

LEGALIDADE CONSTITUCIONAL DOS DECRETOS ESTADUAIS E DE RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Fernando de Menezes Correa¹, Patrick Máximo¹, Romullo Krause Gasperazzo¹, Ricardo Matos de Souza²

¹ Alunos da graduação em Direito da Multivix-Vitória/ES.

² Professor orientador.

RESUMO

Esta pesquisa discute a legalidade constitucional dos decretos estaduais que, de alguma forma, geraram restrições à liberdade de ir e vir da população durante a pandemia causada pela Covid-19. Analisamos o conceito de Constituição, a estrutura hierárquica das normas e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Dessa forma, a pesquisa indaga a respeito da legalidade desses decretos frente ao ordenamento constitucional. Para responder ao questionamento, foi estabelecido o seguinte objetivo: analisar, com base na revisão de literatura e consulta de julgados, por meio de uma lógica pontuada pelos objetivos específicos, se os decretos estaduais de restrição de liberdade são legais frente ao ordenamento constitucional. Ademais, para alcançar o referido objetivo, optou-se pela pesquisa aplicada, com a análise exploratória, além da técnica e fonte para coleta de dados, por meio de levantamento inicial de doutrinas que versam sobre o tema, e a utilização de posicionamentos do Supremo Tribunal Federal que tenham relação com o tema proposto.

Palavras-chave: decretos, Constituição Federal, legalidade, Pirâmide de Kelsen.

ABSTRACT

This research discusses the constitutional legality of state decrees that, in some way, came to cause restrictions on the population's freedom of movement during the pandemic caused by COVID-19. Analyzing the concept of Constitution, the hierarchical structure of norms and the position of the Federal Supreme Court on the subject. In this way, the research inquires about the legality of these decrees against the constitutional order. To answer the question, the following objective was established: to analyze, based on the literature review, consultation of judgments, through a logic punctuated by the specific objectives, if the state decrees of restriction of freedom are legal in face of the constitutional order. In addition, to achieve this objective, we opted for applied research, with exploratory analysis, in addition to the technique and source for data collection, through an initial survey of doctrines that deal with the subject, and the use of Supreme Court positions. Federal that is related to the proposed theme.

Key-words: Decrees, Federal Constitution, legality, Kelsen's pyramid.

1. INTRODUÇÃO

O mundo mudou com o surgimento de uma doença apresentada na China, que rapidamente se espalhou por todo o planeta. A Covid-19 é uma doença causada pelo vírus SARS-CoV-2, que consegue se propagar com muita facilidade e tem causado muitas mortes. A imagem abaixo, retirada do site da Organização Mundial da Saúde (OMS), demonstra os números da Covid-19.

Diante de um cenário pandêmico, que, anteriormente, não tinha sido apresentado no contexto mundial, algumas medidas por parte dos governantes tornaram-se necessárias. Tanto é assim que entre essas medidas algumas são consideradas comuns ou proporcionais, como é o caso do uso das máscaras faciais e o distanciamento social, que foram adotadas em diferentes países. No Brasil, seguindo as diretrizes de outros países, medidas têm sido adotadas pelos governos nas esferas Federal, Estadual e Municipal, pois em conformidade com o artigo 23, II da Constituição Federal de 1988, é competência comum dessas esferas cuidar da saúde, tal como menciona o artigo 23 da Constituição Federal: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Dessa forma, no âmbito dessa competência outorgada pela Constituição Federal, esses governos têm implementado por meio de decretos - espécie legislativa atribuída ao chefe do Executivo -, medidas como redução do horário de funcionamento do comércio, limitação de atendimento das pessoas e a restrição do uso de alguns locais públicos. Essa prática foi adotada em vários estados da federação, tais como a Bahia, Distrito Federal e Paraná.

Ocorre que apesar da tese de que os decretos estão em consonância com a norma maior, a referida medida tem apresentado algumas controvérsias, uma vez que o que se coloca em xeque é, justamente, a sua legalidade. Ademais, é possível encontrar posicionamentos contrários e favoráveis a essa espécie legislativa utilizada para essa finalidade. Os Decretos Estaduais, que têm restringido, de certa forma, a liberdade de ir e vir em alguns locais, têm gerado muito debate, pois uma linha de entendimento compreende que tal medida se torna necessária para frear o contágio da doença. Mas por outro lado, em posição contrária, há argumentos de parte da doutrina, que sinaliza que os decretos são ilegais constitucionalmente por não ter poder para restringir o direito de ir e vir, ao passo que a própria doutrina vai apresentar alternativas constitucionalmente adequadas para solucionar esses casos.

Nesse sentido, inicialmente, é importante compreender que, com base no Art. 5º, incisos II e XX, a CF/88 determinou que apenas a lei poderia restringir a

liberdade humana. Portanto, é importante questionar se é legal constitucionalmente um decreto ter a competência para restringir tal direito, por mais que o momento seja complicado e a situação excepcional, visto que a medida pode se apresentar como contrária às diretrizes para qual ela foi estabelecida. Desse modo, assim como prevê o ditado popular “não se combate crime cometendo outro crime”, não se pode sob a égide de proteger um direito, violar outro direito sem a respectiva fundamentação científica e desrespeitando o princípio da legalidade.

