informar as balizas de sua atuação; de controlar os atos governamentais praticados, de proteger direitos humanos e o próprio estado democrático de direito, é o grande desafio na ordem jurídica das diversas nações.

Sem embargo, há certos direitos e garantias que, de acordo com os tratados e tribunais internacionais, como a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,

não podem ser suspensos em nenhuma hipótese, como o direito à vida, a proibição da tortura e o princípio da legalidade penal (CORAÓ, 2020). É a salutar definição de um núcleo essencial de garantias do cidadão.

6 O direito constitucional de exceção no Brasil

As diversas Constituições brasileiras dispuseram sobre o estado de exceção, que passou por várias transformações ao longo de sua história política, sendo regulado também em atos normativos, como o Ato Institucional nº 5/89 e a Lei de Segurança Nacional,⁶ considerados extremamente draconianos.⁷ Godoy (2016) esclarece que:

O estado de exceção marcou substancialmente e com mais intensidade quatro momentos da história política do Brasil, designadamente, a ditadura de Floriano Peixoto, disfarçada de volta à legalidade (Caronne, 1988, p. 23), o golpe do Estado Novo, camuflado por Getúlio Vargas como plano de combate a integralistas e a comunistas (Henriques, 1991, p. 395 e ss.), e as duas grandes intervenções militares de 1964^[8] e de 1968^[9] (Gaspari, 2002). (itálico no original, notas nossas)

Rompendo com esta então realidade, a Constituição Federal brasileira de 1988 (CF), além de dar aos direitos e às garantias fundamentais *status* constitucional, previu mecanismos excepcionais para vigorarem em situações de anormalidade que são o estado de defesa (art. 136), o estado de sítio (art. 137) e a intervenção federal (art. 34).

⁶ A Lei de segurança Nacional foi elaborada por Vicente Rao, nomeado por Getúlio Vargas Ministro da Justiça em 1934, a fim de eliminar resistências políticas.

⁷ A Constituição de 1937 autorizava que o Presidente, durante o estado de exceção, poderia, com autorização do Congresso, suspender imunidades parlamentares, “se houvessem suspeitas de envolvimento com conspiração que atentasse contra a segurança do Estado (Constituição de 1937, art. 169)” (GODOY, 2016).

⁸ O Ato Institucional nº 1/1964 foi precedido de uma Carta à Nação, na qual explicou-se que o Poder Constituinte manifestar-se-ia pela eleição popular ou pela revolução, sendo esta última, a “forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte”. Segundo a referida Carta, a revolução, que foi denominada de “Revolução Vitoriosa”, distinguir-se-ia “de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduziria, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação”.

⁹ O Ato Institucional nº 5/1968 (Presidente Arthur da Costa e Silva), como consta na exposição de motivos, “visava a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção”, não obstante o seu caráter arbitrário.

A CF dedica o Título V para tratar da defesa do Estado e das instituições democráticas, contexto no qual historicamente sempre se inseriu o estado de exceção nas Constituições anteriores, estabelecendo regras rígidas para vigorarem durante o estado de defesa e de sítio, a fim de prevenir arbitrariedades ou abusos de poder, dada a suspensão ou restrição temporárias a direitos e garantias fundamentais.

A decretação dos estados de exceção compete privativamente ao Presidente da República (art. 21, V e art. 84, IX e X), através de decreto, desde que aprovada pelo Congresso Nacional, nos casos de estado de defesa ou de intervenção federal e autorizada, no caso de estado de sítio (art. 49).

O estado de defesa somente poderá ser decretado em locais restritos e determinados, para preservar “a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza” (art. 136), podendo ser adotadas, exclusivamente, as medidas coercitivas especificadas no inc. I do §1º do art. 136 da CF.

Por sua vez, o estado de sítio (art. 137), está previsto para as hipóteses “de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (inc. I), bem como de “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (inc. II).

No primeiro caso, as medidas coercitivas somente poderão ser as previstas no artigo 139 da CF. No segundo, qualquer garantia poderá ser suspensa, porém, o decreto presidencial estará sujeito a controle de constitucionalidade.

O denominado por Resende (2013) como “sistema constitucional das crises”, deverá observar os princípios constitucionais da necessidade, da proporcionalidade e da temporariedade (art. 138 e §1º do art. 136), que serão os parâmetros para o *accountability* das medidas excepcionais previstas constitucionalmente e as a serem adotadas por decisão política do Presidente da República.

O controle político do estado de exceção caberá ao Poder Legislativo, ao qual incumbe, não somente a aprovação ou autorização de sua decretação, como também a fiscalização da execução das medidas coercitivas adotadas, mediante comissão composta de cinco de seus membros (art. 140), sem prejuízo do controle judicial, “*a tempore e a posteriori*” pelo poder judiciário (RANGEL, 2016). Ao término do estado de defesa ou de sítio, poderão os executores das medidas, ou seus agentes, responderem pelos ilícitos eventualmente cometidos (art. 141).

No tocante à intervenção federal, esta é regulada nos artigos 34, 35 e 36 da CF e acarreta a suspensão temporária da autonomia dos Estados ou dos Municípios, e não de direitos e garantias fundamentais.

Perceba-se que estes mecanismos jurídicos constitucionais, de defesa do Estado e das Instituições Democráticas, previstos no Título V da Carta Magna são

de iniciativa do Presidente da República. Portanto, ferramentas disponibilizadas ao Chefe de Estado, para que, diante de acontecimentos extremados, possa adotar medidas de dimensões políticas internas e externas de forma rápida, legítima, limitada e contida pelo próprio ordenamento constitucional, com o intuito de proteger a *Nação Brasileira*, preservando-lhe a harmonia social, valor este protegido no preâmbulo da CF/88.

Por outro lado, é natural que, diante de situações de riscos extremos, aflorem disputas políticas internas sobre a melhor forma de gerir a crise, o que pode gerar fragilidades nas *Instituições Democráticas*, motivo pelo qual, os mencionados instrumentos revelam a preocupação da Nação brasileira com a redução deste impacto nas estruturas do Estado, para a preservação do pacto federativo, bem como da harmonia e independência entre os Poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 1º e 2º da CF/88).

Da exposição feita, nota-se que a Constituição de 1988 não previu instrumentos de exceção para lidar com Emergências de Saúde devido a surtos epidêmicos. Porém, a pandemia da COVID-19 surpreendeu o mundo, desafiando a adoção de medidas políticas rápidas de gestão de riscos nunca vivenciados, gerando o caos até mesmo em países que possuíam planejado o combate a epidemias em seus ordenamentos jurídicos.

O Estado precisava agir para administrar os impactos negativos inesperados desta crise mundial, no plano da saúde, no político e no da comunicação social, buscando informar, conscientizar, reduzir o medo e estimular a confiança do cidadão brasileiro. Sobreleva-se de importância, neste cenário, as funções de Chefe de Estado do Presidente da República, de proteção da nação e das instituições democráticas.

Porém, em situações extremas, o tempo não é o melhor aliado. O processo de emenda constitucional seria mais complexo e demorado do que o de produção legislativa, apesar dos riscos que a regulação desta situação de anormalidade por lei pudesse representar aos valores de Estado e aos direitos fundamentais, dado a sua possível interpretação como política de governo.

7 A construção da regulamentação jurídica sobre a pandemia e o retorno da proteção aos direitos fundamentais

Na Constituição brasileira de 1988, como dito, há a previsão de que as “calamidades de grandes proporções na natureza” autorizam o Presidente da República a decretar o Estado de Defesa, mas é silente com relação a pandemias. O conceito

de calamidade pública é fornecido pelo Decreto nº 7.257/2010, que a restringe a uma “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem em comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (art. 2º, IV).

