

Estado da publicação: O preprint foi publicado em um periódico como um artigo
DOI do artigo publicado: <https://doi.org/10.64568/rbinf.v9i18.1063>

A POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DO “LOCKDOWN” PELOS ESTADOS EM RAZÃO DA COVID-19

Andre Luiz dos Santos Nakamura

<https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.551>

Submetido em: 2020-05-22

Postado em: 2020-05-24 (versão 7)

(AAAA-MM-DD)

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do "lockdown" pelos Estados em razão da Covid-19.*

A POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DO "LOCKDOWN" PELOS ESTADOS EM RAZÃO DA COVID-19

THE POSSIBILITY OF "LOCKDOWN" DECRETION BY FEDERATED STATES BECAUSE OF COVID-19

André Luiz dos Santos Nakamura¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4785-4615>

Resumo: O *lockdown* é a forma mais severa de afastamento social para conter a pandemia da Covid-19 que ocasiona uma restrição ao direito fundamental de locomoção. Através de uma análise do direito fundamental de locomoção, bem como da distribuição de competências dentro do Estado federal brasileiro, este artigo mostra como podem os Estados e Municípios decretarem o *lockdown*. A conclusão a que se chegou mostra a desnecessidade de prévia decretação de estado de defesa ou estado de sítio. O poder de polícia sanitário cuja atribuição aos Estados e Municípios decorre de norma expressa da Constituição Federal, bem como da legislação que regula o sistema único de saúde no Brasil permitem que, mesmo sem lei específica, possam os entes que compõem a federação brasileira decretarem o *lockdown*. Entretanto, apenas se mostra viável o *lockdown* se observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Abstract: Lockdown is the most severe form of social exclusion to contain the Covid-19 pandemic, which causes a restriction on the fundamental right of mobility. Through an analysis of the fundamental right of locomotion, as well as the distribution of competences within the Brazilian federal state, this article shows how States and Municipalities can decree the lockdown. The conclusion reached shows the need for no previous declaration of a state of defense or a state of siege. The power of the health police whose attribution to the States and Municipalities derives from an express rule of the Federal Constitution, as well as from the legislation that regulates the single health

¹ Doutor em Direito Político e Econômico (2018) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2012). Coordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo. Professor titular na Universidade Paulista (UNIP). Professor palestrante no Curso de Especialização Lato Sensu de Direito Administrativo na PUC/SP (COAGEAE). Professor na Escola Superior da Advocacia (ESA/SP). Procurador do Estado de São Paulo. Conselheiro titular no Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDEPHAAT), Conselho do Patrimônio Imobiliário da Secretaria de Governo do Estado de São Paulo e Conselho Curador da Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo. Árbitro na Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do "lockdown" pelos Estados em razão da Covid-19.*

system in Brazil, allows, even without a specific law, the entities that make up the Brazilian federation decree the lockdown. However, the lockdown is only feasible if it observes the principles of proportionality and reasonableness

Palavras-chave: *lockdown*. Direito de locomoção. Pandemia. Saúde. Covid-19.

Keywords: *lockdown*. Right of locomotion. Pandemic. Health. Covid-19.

Introdução

A Covid-19 ocasionou uma pandemia mundial, declarada pela Organização Mundial de Saúde em 11 de março de 2020². Estima-se que poderão morrer em torno de 478 mil pessoas no Brasil³. Trata-se de uma situação poucas vezes vista no mundo e que irá gerar novos desafios do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Uma questão de alta indagação é se os Estados e Municípios podem decretar o *lockdown* e que instrumentos normativos seriam necessários para tanto.

Por meio da análise das normas constitucionais que disciplinam as competências legislativas e administrativas dos entes federados, da teoria constitucional sobre a federação, bem como da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, este artigo pretende traçar as possibilidades de decretação de um *lockdown* pelos Estados e Municípios, se dependeria da prévia decretação do estado de defesa ou de sítio, bem como se tal ato poderia ser feito por meio de decreto ou seria necessária prévia autorização legislativa.

1. O *lockdown* como medida de contenção da epidemia decorrente da Covid-19.

² Organização Mundial da Saúde – OMS. Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. *OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia.* Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 04/05/2020.

³ DOWD, Jennifer Beam et al. Demographic science aids in understanding the spread and fatality rates of COVID-19. *OSFHome*. Disponível em: https://osf.io/fd4rh/?view_only=c2f00dfe3677493faa421fc2ea38e295. Acesso em 04/05/2020.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do "lockdown" pelos Estados em razão da Covid-19.*

O *lockdown* é o nível mais alto de segurança e pode ser necessário em situação de grave ameaça ao Sistema de Saúde. Durante um bloqueio total, todas as entradas do perímetro são bloqueadas por profissionais de segurança e ninguém tem permissão de entrar ou sair do perímetro isolado⁴.