A pandemia vivida pelo mundo com certeza é algo que foge os padrões normais sanitários. E caso haja necessidade de se restringir a liberdade da sociedade, ela deve ocorrer dentro dos moldes que a Carta Magna permite, como, por exemplo, provocando o Poder Legislativo para que elabore normas em sentido estrito para vigorar dentro do território nacional. E, por demais, estabelecendo-se, caso haja motivação necessária, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, presente na Constituição Federal no Título V no Capítulo I, institutos destinados a situações excepcionais.

Diante de todo exposto, a tese deste artigo está contida no questionamento sobre a legalidade de um ato normativo do chefe do Executivo (decreto) de determinar a restrição de liberdade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Como problema de pesquisa, este artigo se propõe a analisar a legalidade desses decretos frente ao ordenamento constitucional. Sendo assim, foram definidos quatro tópicos para alcançar a finalidade da pesquisa, sendo eles:

- Compreender a dinâmica dos decretos frente ao ordenamento jurídico constitucional;
- Analisar algumas possibilidades constitucionais de restrições de liberdade estabelecidos na Constituição Federal;
- Explanar determinados julgados do Poder Judiciário a respeito da restrição de liberdade por meio de decreto;
- Apresentar, em concreto, alguns Decretos Estaduais que tratam acerca das restrições de liberdade no período de pandemia.

Traçado os objetivos, eles serão alcançados por meio da aplicação de um mecanismo necessário que compõe as pesquisas acadêmicas, denominada de metodologia. Para tal, segue um conceito prático de metodologia.

A definição mais comum de metodologia inclui prática de estudo da realidade que consiste em dirigir o espírito na investigação da verdade. É um instrumento, uma forma de fazer ciência, que cuida dos procedimentos, das ferramentas, dos caminhos da pesquisa. O método científico consiste na lógica para justificar ou rejeitar um conhecimento.

Entre as variadas espécies de metodologia, será aplicada nesta pesquisa o método hipotético-dedutivo. Para que seja possível compreender de forma clara como se opera tal método, segue o conceito de autores que se especializaram no tema.

O método hipotético-dedutivo consiste em testar teorias por meio de hipóteses alternativas e falseáveis. Para verificar quais hipóteses sobrevivem como mais aptas na luta pela vida, Popper entende que a indução leva ao apriorismo.

Devido ao momento que passamos por causa da pandemia de Covid-19, os Decretos Estaduais que restringiram a liberdade foram alvos de questionamentos controversos. Para melhor conclusão, torna-se imprescindível identificar os apontamentos de cada vertente. Portanto, por esse motivo, o método hipotético-dedutivo torna-se o mais adequado.

A pesquisa científica também é classificada por gêneros, sendo: a natureza; os objetivos; e procedimentos. Quanto à natureza, será a pesquisa aplicada, haja vista que o conhecimento gerado pela pesquisa tem a finalidade de apresentar uma solução prática a um problema em questão. Sobre os objetivos, a pesquisa será exploratória, isso porque o estudo bibliográfico e o levantamento de exemplos podem ser empregados para reforçar o tema. Em relação aos procedimentos, a pesquisa será documental, por causa da procura em acervos documentados de obras de autores que tratem do tema e de decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

Os dados utilizados como base da pesquisa serão colhidos de doutrinas, por meio de livros digitais ou impressos; consulta de normas, por intermédio de portais online reconhecidos, como os portais do Planalto Federal e do Senado Federal; consulta de artigos publicados por operadores do direito com vasta formação jurídica; consulta de Decretos Estaduais nos sites oficiais dos Estados; de julgados do Poder Judiciário disponíveis no site JusBrasil e nos sites oficiais dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, muitos dados serão levantados, e para a utilização, aplica-se o método em que as informações complementam e se ratificam com intuito de ser alcançar os objetivos da pesquisa da forma mais compreensível possível.

Para corroborar na compreensão da pesquisa, ela será dividida em capítulos, sendo que cada um deles abordará um tema específico, que, por sua vez, engloba o tema central do estudo.

O primeiro capítulo vai abordar como tema principal as normas em questão. Nele, a pesquisa tende a apresentar a forma do ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com a Pirâmide de Kelsen, com foco principal nos patamares onde estão alocados a Constituição Federal e os Decretos. Além disso, nesse capítulo reforçamos o conceito e as formas de aplicação dos decretos, a competência da edição, os limites e a previsão constitucional que introduz os decretos no ordenamento brasileiro.

Por se tratar de um tema que discute a constitucionalidade de Decretos Estaduais que restringiram liberdade, o segundo capítulo vai apresentar alguns Decretos Estaduais que de fato restringiram a liberdade dos cidadãos, apontando em cada um dos decretos apresentados a forma como que foi feita a restrição e quais as limitações de direito foram implicadas com tais decretos.

O terceiro capítulo vai dissertar como tema principal a liberdade. Serão apresentadas as previsões legais que protegem a liberdade e as formas legais de restrição da liberdade. Além da mera citação do dispositivo legal que permite tais restrições, a pesquisa vai exemplificar alguns casos práticos.