De acordo com este Decreto, estado de calamidade pública somente pode ser reconhecido aos Estados e municípios pelo Poder Executivo Federal (art. 7º), porquanto, no plano nacional, seria facultado ao Presidente da República lançar mão do Estado de Defesa.

O Governo Federal, portanto, com base no referido instrumento legal, socorreu os demais entes federativos, entretantes, precisaria gastar mais em saúde pública do que o previsto e aprovado na Lei Orçamentária Anual (LOA) para o ano. A solução adotada foi ser reconhecido pelo Senado Federal o estado de calamidade pública no Brasil em decorrência da pandemia do coronavírus, sendo editado, para este fim, o DL nº 6/2020.

Por outro lado, diante do silêncio da Constituição e da necessidade de adoção de medidas intervencionistas pelo Estado, que, entretanto, não poderiam representar uma ruptura com o ordenamento jurídico nacional, fez-se necessária a edição da Lei nº 13.978/20, e dos atos subsequentes para sua regulamentação, seguindo os princípios e propósitos do Regulamento Sanitário Internacional.

Esta Lei seria o limite imposto pelo Estado Democrático de Direito às ações promovidas pelas autoridades locais, haja vista a impossibilidade prevista na CR/88 de se suprimir direitos e garantias fundamentais (art. 60, §4º) por emenda à Constituição ou pela prática de atos intervencionistas adotados com base em decisão judicial sem o devido controle do Poder Legislativo.

Porém, nas decisões, então liminares, na ADI 6341/DF e na ADPF 672/DF, a Suprema Corte brasileira, ao reconhecer a competência comum dos demais entes federativos para adotarem medidas, mesmo em contrariedade a regras estabelecidas pela União, não fixou os parâmetros que os orquestrariam, vale dizer, a forma de controle de eventuais atos regulamentares e de medidas coercitivas porventura adotadas; de como se daria a colaboração entre as unidades federativas e quais direitos fundamentais deveriam ser resguardados, o que era imprescindível, dada a existência do vácuo regulamentar, de conflitos políticos que emergiram naturalmente da situação excepcional, bem como do número de estados e de municípios que o Brasil possui.¹⁰

A nossa Corte Suprema também acabou por concentrar o controle dos atos normativos no Judiciário, e somente *a posteriori*, permitindo a restrição de direitos

¹⁰ De acordo com dados do IBGE, o Brasil possui 5.570 municípios (2020). Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 04 nov. 2021.

fundamentais *a priori*, como podemos extrair da decisão exarada na Reclamação Constitucional nº 39.997/SP, de Relatoria da Ministra Rosa Weber:

O problema constitucional em exame, direito de ir e vir dos cidadãos idosos do Município de São Bernardo do Campo, comporta soluções jurisdicionais a serem construídas a partir da compatibilidade das medidas restritivas às realidades regional e local de cada unidade federativa, tendo em vista a feição descentralizada que conforma a metodologia de enfrentamento e combate da pandemia da Covid-19 no Estado Federal brasileiro.

Ressalta-se que a CF/88 estabelece que, para a coordenação interna de um estado de exceção, a concentração do poder há que estar situada no Poder Executivo Federal, que será devidamente controlado. Estes são dois princípios que fazem um estado de exceção ser constitucional.

No direito constitucional comparado, percebe-se que na Alemanha, por exemplo, não se autorizou que uma situação de crise implicasse em concentração de poder no Judiciário, tampouco na suspensão de um núcleo de direitos fundamentais (RUIZ-RICO, 2020).

Cabe trazer à colação a decisão do Tribunal Constitucional (TC) alemão,¹¹ que Corao (2020) considera um exemplo de boa prática de controle de constitucionalidade em época de pandemia, o qual demonstra que o papel principal do Judiciário deve prestigiar, em primeiro plano, as liberdades e direitos fundamentais:

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (TC) decidiu contra uma decisão do Tribunal Administrativo de Giessen e do Tribunal de Hesse, que validaram a proibição da convocação de uma série de protestos contra a restrição de direitos, durante o mês de abril 2020. Em sua decisão, o TC observou que esses tribunais ‘erroneamente assumiram que a portaria do estado de Hesse para combater o coronavírus contém uma proibição geral de concentração de mais de duas pessoas, que não pertencem à mesma casa’, como uma proibição geral e absoluta do direito de reunião ‘viola o direito de reunião’ protegido pela Constituição alemã. Portanto, embora o TC não tenha autorizado diretamente as manifestações públicas sob a pandemia,

¹¹ Na Alemanha, os juízes do TC possuem mandato de 12 anos, improrrogáveis. Para se entender o Poder Judiciário Alemão, consultar <https://www.dw.com/pt-br/o-poder-judicial/C3%A1rio/a-900777>.

instou as autoridades e os tribunais inferiores a analisá-las caso a caso. (tradução nossa)¹²

A par do direito de manifestações públicas em época de pandemia garantido pelo TC alemão, privilegiando as normas constitucionais, podemos repisar um mau exemplo citado por Corao (2020), dado pelo governo autoritário em vigor na Venezuela, o qual determinou uma série de medidas arbitrárias durante o estado de emergência, em franco desrespeito à Carta Magna do país, como a prisão de vários jornalistas e médicos, por fornecer informações ou opiniões sobre a pandemia.

Para seguir o raciocínio, interessante é agora abrir parênteses para explicar os instrumentos jurídicos que possibilitaram o enfrentamento do risco à saúde causado pelo coronavírus na Espanha. Segundo o constitucionalista Ruiz-Rico (2020), a Constituição espanhola estabeleceu os seguintes mecanismos para a decretação de estados excepcionais: o estado de alerta, o estado de exceção e o estado de assento (art. 116 da CE). A decisão a ser tomada pelo poder político, governo e/ou parlamento, dependeria do tipo de crise.

A estes mecanismos, dispostos em ordem de gravidade, corresponderiam três tipos de situações e de medidas coercitivas, todas previstas na Lei Orgânica nº 4/1981, que estabelecia que “crises de saúde como epidemias e casos graves de poluição” poderiam autorizar a declaração de Estado de Alerta, sendo o Governo do Estado,¹³ o órgão responsável por declará-la, devendo informar esta decisão ao Congresso dos Deputados, para a realização do controle das medidas adotadas.

Nota-se que o ordenamento jurídico espanhol preservou na referida legislação, os princípios e diretrizes do estado de exceção constitucional de seu país, mantendo em seu ordenamento jurídico a hipertrofia do Executivo em épocas de anormalidades, bem como o seu controle e fiscalização pelo Poder Legislativo.

¹² Original: “En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal (TC) falló en contra de una decisión del tribunal administrativo de Giessen y la Corte de Hesse, que validaron la prohibición de la convocatoria de una serie de protestas sobre la restricción de derechos, durante el mes de abril de 2020. En su sentencia, el TC señaló que esos tribunales ‘asumieron erróneamente que la ordenanza del estado de Hesse para combatir el coronavirus contiene una prohibición general de concentración de más de dos personas, que no pertenezcan al mismo hogar’, ya que una prohibición general y absoluta del derecho de reunión, ‘viola el derecho de reunión’ protegido por la Constitución alemana. Por lo cual, el TC sí bien no autorizó directamente las manifestaciones públicas bajo la pandemia, instó a las autoridades y a los tribunales inferiores, a analizarlas motivadamente caso por caso” (CORA, 2020).

¹³ O Conselho de Ministros é chefiado pelo Presidente do Governo. O presidente de uma comunidade autônoma também pode declarar a crise, se ela afetar apenas seu território, adotando o mesmo procedimento, desde que ouça o Conselho de Ministros e informe ao Congresso de Deputados.