Difere o *lockdown* das demais medidas de distanciamento social, tais como o distanciamento social ampliado, conhecido como quarentena, e o distanciamento social seletivo, conhecido como isolamento vertical.

O distanciamento social ampliado é uma medida de distanciamento social que não é limitada a grupos específicos, exigindo que todos os setores da sociedade permaneçam na residência durante a vigência da decretação da medida pelos gestores locais. Esta medida restringe ao máximo o contato entre pessoa⁵.

O distanciamento social seletivo é o distanciamento social onde apenas alguns grupos ficam isolados, sendo selecionados os grupos que apresentam mais riscos de desenvolver a doença ou aqueles que podem apresentar um quadro mais grave, como idosos e pessoas com doenças crônicas (diabetes, cardiopatias etc.) ou condições de risco como obesidade e gestação de risco. Pessoas abaixo de 60 anos podem circular livremente, se estiverem assintomáticos⁶.

Entretanto, a implantação de um *lockdown* nos traz as questões: quem teria a competência para decretá-lo? Dependeria de prévia decretação de estado de defesa? Poderia ser feito por ato administrativo ou dependeria de lei?

2. O direito fundamental de locomoção e a possibilidade de sua restrição por meio do *lockdown*.

O *lockdown* deve ser visto como um instrumento de proteção da saúde e da vida das pessoas. Entretanto, ele limita de forma intensa um direito fundamental de locomoção

⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*. 06/04/2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/06/2020-04-06-BE7-Boletim-Especial-do-COE-Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>. Acesso em 19/05/2020.

⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*. 06/04/2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/06/2020-04-06-BE7-Boletim-Especial-do-COE-Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>. Acesso em 19/05/2020.

⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*. 06/04/2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/06/2020-04-06-BE7-Boletim-Especial-do-COE-Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>. Acesso em 19/05/2020.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

previsto no art. 5º, inciso XV da Constituição nos seguintes termos: “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”.

A liberdade de locomoção abrange a liberdade de locomoção propriamente dita e a de circulação. Conforme lição de José Afonso da Silva, “a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o *direito de ir e vir* (viajar e migrar) e *de ficar e de permanecer*, sem necessidade de autorização⁷”. Já o direito de circulação, ainda segundo José Afonso da Silva, “consiste na *faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública afetada ao uso público*⁸”.

O art. 5º, inciso XV da Constituição prevê a possibilidade da lei regular o direito à locomoção. Existe o entendimento de que somente em tempos de guerra poderia a referida lei mencionada no dispositivo constitucional limitar a liberdade de locomoção. Segundo José Afonso da Silva, “a lei referida no dispositivo não se aplica à hipótese de locomoção dentro do território nacional em *tempo de paz*. Portanto, será inconstitucional lei que estabeleça restrições a essa locomoção⁹”.

Entretanto, não parece ser esta a melhor exegese do dispositivo constitucional. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “como qualquer outro direito fundamental, notadamente o campo das liberdades, também a liberdade de locomoção não constitui um direito absoluto, no sentido de imune a limites e restrições¹⁰”. No mesmo sentido Carlos Henrique Maciel ensina que “o direito à livre locomoção é de índole restringível, seja pela legislação infraconstitucional seja por outra norma de hierarquia constitucional. *Em tempo de paz* sofrerá os encurtamentos da lei¹¹”. Por fim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “claro, essa liberdade de ir ou ficar termina onde atenta contra o bem geral¹²”.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 111.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 111.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 112.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 529.

¹¹ MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 871.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 299.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

O direito de locomoção pode ser restringido mesmo em tempo de paz, desde que exista outro direito fundamental a ser protegido mediante a implantação de uma medida restritiva da locomoção das pessoas, tal como para evitar a expansão de uma pandemia. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, “não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto¹³”.

3. Da desnecessidade de prévia decretação de estado de defesa ou de sítio para implantação de um *lockdown*

Superada a possibilidade de restrição do direito à locomoção em tempos de paz, surge outra indagação a ser respondida: seria necessária a prévia decretação do estado de sítio ou de defesa. Dispõe o art. 139, I, da Constituição Federal que na vigência do estado de sítio decretado em razão de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, poderão ser tomadas, dentre outras medidas, obrigação de permanência em localidade determinada. O Decreto que instituir o Estado de Defesa, conforme previsão do art. 136, § 1º determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

Nota-se, assim, que apenas no caso de decretação de estado de sítio é previsto expressamente a possibilidade de se instituir a obrigação de “permanência em localidade determinada”, ou seja, uma restrição à liberdade de locomoção. Já no estado de defesa tal restrição não está prevista, devendo-se entender-se possível, desde que necessária para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94.147, rel. min. Ellen Gracie, j. 27-5-2008, 2ª T, DJE de 13-6-2008.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