O quarto capítulo busca localizar julgados do Poder Judiciário que possuem relação com o tema da pesquisa. A busca não se resume a consulta nos tribunais superiores, mas também se expande a julgados de primeiro piso e até liminares. A análise dos julgados torna-se importante para apurar a forma com que Poder Judiciário está tratando os problemas oriundos da pandemia.

2. A HIERARQUIA DAS NORMAS: OS DECRETOS E A CONSTITUIÇÃO

2.1 A Constituição e a Garantia ao Direito de Liberdade

Juristas de todo o mundo se declinaram a criar um conceito de Constituição. Dessa forma, vários conceitos de Constituição foram elaborados> Nesse sentido, afirma ILANES et al. (2018, p. 33): "a palavra Constituição possui diversos significados, desde os mais amplos até os conceitos jurídicos dados por doutrinadores".

De forma a não prolongar a pesquisa, apresentando todos os conceitos de Constituição, utilizaremos apenas o conceito do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes: "[...] a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos".

Acerca desse conceito, pode-se pontuar alguns elementos essenciais sobre o tema. Fundamentalmente, a Constituição é uma norma suprema, portanto, deve estar no topo da cadeia hierárquica em relação às demais normas e, por via de consequência, ela delimita a atuação das outras espécies legislativas.

Em segundo plano, a Constituição contém direitos e garantias dos cidadãos. A atual Constituição Federal Brasileira aborda, em alguns de seus artigos, como sendo Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente, entre os artigos 5º ao 17, do qual podemos citar, o inciso XV do artigo 5º da CF/88:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

No mesmo artigo, destaca-se, ainda, outro direito fundamental expresso na CF/88, e o presente no inciso segundo, que, inclusive, é o conceito do princípio da legalidade.

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Correlacionando os dois direitos, compreende-se que a liberdade é um direito inerente à existência humana, que se constitui pelo direito de se locomover sem qualquer embargo pelo Estado ou particular por meio de decreto. Sua importância é tamanha que a proteção a tal direito está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Inclusive, a própria Constituição do Reich Alemão continha uma parte destinada aos direitos e garantias fundamentais, onde encontrava-se incluso o direito à liberdade.

Artigo 13

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

Artigo 114

Art. 114. A liberdade pessoal é inviolável e não poderá ser restringida ou suprimida pelo poder público a não ser em virtude de lei.

Assim, a liberdade de locomoção, apesar de não ser materialmente respeitada pelo governo do Reich Alemão, estava conscrita formalmente na Constituição vigente à época dentro do ordenamento jurídico Alemão. Desse modo, evidenciamos a importância sobrenatural da liberdade de locomoção e a violabilidade, excepcionalmente, por meio da lei em sentido formal dentro do espectro do direito e garantia fundamental da liberdade de locomoção.

2.2 Decretos: Conceito, Limitações e Aplicações

Sendo assim, entende-se, com base nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, que os decretos “são atos que provêm da manifestação de vontade privativa dos Chefes do Executivo, o que os torna resultantes de competência administrativa específica”.

Conforme previsto no art. 84 da Constituição Federal, o Presidente da República, no exercício da função, pode expedir decretos, observadas as matérias previstas para sua utilização. Assim determina o art. 84, que “compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Cabe destacar que anterior à vigência da atual Constituição, o chefe do Executivo tinha o poder de criar decretos-leis com força normativa, ou seja, tal legislação tinha o viés de restringir, criar, modificar ou ampliar direitos e obrigações. Contudo, no atual panorama Constitucional, esse poder não está recepcionado pela atual Carta Magna Brasileira, conforme previsto no artigo 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Logo, a princípio, descabe abalizar decretos normativos ou autônomos dentro do ordenamento jurídico com força normativa.

As aplicações dos decretos serão reguladas pela Constituição Federal de modo taxativo, sendo certo que eventual extrapolação do Presidente da República, e por simetria, os chefes do Executivo a nível Estadual e Municipal, poderá ensejar o controle por meio do Congresso Nacional na forma do artigo 49, V da Constituição, podendo utilizá-los apenas para “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Nesse sentido, observamos que a Constituição é clara em delimitar a aplicação dos decretos em determinadas matérias acima elencadas. Por esse viés, o intérprete constitucional não pode restringir e nem ampliar a vontade do constituinte originário, sob pena de atuar como legislador positivo, e, por

consequência, usurpar as funções institucionais do Poder Legislativo atribuído pela Constituição Federal.