É justamente este o ponto central do argumento deste debate jurídico-compreensivo. A assimilação de que as ferramentas descritas na Constituição Federal para a defesa do Estado e das instituições democráticas representam mecanismos constitucionais para se lidar com acontecimentos extremos, evitando naturais conflitos políticos internos, e não uma ruptura da ordem vigente. Respeitar estas diretrizes é não promover uma nova politização do país, evitando o ingresso em um estado de inconstitucionalidade, cujo resultado jamais será a preservação do ambiente democrático.

A legislação que se propõe a reger o estado de anormalidade, diante da ausência de previsão constitucional, deve se ater ao parâmetro estabelecido pelo constituinte originário para a defesa do Estado e das instituições democráticas, a fim de preservar os valores supremos da nação, especificando, explicitamente, as hipóteses e as medidas restritivas de direito que poderão ser adotadas, levando em consideração os princípios constitucionais da adequação, da proporcionalidade e da duração limitada.

A vantagem desta situação excepcional ser regrada por lei, é que os atos preordenados visando à sua elaboração dá espaço a um amplo debate público, o que não exclui que haja também uma previsão constitucional, como na Espanha, por exemplo. Nesta perspectiva, pode-se concluir que, a fixação de medidas restritivas a direitos fundamentais em uma situação de anormalidade requer a preparação de um terreno jurídico-político que preveja explicitamente quais os direitos fundamentais que poderão ser limitados.

Dito isto, antes mesmo de se iniciar o debate sobre como deve ser uma regulamentação jurídica epidemiológica brasileira mais adequada à sua realidade, é preciso ressaltar a necessidade de retorno à proteção aos direitos fundamentais em tempos de pandemia.

A Lei nº 13.978/20 tem âmbito nacional, com indiscutível validade e eficácia, emanada do Poder Legislativo e elaborada por congressistas eleitos pelo povo para exercerem, em seu nome, o poder político de fazerem as leis do nosso país. Sob este raciocínio, pode-se presumir que faltou ao Brasil, o necessário aprimoramento da cultura da legalidade.

Se é certo que em uma sociedade globalizada o risco da ocorrência de uma outra epidemia é muito grande, bem como que o Estado é obrigado a atuar em favor de sua população e que isto pode ocasionar restrições a direitos, faz-se necessário que o Brasil implemente regulamentações, amplamente discutidas, para legitimar a atuação de seus entes federativos. Afinal, são estas regulamentações gerais que darão as diretrizes para a tomada de decisões políticas, de grande importância em uma nova era de prevenção de riscos epidêmicos.

Estas decisões deverão sempre ser questionadas, em virtude de parcela normativa com caráter subjetivo que possuem, revelando-se adequada, para Leal (2019):

[...] a crítica que Agamben faz a Romano no sentido de que a teoria do mestre italiano, de certa forma, concebe o Estado de Exceção como dado objetivo, quando na verdade seu reconhecimento sempre depende de juízos de valor subjetivos, pois, necessária e excepcional são somente aquelas circunstâncias e conjunturas que são consideradas tais com base em valorações morais e políticas, portanto, extrajurídicas. Ou seja, a categoria mesma da necessidade/exceção decorre, em última instância, do ato da decisão que assim a institui/declara/reconhece, ao mesmo tempo em que o conteúdo particular desta decisão se apresenta como elemento em si mesmo indecidível sob a perspectiva objetiva, fundamentalmente porque deriva de juízos e critérios de escolha (decisão) que podem sempre ser colocados em discussão desde outra perspectiva.

Assim, não basta às autoridades estaduais e municipais dizerem que estão combatendo a disseminação do vírus, precisam ter o aparato legal para a tomada de decisão, bem como que suas opções políticas sejam controladas.

Nas palavras de Corao (2020):

Por fim, essas medidas excepcionais ou extraordinárias a serem adotadas pelos Estados devem estar contidas e expressas em atos jurídicos formais, devidamente motivados, publicados oficialmente e adequadamente divulgados. Isso é essencial, para que essas medidas sejam conhecidas antecipadamente pela população; dar fundamento e segurança às ações do Estado; e poder ser controlada a sua conformidade técnica e jurídica. (tradução nossa)¹⁴

Não se discute que medidas intervencionistas do Estado num caso de pandemia sejam necessárias. Ninguém melhor para sintetizar o que ora se sustenta do que o jurista e filósofo alemão Radbruch (1945): “Não, não deve dizer-se:

¹⁴ Original: “Finalmente, esas medidas excepcionales o extraordinarias a adoptar por los Estados, deben estar contenidas y expresadas en actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente. Ello es fundamental, a fin de que dichas medidas sean del conocimiento previo de la población; darles fundamento y certeza a las actuaciones del Estado; y poder controlar su conformidad técnica y jurídica” (CORA, 2020).

tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo”.

8 Sugestões para o combate eficiente de disseminação de pandemias, diante da necessidade de uma legislação epidemiológica de caráter geral

É fundamental se considerar a dimensão do risco para a adoção de medidas proporcionais e adequadas. Portanto, o Brasil deve ter uma norma que defina e regule, o máximo possível, o que fazer para prevenir e gerir politicamente riscos epidêmicos, além de estabelecer o nível de restrição a direitos fundamentais a ser admitido pelo ordenamento jurídico. Ademais, é preciso deixar claro na norma o órgão que deterá a capacidade institucional para administrar estes estados de anormalidade, definindo-se os responsáveis pelas ações e pelos respectivos controles.

É neste ponto que a ciência brasileira deve auxiliar, mas sempre levando em consideração “nossos valores e nossas maneiras de julgar, escolher, decidir e agir dentro do ambiente normativo”, como Ieciona Borges (2020). Nesse processo, as características naturais e culturais das diversas regiões brasileiras deverão ser ponderadas, evitando-se, assim, que sejam “transplantadas” de outros países, restrições inadequadas, desnecessárias ou injustificáveis. Deve-se “aprender a pensar na lei como um fenômeno culturalmente situado e aceitar que a lei vive de maneira profunda dentro de uma cultura específica – e, portanto, contingente” (LEGRAND, 2012, tradução nossa).¹⁵

Além das realidades culturais diferenciadas, como a da população indígena, por exemplo, e das desigualdades regionais, no Brasil há que se estar atento também à proteção de direitos humanos contra qualquer tipo de violência durante o período de restrição de mobilidade, principalmente de pessoas idosas.¹⁶

Para adoção de medidas coercitivas, antes a população precisa ter acesso ao saneamento básico¹⁷ (muitas comunidades não possuem sequer água potável),

¹⁵ Original: “unless the comparatist can learn to think of law as a culturally-situated phenomenon and accept that the law lives in a profound way within a culture-specific – and therefore contingent” (LEGRAND, 2012).

¹⁶ No Brasil, foram registradas quase 17.000 denúncias de violências o Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos, a maioria contra idosos (Gov.br, 2020).

¹⁷ Segundo o publicado no Boletim Conjuntura (2020), quase um terço das residências no Brasil não tem saneamento básico adequado, sendo que, na região Norte, somente 27,4% dos lares possui rede de esgoto, acrescentando que, quanto à água canalizada, dados do IBGE demonstram que, dos 72,4 milhões de domicílios, 97,6% possuíam água canalizada e 88,2% tinham acesso à rede geral. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2020/boletimConjuntura022.html>. Acesso em: 04 set. 2021.

alimentação, medicamentos, insumos farmacêuticos, produtos de higiene e de saúde pessoal, serviços de assistência à saúde, entre outros direitos. Enfim, com a desigualdade social que o país possui, não pode ser exigido pelo estado de toda a população, indistintamente, algo que grande parte dela sequer tem acesso.

Aliás, precisa ser encontrado algum remédio para esta questão em tempos de normalidade, a fim de se evitar tratamento discriminatório durante períodos de restrição de mobilidade para a contenção de pandemias. O que se salienta, portanto, é que as particularidades da nação brasileira devem ser analisadas sob uma perspectiva de integração do ser humano e não somente pelo enfoque da ciência epidemiológica.