2.3 O Ordenamento Jurídico Brasileiro: A Pirâmide de Kelsen

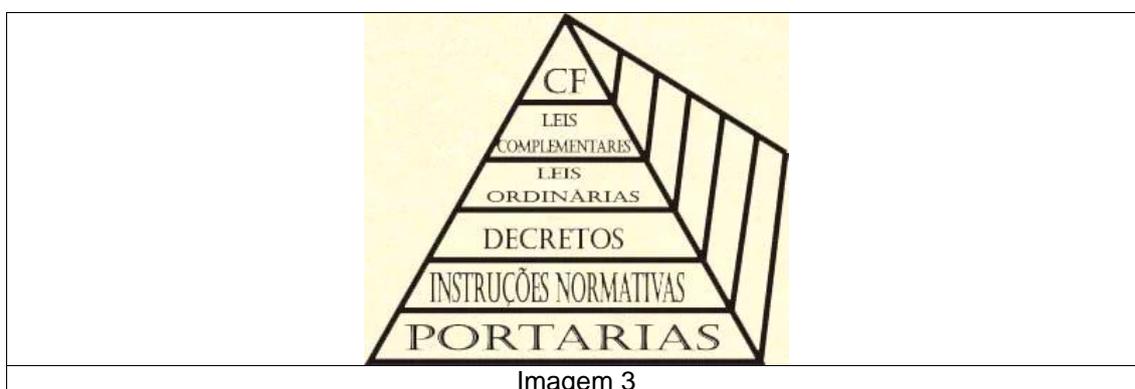
O ordenamento brasileiro é composto por um conjunto de normas variadas. Tais normas são divididas em espécies, sendo elas, as normas constitucionais, as leis ordinárias, os decretos, as portarias, as instruções etc., incluindo, ainda, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, que possuem força normativa.

Diante dessa variedade de normas, o Brasil adotou um sistema para organizá-las. Assim, o ordenamento brasileiro aplica, nos dias de hoje, o sistema hierárquico de normas conhecido como a Pirâmide de Kelsen.

Na concepção de Kelsen, as normas são estabelecidas como uma pirâmide, do qual a hierarquia suprema, ou seja, o topo dessa pirâmide, é representado pela Constituição federal, devendo as demais normas abaixo ter seu pressuposto de fundamento a norma constitucional.

Em virtude da pluralidade das normas e da indeclinável função ordenadora do direito, compreende-se que sejam as normas superiormente colocadas na pirâmide jurídica (constituição e leis constitucionais).

Portanto, a Pirâmide de Kelsen pode ser projetada da seguinte forma:



Sendo assim, conclui CANOTILHO (1993, p. 785):

“Os actos normativos (leis, decretos-leis, tratados, decretos legislativos regionais, regulamentos) não têm todos a mesma hierarquia, isto é, não se situam num plano de horizontalidade uns em relação aos outros, mas sim num plano de verticalidade, à semelhança de uma pirâmide jurídica”.

Nesse sentido, a Constituição vai delimitar as atuações das Leis Complementares, Ordinárias, dos Decretos, das Medidas Provisórias, entre outras formas normativas. Assim, tais normas citadas possuem um limite de atuação, sendo vedada a ampliação de tais limites, de forma que uma norma não poderá sobrepor sobre outra, salvo disposição contrária da própria Constituição.

3. DECRETOS: IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO A LIBERDADE

Como tema principal do presente artigo visa levantar um questionamento acerca da legalidade de Decretos Estaduais, então vamos apresentar abaixo alguns Decretos Estaduais que vieram a restringir a liberdade de locomoção dos cidadãos.

3.1 Decreto Nº 20260 do Estado da Bahia

O presente decreto, datado de 02 de março do ano de 2021, publicado por ordem do Governador da Bahia, implementa em seu primeiro artigo uma restrição de locomoção noturna das 20h às 5h do dia subsequente.

"Fica determinada a restrição de locomoção noturna, vedados a qualquer indivíduo a permanência e o trânsito em vias, equipamentos, locais e praças públicas, das 20h às 05h, de 03 de março até 01 de abril de 2021, em todo o território do Estado da Bahia, em conformidade com as condições estabelecidas nos respectivos Decretos Municipais".

Nesse contexto, nota-se que foi estipulado, no jargão popular, um “toque de recolher”, em que a força estatal proibia o tráfego de pessoas dentro do horário estabelecido, de forma que o direito de ir e vir dos cidadãos, por hora, foi

prejudicado por meio de um simples ato normativo oriundo do chefe do Poder Executivo Estadual.

3.2 Decreto Nº 41874/2021 do Distrito Federal

O Decreto Estadual nº 41874 do Distrito Federal, publicado por ordem do governador do presente estado, determinou em seu artigo 1º o toque de recolher, restringindo, dessa forma, o trânsito de pessoas dentro do horário determinado no decreto, seguindo, ainda, a determinação imposta pelo artigo 2º.

“Art. 1º Fica decretado toque de recolher das 22h às 05h em todo o território do Distrito Federal.

Art. 2º Durante o intervalo de tempo referido no art. 1º, todos deverão permanecer em suas residências em período integral, ressalvado o deslocamento realizado, em caráter excepcional, para atender a eventual necessidade de tratamento de saúde emergencial, ou de aquisição de medicamentos em farmácias”.

Evidencia-se, nesse decreto distrital, assim como no exposto anteriormente, a restrição ao direito de ir e vir por mero ato do chefe do Poder Executivo Distrital, que demanda um questionamento constitucional sobre a imposição feita aos cidadãos alvos desse decreto.

3.3 Decreto Nº 6284/2020 do Estado do Paraná

O decreto nº 6284, datado de 01 de dezembro de 2020, publicado por ordem do governador do presente estado citado, determinou em seu artigo 1º o toque de recolher. Portanto, assim como os demais apontados acima, proibiu o deslocamento de pessoas no período previsto das 23h às 5h do dia subsequente.

“Art. 1º Institui, no período das 23 horas às 05 horas, diariamente, proibição provisória de circulação e aglomeração em espaços e vias públicas como medida de enfrentamento à pandemia da COVID-19”.

Dessa forma, assim como os demais, verifica-se que por um ato do chefe do Poder Executivo Estadual, cidadãos presentes no Estado do Paraná durante a validade do presente decreto, tiveram restrições quanto ao direito de ir e vir no horário compreendido no texto do decreto, demandando assim como os demais um questionamento sobre sua legalidade frente ao nosso ordenamento constitucional.

Além dos apresentados acima, onde nota-se uma restrição geral imposta, verifica-se em outros decretos de outros estados restrições implementadas em locais públicos, como o ocorrido no decreto nº 48.832 do Estado do Pernambuco, que proibiu a utilização de praias, calçadões e outros espaços públicos por parte das pessoas, mesmo que para a prática de atividades físicas.

4. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: DIREITO E LIMITAÇÕES

4.1 LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Alguns direitos são necessários à existência humana, tal como a liberdade de locomoção. O ser humano necessita se locomover, seja para produção, saúde, lazer ou qualquer outro motivo/circunstância. Por causa dessa necessidade, a liberdade de locomoção se faz presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 13, já referenciado.

A Carta Magna brasileira recepcionou o direito a locomoção como direito fundamental, com previsão expressa no art. 5º, inciso XV, já citado. Por se tratar de um direito fundamental, a própria Constituição criou regras quanto a sua delimitação, conforme apresentado no tópico abaixo.

4.2 RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Existe atualmente no Brasil duas formas já concretizadas de restrição de liberdade, contidos na própria Constituição Federal, sendo: a lei, o Estado de Sítio e o Estado de Defesa, respeitando seus limites.

4.2.1 Restrição à Liberdade de Locomoção por Lei

A Constituição, no que tange os direitos fundamentais, em que está presente o direito à livre locomoção, determinou expressamente que tal liberdade poderá sofrer restrição por lei. Sendo assim, a Constituição apresenta os termos “por lei”, “com base na lei”, e, por último, “a reserva da lei”.

O inciso XV, do artigo 5º da Constituição Federal, trata da liberdade de locomoção. Tal liberdade pode ser suprimida por lei, em casos estabelecidos, como previsto no inciso XLVI do mesmo artigo, que de forma expressa determina que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade.

Dessa forma, segue abaixo alguns exemplos de restrições de liberdades previstos em lei.

- Código de Processo Penal – Lei 3.689/41 – O código de processo penal traz algumas hipóteses onde a liberdade pode ser restringida, como por exemplo, no caso do artigo 244 que autoriza privação da liberdade durante uma abordagem policial legal. Outra hipótese de restrição de locomoção ocorre no caso do art. 310, I, que autoriza a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva e a hipótese do artigo 301 que permite privação da liberdade ao indivíduo que for flagrado praticando delito.

“Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

“Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

“Art. 310, I - converter a prisão em flagrante em preventiva”

- Lei Nacional nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989: A presente lei dispõe a prisão temporária.

- Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 2015 – O código de processo civil traz a hipótese a restrição de liberdade mediante mandado de prisão pelo não cumprimento da pensão alimentícia, sendo este, a única hipótese de cumprimento de prisão civil.

“§ 3º. Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”.

Nos termos aplicados acima, verifica-se que a imposição de restrição à liberdade por parte do Estado pode ocorrer como sansão, ou quando houver fumaça do delito e perigo de liberdade, caso em que pode ser solicitada uma restrição de liberdade por meio de uma prisão cautelar.

É claro, podemos frisar que existem outros meios de restrição de liberdade de locomoção, como por consentimento das partes, ou de forma ilegal, por meio de crimes como os de sequestro e cárcere privado e os crimes de roubo com restrição de liberdade e extorsão com restrição de liberdade.

4.2.2 Restrição à Liberdade de Locomoção por Estado de Sítio e Estado de Defesa

O Capítulo I do Título V da Constituição Federal aborda o Estado de Sítio e o Estado de Defesa, que compõem junto da Intervenção Federal o Estado de Exceção.

Abordaremos então o Estado de Sítio e o Estado de Defesa, pois é possível verificar no texto constitucional a possibilidade de privação da liberdade de locomoção durante a vigência de tais estados.

- DO ESTADO DE DEFESA

Compondo a primeira seção do título/capítulo citado no tópico 2.2.2, o Estado de Defesa é apresentado na Constituição Federal por meio do artigo 136. Tal estado de exceção é decretado mediante a algumas hipóteses e obedecendo alguns limites, como cita o autor FERREIRA FILHO (2020, p. 298).

“O Estado de Defesa, sempre decretado por prazo determinado (no máximo trinta dias e somente prorrogável uma vez por outros trinta dias — art. 136, § 2º) e em área também determinada, autoriza as seguintes medidas: “I — restrições aos direitos de: (a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; (b) sigilo de correspondência; (c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; e II — ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União por danos e custos decorrentes”.

No parágrafo terceiro, o constituinte apresenta a prisão por crime contra o Estado. Tal restrição de liberdade de locomoção não ocorre por uma sanção penal aplicada pelo Poder Judiciário por meio de um julgamento de mérito, mas sim de uma restrição imposta pelo executor da medida em caso de crime contra o Estado.