Uma boa notícia é que enquanto se escreve este artigo, foi aprovado pelo Senado Federal o novo marco legal do saneamento no Brasil, que segue para a sanção do Presidente da República, cuja “proposta tem como objetivos a universalização do saneamento (prevendo coleta de esgoto para 90% da população) e o fornecimento de água potável para 99% da população até o fim de 2033” (GARCIA, 2020).

Por outro lado, a determinação de quarentena para evitar o colapso da saúde pública no país (art. 4º, Portaria nº 356/2020), deixou de ser um argumento aceito com confiança pelo povo, quando surgiram inúmeras notícias de desvios de verbas da saúde e consequentes prisões de autoridades públicas, como consta no *site* da Polícia Federal, Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020). Por isso, é fundamental que o Brasil adote um sistema de inspeção permanente dos estabelecimentos hospitalares, além de mecanismos eficientes de fiscalização da gestão das verbas destinadas à saúde.

Essas medidas preventivas podem proporcionar respostas eficazes e rápidas para minimizar os efeitos da pandemia, na medida em que combatem, em épocas de normalidade ou não, o vírus da corrupção, principal culpado do emprego no Brasil, sem qualquer debate democrático, do método a “Escolha de Sofia” da “Medicina de Catástrofe” (LEITÃO JR.; MOUSINHO, 2020), entre outras consequências desastrosas.

Mister, ainda, neste contexto, estudar uma forma de comunicação das notificações obrigatórias sobre a epidemia pelos centros de saúde, que proteja o controle matemático a respeito do número de pessoas contaminadas, curadas e mortas, de quaisquer inexatidões, por subnotificações ou notificações em excesso, tendo assim uma ferramenta tecnológica eficiente.

A confiança nos poderes constituídos é fundamental para o sucesso de uma política de defesa da saúde em surtos epidêmicos, bem como a confiança nas fontes de informação. As mídias de comunicação, sem dúvida, possuem um papel bastante positivo na informação da população e dos atores responsáveis pelo

accountability, seja para a veiculação de campanhas de conscientização ou para a criação de redes de solidariedade nacionais e até mundiais.

Também pode a mídia, porém, ser destrutiva da informação e da paz social, incutindo o medo e perturbando o cumprimento das recomendações sanitárias. Deste modo, na elaboração de uma norma geral, faz-se necessária uma inflexão ampla sobre a cultura do medo, através da ciência própria, que Frank Furedi (2013, p. 191) denomina de sociologia do medo (2013). Neste ponto, as mídias e o poder público deverão ser chamados à responsabilidade e a um debate com a população.

Independentemente de diferenças sociais de cunho econômico, todos são vulneráveis ao medo, em maior ou menor medida, daí a importância da proteção do lado psicológico dos seres humanos em crises como estas, para lhes garantir o bem-estar. Na era da biopolítica, a preocupação dos governantes deve ser com o bem viver da população. O direito humano a uma vida digna não pode ser suprimido em nenhuma hipótese, mesmo em situações excepcionais.

Todavia, o medo da proliferação da doença fez com que muitos governos locais adotassem medidas de isolamento totais, os denominados *lockdown*, com aderência de grande parte dos municípios brasileiros ainda em 2021.¹⁸ Dados de inquérito sobre insegurança alimentar na pandemia, realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional, constatou que, no final de 2020, 19 milhões de brasileiros haviam passado fome. A fome atingiu 18,1% dos domicílios no Norte e 13,8%, no Nordeste, contra menos de 7% nas outras regiões do país. Porém, em números absolutos, o número de pessoas que conviveram com a fome no Sudeste é exatamente igual ao do Nordeste, os mesmos 7 milhões de pessoas (AGÊNCIA BRASIL, 2020).¹⁹

Neste momento se ressalta que o significado biopolítico do Estado de exceção é no sentido de que ele pode:

[...] ‘suspender’ os direitos dos cidadãos, produzindo um ser inominável e inclassificável, um não sujeito, um inimigo, um bandido, exogrupo (GIL, 2014), um *homo sacer*. E tal transformação da vida humana em objeto do poder soberano a reduz à condição de vida puramente biológica, pronta para ser manipulada pelos dispositivos ordenadores do poder (vida nua). Assim, as estruturas do biopoder mostram como a vida nua vai, progressivamente, coincidindo com o

¹⁸ Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lockdown_no_Brasil_em_2021.

¹⁹ O atual enviado especial para Covid-19 da OMS, Dr. Navid Nabarro, declarou, à revista britânica *The Spectator*, que a organização não defende o *lockdown*, porque ele torna os pobres muito mais pobres, devendo ser o último recurso a ser usado no combate à pandemia (FRONTLINER, 2020).

atual espaço político, como, por exemplo, nas políticas de castração dos direitos humanos, em que os sujeitos são jogados em situação de não sujeitos, em zonas de anomia [...].

Não se quer aqui que o Direito e a força sejam compreendidos como absolutamente antagônicos, mas que a força seja organizada pelo Direito. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade [...]. (RÊGO; ROSA, 2019)

Sob este enfoque, não contribui tratar as pessoas como criminosos e culpados pela transmissão do vírus, provocando, assim, violência estatal, a desunião entre os cidadãos e até morte por discussão sobre o uso de máscara (AGÊNCIA ESTADO, 2020). Ao revés, é preciso conscientizar e incentivar um forte envolvimento da população, tanto na definição como na execução das políticas públicas de prevenção de riscos, vale dizer, fortalecer a democracia é o melhor caminho a ser seguido para realmente se obter resultados positivos.

Esta participação popular deve se dar de forma permanente através de uma metodologia que permita que estas medidas sanitárias sejam constantemente legitimadas pelo povo ou por seus representantes, porquanto podem ser alteradas no curso da emergência sanitária. Nesta ótica, não se pode deixar de transcrever as conclusões de Cerquozi (2020):

[...] essa emergência revelou o uso de outra ferramenta, uma ferramenta que vai além do uso da força (que historicamente caracterizou o estado de exceção) e é o uso da lei branda: a persuasão moral usada como dirimente, uma responsabilidade individual e coletiva que alavanca a força moral da democracia. (tradução nossa)²⁰

9 Os reflexos criminais da legislação atual e da futura

A necessidade de se ter no Brasil uma legislação epidemiológica que regule, no máximo grau possível, os métodos de prevenção e de gestão política de riscos epidêmicos e que estabeleça o nível de restrição a direitos fundamentais a ser

²⁰ Original: "A conclusione, questa emergenza ha fatto emergere l'utilizzo di un altro strumento, uno strumento che va al di là dell'uso della forza (che pure storicamente ha connotato lo stato d'eccezione) ed è l'utilizzo della soft law: la moral suasion utilizzata come dirimente, una responsabilità individuale e collettiva che fa leva sulla forza morale della democrazia" (CERQUOZI, 2020).

admitido pelo ordenamento jurídico, revelou-se muito importante diante da globalização, vez que, rapidamente, a disseminação do vírus pode ganhar dimensões mundiais.

A intervenção estatal, nestes casos, é desejável e obrigatória, desde que regulada a sua intensidade, pois poderá importar em medidas restritivas de direitos ou determinantes de comportamentos compulsórios, para proteger a saúde, bem jurídico fundamental à dignidade da pessoa humana.

A OMS conceitua saúde não somente como ausência de doenças, mas como o completo bem-estar físico, mental e social e, para “saúde mental e física, é fundamental que o ambiente respeite os direitos básicos civis, políticos, socioeconômicos e culturais” (LIFELINK, 2019).