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

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

À primeira leitura, tal prisão na prática se assemelha com a prisão em flagrante (prevista no Código de Processo Penal), porém o texto constitucional não faz tal referência. Verifica-se, desse modo, que existe uma forma de restrição de liberdade que não está prevista em uma lei complementar ou ordinária, sendo uma forma de restrição excepcional.

- ESTADO DE SÍTIO

Compondo a primeira seção do título/capítulo citado no tópico 2.2.2, o Estado de Sítio é apresentado na Constituição Federal por meio dos artigos 137 a 139. Diferente do Estado de Defesa, o Estado de Sítio pode ser decretado em todo território nacional, sendo o estado de exceção com maior poder de restrição de

direitos e garantias fundamentais. Segue as colocações do autor FERREIRA FILHO (2020, p. 298) sobre o tema.

“Medida excepcional e perigosa, o Estado de Sítio só deve ser declarado em circunstâncias excepcionais e graves, de perigo extremo para a ordem constitucional. Para o constituinte brasileiro, essas circunstâncias se agrupam em duas hipóteses: a comoção grave (art. 137, I) e a guerra externa (art. 137, II)”.

A decretação do Estado de Sítio decorre de uma situação de extrema perturbação, sendo que o constituinte não a taxou como sendo apenas uma perturbação no aspecto da segurança da população. Nesse contexto, segue o posicionamento de FERREIRA FILHO (2020, p. 294).

“Apesar de a letra da Constituição opor-se a essa interpretação, com Pontes de Miranda³³ se deve entender que sim. De fato, podem ocorrer, ao mesmo tempo, em todo o território nacional, perturbações que justifiquem o recurso ao Estado de Sítio, não havendo razão para que, por apego ridículo à letra da Constituição, seja negado esse meio à defesa da ordem constitucional”.

No caso de grave perturbação prevista no artigo 137, I, de forma clara e evidente a forma com a qual o Estado poderá restringir a liberdade de locomoção, por meio do texto do inciso I do artigo 139, que de forma expressa determina “obrigação de permanência em localidade determinada”.

Como o texto constitucional não explicou de forma detalhada os limites de tal imposição de restrição, pode ser facilmente compreendida que a restrição pode ser decretada, proibindo os cidadãos de saírem de seus Estados Membros, Municípios ou até mesmo de suas residências, ou impondo que as pessoas fiquem em um ponto específico, como um abrigo, durante um prazo determinado ou até segunda ordem.

5. DECISÕES DO JUDICIÁRIO

Alguns Estados implementaram Decretos restringindo a liberdade dos cidadãos sob alegação de necessidade, imputando, inclusive, crime previsto no código penal para as pessoas que desrespeitassem os Decretos.

Dessa forma, algumas pessoas acabaram sendo detidas e presas em flagrante por descumprir as normas estabelecidas por Decretos. E devido a essas prisões, o Poder Judiciário foi acionado para julgar os casos. Segue abaixo alguns desses julgados.

5.1 TJSP – PROCESSO 1500681-23.2021.8.26.0530

O presente processo deu início quando um comerciante de Ribeirão Preto, no Estado de São Paulo, foi preso por deixar seu estabelecimento comercial aberto mesmo com as restrições previstas no Decreto Estadual. O comerciante foi detido em flagrante delito e teve sua liberdade de locomoção cerceada.

O Ministério Público pediu a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva. O magistrado Dr. Giovani Augusto Serra Azul Guimarães, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da Comarca de Ribeirão Preto – SP, na função de Plantonista e, por sua vez, presidente do processo, indeferiu o pedido do MP e relaxou a prisão do comerciante, alegando que a prisão era em sua fala “manifestamente ilegal e deve ser relaxada, nos termos do art. 5º, inciso LXV, da Constituição da República, e do art. 310, inciso I, do Código de Processo Penal”.

O magistrado do caso ainda seguiu seu posicionamento, dizendo que a liberdade só poderia ser cerceada em casos específicos, como o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

“Conforme ressabido, de acordo com os artigos 136 e 137 da Magna Carta brasileira, as únicas hipóteses em que se podem restringir alguns dos direitos e garantias fundamentais são os chamados Estado de Defesa e o Estado de Sítio, cuja decretação compete ao Presidente da República, com aprovação do Congresso Nacional, nos termos dos mesmos dispositivos constitucionais citados”.

Assim, o magistrado entendeu por vários motivos que a prisão era irregular e que os Decretos Estaduais não tinham autonomia ao ponto de criar ou restringir direitos, como eram os antigos Decretos autônomos.

5.2 STF – SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.315 PARANÁ

O presente julgado tem início com um *Habeas Corpus* movido pelo Prefeito do Município de Umuarama, no Estado do Paraná, devido a decisão do TJPR que concedeu uma Liminar que suspendia o artigo 2º do Decreto 87/2020 publicado pelo impetrante, do qual determinava o toque de recolher das 21h às 5h do dia subsequente.

O recurso foi movido até chegar a pauta do Supremo Tribunal Federal, que por meio da decisão monocrática do Ministro Dias Tóffoli manteve os efeitos da Suspensão do artigo 2º do Decreto 87/2020 do Município de Umuarama/PR. Em seu relatório, o ministro realizou algumas pontuações.