Para permitir que o mencionado bem jurídico seja efetivamente protegido de comportamentos que coloquem em risco *intolerável* a saúde da população, é necessário, também, o aprimoramento das normas penais, observando os valores e princípios constitucionais.

Bitencourt (2009, p. 10) afirma que os princípios constantes na CR/88 (art. 5º), de forma explícita ou implícita, “têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”. Quanto ao *risco intolerável*, Montenegro e Viana (2020) explicitam que este deve ser entendido da seguinte forma:

Comportamentos socialmente adequados fundamentam a permissão dos riscos que a sociedade já tolera e o fundamento dessa aceitação, em regra, ou decorre de um *juízo de ponderação* que se faz, isto é, o risco será socialmente tolerável quando as vantagens com a realização do comportamento superam as desvantagens da sua não realização ou decorre de um risco inerente ao curso da vida. (itálico no original)

Logo, os parâmetros que validarão constitucionalmente as legislações epidemiológicas, serão os mesmos a serem observados para a intervenção do direito penal no controle sanitário emergencial, quais sejam, a adequação, a proporcionalidade e a duração limitada, dado o escopo de se restabelecer a normalidade o mais rápido possível.

Com esta diretriz, o legislador penal poderá, com cautela, valorar as mais relevantes condutas de dano social para proteção à saúde pública. Todavia, é discutido, para o fim de proteção social mais intensa, o uso de tipos penais de perigo abstrato. Nas palavras de Bottini (2006, p. 54):

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo.

Essa forma de proteção intensa, porém, reduz em segurança jurídica, motivo pelo qual a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é controvertida doutrinariamente. Neste sentido, o delito de infração de medida sanitária preventiva é caracterizado como de perigo abstrato, portanto, abarcada pela referida discussão a sua consonância constitucional.

Dito isto, é preciso examinar os reflexos dos decretos expedidos pelos Estados e Municípios no crime de infração de medida sanitária preventiva (art. 268, CP), pois, apesar de permitirem persecução criminal também pelo crime de desobediência (art. 330, CP), como bem observaram Montenegro e Viana (2020):

Entre os dois tipos existe o que se denomina concurso aparente de normas (na modalidade de consunção), pois o conteúdo de ilícito do art. 330 CP é consumido pelo do art. 268 CP. O agente só será punido, portanto, pelo crime de infração do art. 268 CP.

O delito de infração de medida sanitária preventiva é também classificado como uma norma penal em branco, “que se completa por meio de determinações do poder público, concernentes a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa” (art. 268, CP).

No tocante às leis penais em branco, “trata-se de uma técnica destinada a introduzir dinamismo à regulação penal”, que, “naturalmente, instaura fricção com o mandamento de determinação que decorre do princípio da legalidade”, como bem percebido por Leite e Greco (2020). Recentemente, o TC alemão discutiu a validade de normas penais em branco, não hesitando em declarar a sua inconstitucionalidade (LEITE; GRECO, 2020). No entanto, como pontuou Silva (2020):

Atualmente, o entendimento doutrinário majoritário é que a utilização de normas penais em branco heterogêneas não viola a Constituição Federal, desde que o núcleo essencial da conduta esteja descrito na norma incriminadora e que o ato complementador exerça sua função dentro dos limites de sua competência técnica, estrutural e funcional. Desse modo, tais normas estariam tratando única e exclusivamente

de complementação técnica e funcional de uma competência constitucional que já foi exercida anteriormente pela lei penal incriminadora que precisa ser complementada.

Se é da CR/88 que provém as bases e os limites da intervenção do Estado, definindo os parâmetros de validade dos atos normativos emanados pelo legislador e pelo administrador público, especialmente quando se está a restringir liberdades fundamentais, como ocorre no direito penal, não podem vagas, dispersas e não isonômicas normas materiais gerarem a gravosa persecução criminal.

Uma determinação pública, não autorizada por lei, de forma genérica, que tipifica penalmente o comportamento dos cidadãos de permanecerem em praças públicas ou em praias,²¹ sem estarem doentes, como as constantes em muitos destes decretos, viola o direito à liberdade e à dignidade humana e faz indevidamente presumir o dolo de contaminar – que deve ser casuisticamente demonstrado.

Rememore-se que, diante das notícias de prisões possivelmente abusivas de cidadãos baseadas nestes decretos, o Governo Federal tentou assegurar ao cidadão o respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, revogando a Portaria nº 5/2020. Neste momento, cita-se Corao (2020) a fim de repisar os princípios democráticos postos à disposição das instituições responsáveis pela fiscalização do poder político:

De acordo com os padrões constitucionais e internacionais, essas medidas excepcionais devem ser: necessárias, graduais, temporárias, adequadas e proporcionais à situação extraordinária levantada. Isso implica, no caso da pandemia causada pelo Covid-19, que as medidas extraordinárias ou excepcionais adotadas pelo Estado sejam aquelas necessárias e apropriadas, tanto médica quanto tecnicamente, para atingir o objetivo de impedir a propagação do vírus e fazer com que seja possível o tratamento das pessoas afetadas. A graduação também é essencial em ambas as direções: incrementada, da mais baixa à mais alta intensidade, em comparação com a gravidade da situação excepcional; e decrescente, de maior para menor intensidade da gravidade da situação excepcional. A temporalidade das medidas excepcionais é outro elemento essencial, pois sua duração é estritamente limitada às demandas da situação; portanto, depende diretamente da existência objetiva da situação excepcional causada pela pandemia. Por fim, essas medidas excepcionais ou extraordinárias a serem adotadas pelos Estados devem estar contidas e expressas em

²¹ D. 1353/2020-Niterói; D. 64881/2020-SP; D. 12236/2020-AR

atos jurídicos formais, devidamente motivados, publicados oficialmente e adequadamente divulgados. Isso é essencial, para que essas medidas sejam conhecidas antecipadamente pela população; dar fundamento e segurança às ações do Estado; e poder ser controlada a sua conformidade técnica e jurídica. (tradução nossa)²²

Percebe-se que a intenção inicial dos Poderes Legislativo e Executivo era a de que a Lei nº 13.979/2020, regulamentada pela Portaria MS nº 356/2020, fosse o fundamento de validade para a adoção de medidas restritivas de direito, como o isolamento e a quarentena, cujo desrespeito poderia ensejar a incidência do tipo previsto no artigo 268 do CP.

Nestas normas foram estabelecidos vários freios à atividade governamental ao conceituar exatamente o significado e o alcance das medidas excepcionais, bem como ao exigir, por exemplo, que houvesse ato de autoridade pública determinando a medida de quarentena e determinação médica ou de agente de vigilância epidemiológica determinando a de isolamento. No caso de isolamento, a Lei ainda exigia que a pessoa infectada tivesse sido comunicada previamente sobre a compulsoriedade da medida para a caracterização do delito previsto no 268 do CP (§1º, art. 4º, Portaria nº 5/2020).

Deste modo, seriam estas as “determinações públicas” que estariam aptas a complementarem a mencionada norma penal em branco. Vale dizer, os atos das autoridades mencionadas na Lei nº 13.979/2020 e na Portaria nº 356/2020 são os que caracterizariam ordens legais, individualizadas e precisas.

Estes pressupostos – ordem legal, direta (não simples recomendações), subjetivamente determinada e precisa – preencheriam também os requisitos que Leite e Greco (2020) estabeleceram para que uma determinação pública fosse considerada válida como complemento de norma penal em branco, especialmente

²² Original: “Conforme a los estándares constitucionales e internacionales, esas medidas excepcionales deben ser: necesarias, graduales, temporales, idóneas y proporcionales a la situación extraordinaria planteada. Ello implica en el caso de la pandemia causada por el Covid-19, que las medidas extraordinarias o excepcionales que adopte el Estado, deben ser las necesarias y adecuadas, tanto médica como técnicamente, para lograr el fin de prevenir la propagación del virus y hacer posible el tratamiento de las personas afectadas. La gradualidad también es esencial en ambos sentidos: incremental, de menor a mayor intensidad frente a la gravedad de la situación excepcional; y decreciente, de mayor a menor intensidad de la gravedad de la situación excepcional. La temporalidad de las medidas excepcionales es otro elemento esencial, ya que su duración está estrictamente limitada a las exigencias de la situación; por lo cual, depende directamente de la existencia objetiva de la situación excepcional causada por la pandemia. Finalmente, esas medidas excepcionales o extraordinarias a adoptar por los Estados deben estar contenidas y expresadas en actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente. Ello es fundamental, a fin de que dichas medidas sean del conocimiento previo de la población; darles fundamento y certeza a las actuaciones del Estado; y poder controlar su conformidad técnica y jurídica” (CORA, 2020).

para o tipo do art. 268 do CP. Desta forma, exemplificando, uma ordem de natureza geral, de uso de máscara, por exemplo, não pode ser considerada como determinação pública hábil a tipificar a conduta de um cidadão, sequer necessariamente configura um ilícito civil sujeito à pagamento de multa, indiscriminadamente (art. 3º-A, §7º, da Lei nº 13.979/2020).

Ficando disperso o poder regulamentar nos Estados e Municípios, coube a eles “o poder de definir o conteúdo e a oportunidade das medidas” que disciplinariam “os comportamentos dos cidadãos (no âmbito anteriormente protegido pelos direitos fundamentais)” (TERRINHA, 2020), com riscos à segurança jurídica e aos direitos fundamentais.

Nas palavras de Leite e Greco (2020), instauraram um verdadeiro “caos regulatório” que desaguou no art. 268 do CP, cujo resultado foi “a instauração de situações de dúvida objetiva quanto a elemento” que definiria “a realização do art. 268 CP” ou levaria a “situações de erro”, como o “erro de tipo, excludente do dolo (art. 20, *caput* CP)”.

Não se ignora que há discussão sobre a constitucionalidade da segunda parte do artigo 268 do CP, em razão da falta de contorno normativo atribuível ao próprio conteúdo penal:

A cláusula destinada a ‘impedir introdução ou propagação de doença contagiosa’ é também excessivamente ampla: ela se aplicaria para quaisquer determinações sobre doenças contagiosas independentemente da gravidade e velocidade de propagação? Aplica-se também para determinações sobre resfriados ou gripes? Diante desse quadro de indeterminação, uma possível saída seria subordinar a aplicação do art. 268 CP à existência de uma lei federal, já que o princípio da legalidade (art. 5º CF, XXXIX, art. 1º CP) exige que as condutas criminosas devem ser definidas por lei. (MONTENEGRO; VIANA, 2020)

Contudo, estas normas que complementaram sua primeira parte, certamente violaram os princípios constitucionais da legalidade, do mandamento da reserva legal e da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a advertência de Bitencourt (2015):

[...] a fonte legislativa (Poder Legislativo, Poder Executivo etc.) que complementa a norma penal em branco deve, necessariamente, respeitar os limites que essa impõe, para não violar a *proibição de delegação de competência* na lei penal material, definidora do tipo penal, em razão do *princípio constitucional da legalidade* (artigo 5º, II e XXXIX, da CF/88), do mandamento de reserva legal (art. 22, I) e

do *princípio da tipicidade estrita* (art. 1º do CP). Em outros termos, é indispensável que essa integração ocorra nos parâmetros estabelecidos pelo *preceito da norma penal em branco*. O núcleo essencial da conduta punível deve estar descrito no preceito primário da norma penal incriminadora, sob pena de violar o *princípio da reserva legal* de crimes e respectivas sanções (art. 1º do CP). Com efeito, *as normas penais* devem ser interpretadas de acordo com o bem jurídico protegido e o alcance da dita proteção, isto é, sempre levando em consideração a sua finalidade (teologia), que deve ser estabelecida pelo legislador penal. [...]

Por esse motivo, também é proibido no âmbito das leis penais em branco o recurso à *analogia, assim como a* interpretação analógica (grifos do autor).

Por fim, em razão destes decretos terem complementado a norma penal em branco, e não a Lei excepcional nº 13.979/2020, não se aplica o disposto no artigo 3º do CP, de modo que, uma vez terminada a pandemia, as infrações tipificadas com base nestes complementos deverão ser descriminalizadas.

10 Conclusão

Diante da necessidade de controle jurídico e político do estado de anormalidade provocado pela pandemia da COVID-19, os países democráticos buscaram respostas em seus ordenamentos jurídicos constitucionais. Efetivamente e felizmente, em um Estado Democrático de Direito o melhor controle político é o constitucional.

Muitos Estados estrangeiros, talvez mais acostumados a grandes riscos provenientes da natureza, já possuíam, em suas Constituições, instrumentos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais próprios para este enfrentamento, que seriam os estados de exceção voltados para este fim.

A decretação de estados excepcionais importa em uma concentração maior de poder no Governo de Estado, que exerce uma função reguladora daquele estado de anormalidade. Todavia, há que se manter os cuidados devidos, sem os quais a própria existência de um Estado de Democrático de Direito se coloca em risco. Em países onde a democracia já estava fortemente consolidada, iniciaram-se discussões neste sentido, para a constituição de um indevassável núcleo de direitos fundamentais do cidadão.

O Brasil também possui o estado de exceção normatizado constitucionalmente, mas não prevê o estado de anormalidade decorrente de uma epidemia

como hipótese autorizadora desta decretação e, diante do silêncio constitucional, coube ao Poder Legislativo a competência de editar a legislação específica, observando os princípios norteadores dos estados de exceção, previstos na CF e no ordenamento jurídico internacional (RSI).

Isto parcialmente se atendeu com a edição da Lei nº 13.979/20 pelo Congresso Nacional, especificamente para o caso da pandemia de COVID-19, estabelecendo os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito às ações promovidas pelo Poder Executivo.

Estes limites foram necessários devido à impossibilidade de serem suprimidos direitos e garantias fundamentais (art. 60, §4º, CF) e à necessidade de serem observados os princípios constitucionais norteadores de estados de exceção, especialmente em epidemias (RSI), além de garantirem que o poder executivo fosse controlado e não se transformasse em um poder absoluto.

A decisão da Suprema Corte brasileira reconhecendo a competência comum dos entes da federação fez corretamente prevalecer a proteção da saúde, mas precisaria de um necessário controle uniformizador nacional – por regramentos legais e por órgãos constituídos. Faltou a não determinação de implementação da unificação de tratamento pelo Poder Legislativo. A dispersão regulamentadora gerou o controle dos atos normativos concentrado no judiciário, e somente *a posteriori*, com riscos de indevida e desproporcional restrição *a priori* de direitos fundamentais.

Parece que o controle do Poder Legislativo, nacional ou local, assim como do próprio Governo Federal, foi forçado a entrar também em quarentena, assim como a Constituição, a democracia e os Direitos Humanos.

A situação vivenciada nesta pandemia alerta o país para a necessidade de fortalecimento do seu regime democrático, para a restauração plena da ordem constitucional, com a preservação da legalidade e das garantias, que precisam conviver com a proteção da vida.

É urgente a necessidade de um repensar coletivo para a edição de uma legislação epidêmica, que forneça as diretrizes gerais para a tomada de decisões políticas, que estabeleça formas procedimentais e que fixe rol de garantias com manutenção obrigatória em estados de anormalidade provocados por pandemias.

Sugeriu-se, neste artigo, aspectos vários a serem levados em consideração no processo de elaboração desta normatização, para que reflita as particularidades da nação brasileira, se permita o debate público e a orientação técnica, evitando-se, assim, que sejam “transplantadas” de outros países restrições inadequadas, desnecessárias ou injustificáveis.