“A própria decisão cautelar, proferida pelo eminente Ministro Marco Aurélio, nos autos da ADI nº 6.341, aborda a possibilidade da edição, por prefeito municipal, de decreto impondo tal ordem de restrição, mas sempre amparado em recomendação técnica da ANVISA. [...] Assim, muito embora não se discuta, no caso, o poder que detém o chefe do executivo municipal para editar decretos regulamentares, no âmbito territorial de sua competência, no caso concreto ora em análise, para impor tal restrição à circulação de pessoas, deveria ele estar respaldado em recomendação técnica e fundamentada da ANVISA, o que não ocorre na espécie”.

Ante o exposto, embora o ministro, numa decisão monocrática, entenda que o Decreto é meio adequado para se restringir a liberdade, inclusive, a de locomoção, há que se destacar a necessidade de motivação dos atos administrativos considerando seu aspecto técnico científico. Como não havia por parte da esfera Federal ou Estadual Decretos que viessem a versar o mesmo exposto do artigo 2º do Decreto 087/2020 do Município de Umuarama/PR, tampouco recomendações da Anvisa, verificou-se que esse trecho do Decreto era ilegal por falta de motivação, sendo assim, manteve a decisão do TJPR suspendendo o trecho citado.

Mesmo não se tratando de um julgado a partir de um Decreto Estadual, este julgado torna-se imprescindível a este estudo, haja vista que o exposto no

Decreto Municipal citado acima muito se assemelha aos Decretos Estaduais apresentados no tópico 2 deste artigo.

6. CONCLUSÃO

Diante do cenário pandêmico que o planeta vivencia, tivemos a oportunidade, no mundo jurídico, de verificarmos hipóteses de restrição de liberdade, sobretudo a de locomoção, da qual não estamos acostumados a se submeter.

De certo modo, o constituinte originário reconheceu, em 1988, as hipóteses excepcionais que deveriam ser arroladas no caso em concreto para se validar uma vertente de restrição de direitos e garantias fundamentais. De outro lado, temos a lei em sentido estrito, que o próprio Art. 5º, inciso II, nos preserva.

Face ao exposto, estamos em um estado de excepcionalidade reconhecida mundialmente, porém a ordem jurídica deve prevalecer diante o cenário; ocasionando, portanto, as restrições dos direitos e garantias fundamentais de forma a não violar o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a Carta Magna de 1988.

Se a Constituição já traz as balizas, dentro de um contexto jurídico, sobre a forma que se deve dialogar para que seja restringido direitos e garantias fundamentais, então devemos segui-las de forma a estabelecer uma ponte a ser perpassada para alcançarmos o outro lado da margem do rio, sob pena de violar uma ordem jurídica por inteiro.

A ponte a ser perpassada, diante dos argumentos acima destacados, é a própria lei e os estados de exceção a serem autorizados e decretados pelo Poder Executivo Federal com a participação do Poder Legislativo, em um verdadeiro ato complexo, em que necessita da atuação conjunta dos dois Poderes para se colacionar os Estados de Sítio e Estado de Defesa no caso em concreto.

Por esse viés, caso exista algum outro caminho que não seja essa ponte estabelecida pela Carta Política, teremos uma via fadada ao fracasso da inconstitucionalidade, pois, no campo da validade, temos que o pressuposto de

todas as demais normas, inclusive os Decretos Estaduais, é a Constituição Federal.

Atuando dessa forma, teremos a própria concretização de neoconstitucionalismo, em que se verifica que a norma a ser editada deve ser interpretada num viés constitucional, ou seja, primeira veja se a Constituição permite a regra ou o princípio que a norma infraconstitucional quer estabelecer, e então, em ato posterior, observa-se, perpassado a análise constitucional, a norma em si promulgada.

Somente assim, num verdadeiro e longo caminho a ser trilhado naquela ponte para se alcançar a outra margem do rio, é que se alcançaremos a irradiação da Constituição Federal para os demais campos do direito, pois, em sentido contrário, diante de qualquer cenário mundial, teremos a violação, em sentido formal, da Carta Magna.

Portanto, teremos que, sem sombra de dúvidas, defender a Constituição em seu aspecto material e formal para não nos apresentarmos do outro lado do rio num aspecto deformado no ponto de validade frente a Carta Maior, tendo em vista que a validade e a eficácia da norma maior deve ser defendida mesmo em uma situação de calamidade pública. Caso contrário, teremos a situação em que se abre um precedente que certamente poderá ser perigoso para a ocorrência dos demais precedentes.

O Decreto Estadual, portanto, não é o caminho correto para se alcançar o outro lado da ponte, porquanto a uma patente inconstitucionalidade quanto a forma utilizada para se restringir os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, sobretudo o direito da liberdade de locomoção.

Se a Carta Política, que autoriza a liberdade de locomoção, for restringida por lei em sentido estrito, não podemos fazer tábula rasa de tal instituto. Na verdade, a restrição por meio de lei é o próprio direito e garantia fundamental do cidadão estabelecido no Art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Assim, para se alcançar o outro lado daquela ponte, deveremos provocar o Poder Legislativo para que entre em caráter de emergência para se discutir,

votar e aprovar as leis que restringem os direitos e garantias fundamentais do cidadão, pois é preceito fundamental que isso aconteça para validar a norma editada dentro do ordenamento jurídico.