Descortinou-se, ainda, a necessidade de aprimoramento da proteção penal em situações de urgência, passíveis, sim, de provocar sua excepcional intervenção, para uso em muito graves danos à saúde pública, mas com a necessária segurança jurídica tipológica prévia.

Determinações públicas genéricas, constantes em decretos locais expedidos durante a pandemia, não possuem suporte na Lei ou na Constituição, não possuem qualquer *accountability* e não respeitam o sistema de freios e contrapesos.

Atos materiais díspares e dúbios não servem para justificar a restrição de direitos individuais – ainda que bem-intencionados e fundados na prevalência do interesse público em tempos de pandemia – e, pior, para justificar a gravosa intervenção do direito penal.

A lei, a uniformidade de tratamento nacional e o resguardo de um núcleo essencial de direitos fundamentais, são balizas fixas a nortearem o tratamento nacional em epidemias.

O direito à liberdade e à dignidade humana são garantias de resistência do cidadão diante de intervenções estatais que, como toda forma de poder, necessita limites e controles. A primazia necessária à proteção coletiva da saúde e da vida, justifica ponderação de princípios de garantia, mas jamais sua exclusão.

The necessity for constitutional control of the state of abnormality caused by the COVID-19 pandemic

Abstract: The present article analyzes how a state can respond to an international public health risk and demonstrates how the Covid-19 pandemic presented the necessity for implementing a policy to combat epidemics nationwide, to avoid weaknesses in the divisions of powers of the Brazilian Constitutional Democracy. To this end, it proposes a comprehensive legal debate, considering regional, cultural, and social aspects of Brazil, for the elaboration of its own epidemiological legislation. It stresses the need to protect human rights and control the political decisions adopted. Methodologically, it promotes the review of the legal instruments available for countries to deal with abnormalities derived from health emergencies, as well as from the literature, national and foreign, referring to human rights, states of exception and pandemic.

Keywords: Covid-19. Pandemic. Fundamental Rights. Crime of infraction of preventive sanitary measure. State of Exception.

Summary: **1** Introduction – **2** The declaration of the Covid-19 pandemic outbreak – **3** Brazilian regulations – **4** The democratic crisis – **5** Elements of comparative constitutional law – **6** The construction of legal regulations on pandemics and the return of protection to fundamental rights – **7** Suggestions for the efficient combat of the dissemination of pandemics, in view of the need for general epidemiological legislation – **8** Criminal reflexes of current and future legislation – **9** Conclusion – References

Referências

AGÊNCIA BRASIL. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. *EBC*, 06 ab. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 05 set. 2021.

AGÊNCIA ESTADO. Discussão sobre uso de máscara acaba em morte em mercado. *O Liberal*, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://liberal.com.br/brasil-e-mundo/brasil/homem-que-se-negou-a-usar-mascara-em-supermercado-e-morto-a-tiros-pelo-gerente-1238209/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ARARAQUARA. *Decreto nº 12.236, de 23 de março de 2020*. Reconhece, no Município, o estado de calamidade pública, decorrente da pandemia do COVID-19, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.araraquara.sp.gov.br/noticias/2020/marco/23/decreto-no-12-236-de-23-de-marco-de-2020-reconhece-em-araraquara-estado-de-calamidade-publica>. Acesso em: 24 jun. 2020.

AUGUSTO, Otávio. Fake news: de calúnia à Lei de Segurança Nacional. Original. *123 Comunicação, Metrópole*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://original123.com.br/fake-news-de-calunia-a-lei-de-seguranca-nacional-veja-crimes-apurados/>. Acesso: 25 jun. 2020.

BITENCOUT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOUT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BORGES, Guilherme Roman. *Decolonizing Brazilian Law: The Judiciary and the 'Decolonial Filter'* Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-15, 7 mai. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3595448> Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. *Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964*. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais. O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.211, de 30 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre o Grupo Executivo Interministerial de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional – GEI-ESPII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10211.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020*. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Promulga os atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dez de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010*. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011*. Dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde – FN-SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.170, de 13 de dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020*. Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%205-20-mjsp-msimpressao.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Portaria Interministerial nº 9, de 27 de março de 2020*. Revoga a Portaria Interministerial MJSP/MS nº 05, de 17 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%209-20-mjsp-ms.htm#art2. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020*. Declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/prt188-20-ms.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 356, de 11 de março de 2020*. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Polícia Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/@busca?SearchableText=covid>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pesquisa de Processos. Concedeu parcialmente medida cautelar *ad referendum* em 08/04/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pesquisa de Processos. Decisão Liminar *ad referendum*. Ata nº 7, de 15/04/2020. DJE nº 111, divulgado em 06/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 39997/SP – SÃO PAULO. Reclamante: Município de São Bernardo do Campo. Reclamado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 30/04/2020. Publicação: processo eletrônico, DJE-110. Divulg. em 05/05/2020. Public. em 06/05/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1098020/false>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 61/2006, p. 44 – 121, Jul.-Ago./2006. DTR\2006\843.

CERQUOZI, Flavianna. “Stato d'emergenza” e Costituzione. Ius in itinere. *Rivista semestrale di Diritto*, Call for paper, nº 2/2020 (novembre 2020). Disponível em: <https://www.iusinitinere.it/stato-demergenza-e-costituzione-26393>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CORAO, Carlos Ayala. *Retos de la pandemia del Covid-19 para el estado de derecho, la democracia y los derechos humanos* (The Challenges that the Pandemic Caused by Covid-19 Has Presented for the Rule of Law, Democracy, and Human Rights) (May 8, 2020). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3596040> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3596040>. Acesso em: 25 jun. 2020.

COVELLA, Arturo Raffaele. Lo “stato d'eccezione” dell'ordinamento giuridico Italiano. *Diritto & Diritti*. ISSN 1127-8579.2017. Diritto.it s.r.l. – Tutti i diritti riservati Fondatore Francesco Brugaletta P.I. 01214650887. Disponível em: <https://www.diritto.it/lo-stato-deccezione-dellordinamento-giuridico-italiano/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

DANTAS, Caroline. Novo coronavírus é emergência de saúde internacional, declara OMS. *G1*, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/30/novo-coronavirus-e-emergencia-de-saude-internacional-declara-oms.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2020.

EMMONS, Cassandra: International Human Rights Law and COVID-19 States of Emergency, *VerfBlog*, 2020/4/25, DOI: <https://doi.org/10.17176/20200425-164920-0>. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-ofemergency/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

FRONTLINER. *OMS condena o lockdown: não salva vidas e faz os pobres muito mais pobres*. Frontliner, 11 out. 2020. Disponível em: <https://www.frontliner.com.br/oms-condena-lockdown-nao-salva-vidas-e-torna-os-pobres-muito-mais-pobres/>. Acesso em: 05 set. 2021.

FUREDÍ, Frank. Para uma sociologia do medo. Em *Risco, Cidadania e Estado num Mundo Globalizado. Ces Contexto Estudos*. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, Universidade de Coimbra, número 3, p. 191/210, dez. 2013. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/cescontexto/index.php?id=8881>. Acesso em: 26 jun. 2020.

GARCIA, Gustavo. Senado aprova novo marco legal do saneamento básico; texto segue para sanção presidencial. *G1*, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/24/senado-aprova-novo-marco-legal-do-saneamento-basico-veja-ponto-a-ponto.ghtml>. Acesso em: 26 jun. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O estado de exceção na experiência constitucional brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD) 8(3):286-302, setembro-dezembro. 2016. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.83.03>. Acesso em: 25 jun. 2020.

GOVERNO DO BRASIL. Cidadania e Assistência Social. *Aumenta número de denúncias de violação aos direitos de idosos durante pandemia*. 15 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/aumenta-numero-de-denuncias-de-violacao-aos-direitos-de-idosos-durante-pandemia>. Acesso em: 20 jun. 2020.

G1 RIO. *Duas mulheres são detidas por desobedecer a ordem de não circular na Praia de Icaraí, diz polícia*. *G1*, 6 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/06/duas-mulheres-sao-detidas-em-niteroi-apos-insistirem-em-passear-por-orla-que-esta-proibida.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2020.

KALLEMBACH, Julia. *PM conduz para delegacia seis pessoas que descumpriam decreto que restringe acesso às praias*. Band.com.br. 13 jun. 2020. Disponível em: <https://bandnewsfmrio.com.br/editorias-detalhes/pm-conduz-para-delegacia-seis-pessoas-que-des>. Acesso em: 20 jun. 2020.

KELSEN, Hans. *¿O que es la justicia?* Título do original em alemão: Was ist gerechtigkeit. Tradução: Leonor Calvera. Buenos Aires: Leviatan, 1881.

LEAL, Rogério Gesta. Sociedade de riscos e estado de exceção: encruzilhadas em labirintos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 179-193, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/v20i75.1035. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1035>. Acesso em: 26 jun. 2020.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of 'Legal Transplants'. *HeinOnline* – 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 111. 1997. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1023263X9700400202>. Acesso em: 25 jun. 2020.

LEITÃO JR., Joaquim; MOUSINHO, Paulo Reyner Camargo. O Coronavírus, o Direito Penal e a “Escolha de Sofia”: Medicina de Catástrofe. *Meu Jurídico.com.br*, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/03/25/o-coronavirus-o-direito-penal-e-escolha-de-sofia-medicina-de-catastrofe/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

LEITE, Alaor; GRECO, Luís. Direito Penal, saúde pública e epidemia. *Jota. Penal em foco*, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020>. Acesso em: 25 jun. 2020.

LIFELINK. *Saiba tudo sobre saúde mental e física e quais os benefícios que ajudam no seu equilíbrio*. LifeLink monitoramento pessoal. Disponível em: <https://lifelink.com.br/saude-fisica-e-mental/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais no direito Comparado. *Nomos, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 24 (2005). Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11776>. Acesso em: 25 jun. 2020.

MENDES, José Manuel. As ondas de calor de 2003 em França e Portugal. Em *Risco, Cidadania e Estado num Mundo Globalizado. Ces Contexto Estudos*. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, Universidade de Coimbra, número 3, p. 18 a 54, dez. 2013. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/cescontexto/index.php?id=8881>. Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Ministério da Saúde declara fim da Emergência Nacional para Zika e microcefalia*. Saúde.gov.br, 11 maio 2017. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/svs/28348-ministerio-da-saude-declara-fim-da-emergencia-nacional-para-zika-e-microcefalia>. Acesso em: 25 jun. 2020.

MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal: algumas reflexões sobre os tipos penais relevantes numa situação de epidemia e pontos legislativos controversos. *Jota. Penal em Foco*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>. Acesso em: 25 jun. 2020.

NITERÓI. *Decreto nº 1353, de 18 de março de 2020*. Dispõe sobre o fechamento de bares, restaurantes, shoppings centers, centro comerciais, clubes e quiosques de alimentação, bem como sobre a proibição de permanência em praias e praças e fechamento de acesso às praias da região oceânica como forma de evitar a aglomeração de pessoas e evitar o crescimento dos casos de coronavírus em Niterói e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/decreto/2020/1351/13513/decreto-n-13513-2020-dispoe-sobre-o-fechamento-de-bares-restaurantes-shoppings-centers-centros-comerciais-clubes-e-quiocques-de-alimentacao-bem-como-sobre-a-proibicao-de-permanencia-em-praias-e-pracas-e-fechamento-de-acesso-as-praias-da-regiao-oceanica-como-forma-de-evitar-a-aglomeracao-de-pessoas-e-evitar-o-crescimento-dos-casos-de-cornonavirus-em-niteroi-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 24 jun. 2020.

PAYE, Jean-Claude. L'état D'exception: Forme de Gouvernement de L'empire? *Association Multitudes*, 2004/2, nº 16, p. 179. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-multitudes-2004-2-page-179.htm>. Acesso em: 25 jun. 2020.

RADBRUCH, Gustav. 5 minutos de filosofia do direito (1945). *Leituras diversas*, 25 fev. 2019. Disponível em: <https://leiturasdiversas.wordpress.com/2019/02/25/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito-gustav-radbruch/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais. *Âmbito Jurídico*, 1 jul. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/do-sistema-constitucional-das-criises-comentarios-aos-estados-de-defesa-e-de-sitio/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes; ROSA, Gerson Faustino. O estado de exceção na era da biopolítica. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – NATAL/RN – v. 21, n. 1, p. 107-146, jan./abr. 2019*. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/0f1c268c64b5/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

RESENDE, Roberta. Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais. *Migalhas. Lauda Legal*, 6 nov. 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/LaudaLegal/41,MI189672,31047-sistema+Constitucional+das+Crises+restricoes+a+direitos+fundamentais>. Acesso em: 26 jun. 2020.

RUIZ-RICO, Gerardo. *La suspensión des droits fondamentaux dans l'ordre constitutionnel Espagnol*. [S.l.]. Disponível em: idpbarcelona.net/marroc.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

SACHETO, Cesar. *Mulher se recusa a deixar praça, agride GCM e é detida em SP*. R7, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/mulher-se-recusa-a-deixar-praca-agride-gcm-e-e-detida-em-sp-13042020>. Acesso em: 23 jun. 2020.

SÃO PAULO. *Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020*. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia da COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/193361>. Acesso em: 25 jun. 2020.

SILVA, Philipe Benoni Melo e. Norma penal em branco escalonada: A possibilidade de todos os entes da Federação complementarem a norma penal em branco. *Jota*, 19 maio 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/norma-penal-em-branco-escalonada-19052020. Acesso em: 27 jun. 2020.

TERRINHA, Luís Heleno. A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Excepção Biopolítico. *Independent*. Portugal: Católica Global School of Law, 17 jun. 2020.

TORRES, Lúvia. *Acesso às praias e praças públicas de Niterói começa a ser proibido nesta quinta-feira devido ao coronavírus*. G1, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/19/acesso-as-praias-e-pracas-publicas-de-niteroi-comeca-a-ser-proibido-nesta-quinta-feira-devido-ao-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2020.

VENTURA, Daisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, Ahead of Print, v. XX, n. X, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>. Acesso em: 24 jun. 2020.

VIAPIANA, Tábata. TJ-SP nega pedido de surfistas para ter livre acesso a praias durante quarentena. *Consultor Jurídico*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/tj-sp-nega-pedido-surfistas-livre-cesso-praias>. Acesso em: 20 jun. 2020.

WHO.INT. Organización Mundial de la Salud. *Reglamento Sanitario Internacional (2005)*: breve introducción a su aplicación en la legislación nacional. Decreto nº 12.236, de 23 de março de 2020. Disponível em: https://www.who.int/ihr/legal_issues/legislation/es/ Acesso em: 24 jun. 2020.

WHO.INT. Organización Mundial de la Salud. *Capacidad nacional de vigilancia y respuesta*. Disponível em: https://www.who.int/ihr/legal_issues/legislation/es/. Acesso em: 24 jun. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Adriana de Farias; CORDEIRO, Nefi. A necessidade de controle constitucional do estado de anormalidade provocado pela pandemia da COVID-19. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 46, p. 387-424, jan./jun. 2022.

Recebido em: 09.12.2020

Pareceres: 19.09.2021; 27.09.2021

Aprovado em: 05.10.2021