Por esse viés é que os direitos e garantias fundamentais são inalienáveis, tendo em vista que não se pode vender o direito de ser restringido o direito de ir e vir apenas por lei, pois é o Poder Legislativo que tem o papel de editar normas com caráter abstrato e de efeitos gerais que obrigam a todos dentro daquela região do Estado ou do País circunscrita.

Se o Poder Constituinte Originário quisesse, poderia muito bem ter estabelecido que o Decreto poderia ser fonte normativa idônea para veicular restrição de direito fundamental do cidadão. Contudo, não o fez devido a fortes acontecimentos durante o regime militar que vigorou no país entre as décadas de 1960 e 1970. Por esse viés, retirou a autonomia do Poder Executivo em editar Decretos-Leis com conteúdo normativo no sentido de se evitar que um Poder usurpe as funções de outro Poder de forma arbitrária e com fins pessoais.

Por essa razão, temos o Poder Legislativo, em que o próprio povo, por meio dos seus representantes eleitos, que controla a si mesmo acarretando em um controle da massificação social por meio das pessoas que o povo votou e elegeu. Logo, qualquer restrição de direitos e garantias fundamentais será legítima num aspecto de que os seus próprios pares – Poder Legislativo -, controlam toda a massa social – povo, por meio das leis editadas por esse Poder.

Desse modo, é de se apontar que o caminho estreito, mas bem claro, a ser trilhado é o de se restringir os direitos fundamentais por meio de lei e não por um simples ato administrativo, que é o Decreto, tendo em vista que a Constituição não tem preceitos inúteis. Ou seja, onde o Constituinte Originário estabeleceu um sentido inequívoco, não cabe ao intérprete restringir ou aumentar aquele preceito, sob pena de usurpar as funções desse constituinte.

Conhecemos que a decisão tomada no Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem efeitos gerais e erga omnes, mas

nem por isso não podemos contra-argumentar com os preceitos estabelecidos naquela decisão, pois, na seara do saber, principalmente na do Direito, não temos um sentido inequívoco para determinada norma. Logo, apesar do Supremo ter colmatado que o Decreto seja norma viável a restringir direitos fundamentais, vemos que a interpretação está equivocada, pois a competência administrativa estabelecida no Art. 23 não autorizou a restrição de liberdades fundamentais. Aliás, a norma transcrita no Art. 23 é apenas administrativa, ou seja, a de executar atividades em prol do interesse público da saúde, mas não de legislar sobre a matéria de saúde pública.

Por esse viés, entendemos a respeitável decisão do Supremo Tribunal Federal, mas não concordamos com a decisão totalmente, em virtude dos aspectos e motivos que interpelam a norma. Entendemos que seja correto até mesmo para se editar uma lei em sentido formal, até mesmo porque a lei, quando se baseia em viés de saúde pública de caráter científico, não deve se desprender dos motivos que ensejaram a criação daquela lei, sob pena de não ter eficácia social no campo prático, mas apenas eficácia legal.

Por todo o exposto, a conclusão que podemos retirar da presente pesquisa é que num viés de restrição de garantias, a Carta Magna de 1988 estabeleceu garantias para que o cidadão brasileiro seja restrito nos seus direitos fundamentais. Em razão disso, acaso ocorra alguma inobservância, ao alcançar o outro lado da ponte, restará evitada de vícios formais que não irão permitir a validade daquela norma dentro do ordenamento jurídico-constitucional, sobretudo se essa norma for um Decreto Estadual.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos". Artigo 13. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

BRASI. Estado da Bahia. Decreto Estadual nº 20.260 de 02 de março de 2021. Publicado em: <https://leisestaduais.com.br/ba/decreto-n-20260-2021-bahia-institui-nos-municipios-do-estado-da-bahia-as-restricoes-indicadas-como-medidas-de-enfrentamento-ao-novo-coronavirus-causador-da-covid-19-e-da-outras-providencias>.

BRASIL, Brasília, Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 1.315 do Estado do Paraná. Ministro Dias Toffoli, p.3. Decisão proferida em 17 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342924569&ext=.pdf>.

- BRASIL, Código de Processo Civil e Normas Correlatas. Lei 13.105 de 2015 – 9. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Art. 528, §3º, p. 115. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf.
- BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689 de 1941. Brasília, DF: Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569703/codigo_de_processo_penal_3ed.pdf.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: www2.senado.leg.br.
- BRASIL. Distrito Federal. Decreto Distrital nº 41874 de 19 de março de 2021. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=410544>.
- BRASIL. Estado do Paraná. Decreto Estadual nº 6284 de 01 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=405237>.
- BRASIL. Estado de São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo 1500681-23.2021.8.26.0530. Juiz de Direito Giovani Augusto Serra Azul Guimarães. Decisão proferida em 17 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-manda-soltar-comerciante.pdf>. Os dados do processo foram conferidos junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional** - 6ª ed., Coimbra , Almedina, 1993.
- Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. ed 41. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- HENRIQUES e MEDEIROS, Antonio e João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. rev. e reform. São Paulo : Atlas, 2017.
- ILANES, Miriany Cristini Stadler et al - **Direito constitucional** – Porto Alegre: SAGAH, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.