Celso Ribeiro Bastos ensina que a restrição ao direito de locomoção dependeria da decretação do estado de defesa, pois “como a Constituição prevê esta modalidade de restrição das liberdades como própria deste referido estado, não pode a lei estatuir limitações ao direito de livremente circular, sem a ocorrência do aludido pressuposto constitucional¹⁴”. Entretanto, em outra oportunidade, na mesma obra, argumenta que seria possível a restrição ao exercício do direito de locomoção nos casos de “prisão nas suas diversas modalidades, incluindo também aqueles confinados em decorrência de medidas de defesa da saúde pública, no combate às doenças infecto-contagiosas, podendo a lei determinar o confinamento dos atingidos, assim como dos suspeitos, estes durante um certo período (quarentena)¹⁵”.

A restrição do direito de locomoção pode ser realizada em razão da decretação de estado de defesa ou estado de sítio. Entretanto, também seria possível ser restringido o direito de locomoção, desde que exista um direito fundamental que deva ser preservado mediante a proibição de circulação de pessoas, mesmo sem a decretação do estado de defesa ou do estado de sítio.

A existência de uma pandemia não é um dos casos que permitem a decretação do estado de defesa. Este somente pode ser decretado, na forma do art. 136 da Constituição Federal, para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Da mesma forma, o estado de sítio, conforme art. 137, somente pode ser decretado se ocorrer uma comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, bem como declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Uma pandemia como a Covid-19 não pode ser equiparada a uma causa de grave e iminente instabilidade institucional. Esta poderia ser definida como um não funcionamento normal das instituições políticas do Brasil, como os Poderes Constituídos. Da mesma forma, calamidades de grandes proporções da natureza são terremotos, maremotos ou tsunamis. Assim, a pandemia de uma doença causada por um vírus não se

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.202.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 202.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

enquadra nas hipóteses de decretação de estado de defesa, nem do estado de sítio que pressupõe situações mais graves que as que são previstas para o estado de defesa.

A restrição do direito de locomoção, assim, pode ocorrer no estado de defesa ou de sítio, entretanto, caso existam razões que não se enquadrem nas hipóteses de decretação destes, como uma pandemia, nada impede a decretação do direito de locomoção, desde que respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

“As restrições cabíveis no estado de sítio (que abrange a hipótese de um estado de guerra externa) são, todavia, excepcionais e se justificam apenas na vigência de tal estado de exceção. Há, ainda um leque significativo de restrições das mais variadas naturezas e que não assumem tal feição excepcional. Um conjunto de restrições decorre da necessidade de salvaguardar outros direitos fundamentais ou mesmo bens jurídico-constitucionais, como é o caso do direito de propriedade, visto que a liberdade de locomoção não abrange o direito de livre ingresso na propriedade particular, notadamente em se tratando da residência de alguém, situação que chega a configurar ilícito penal, mas também existem *restrições fundadas e justificadas na necessidade de salvaguardar a saúde*, a segurança e a ordem públicas, impondo-se a ressalva de que, em qualquer caso, a legitimidade constitucional de tais restrições está condicionada à satisfação das exigências da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, já pelo fato de que, a teor do art. 5º, LIV, da CF, ninguém será privado de as liberdade sem o devido processo legal¹⁶”.

4. Das distribuições de competências nos entes federativos

O Brasil é uma federação, conforme preceito expresso dos arts. 1º e 18 da Constituição Federal. A federação pressupõe a autonomia entre dos entes federados. Conforme lição da doutrina:

“A autonomia cinge-se à capacidade das ordens jurídicas parciais gerirem negócios próprios dentro de uma esfera de pré-traçada pela entidade soberana. A autonomia está dentro da própria soberania. Por

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 529-530.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

isso, logra gradações, que se exteriorizam em quatro aspectos essenciais: *capacidade de auto-organização* (a entidade federativa deve possuir constituição própria); *capacidade de autogoverno* (eletividade de representantes políticos); *capacidade de autolegislação* (consiste na edição de normas gerais e abstratas); *capacidade de autoadministração* (prestação e manutenção de serviços próprios)¹⁷.

Conforme lição da doutrina, “a Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica¹⁸”. Um dos critérios utilizados para se definir as competências dos entes federativos, na ausência de atribuição expressa de competência no texto constitucional, é o critério do interesse:

“O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as unidades componentes do Estado Federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*¹⁹”.

Em regra, a federação deve prestigiar a autonomia dos entes federados. O fundamento da federação é a descentralização. Se um ente federativo de menor dimensão puder, de forma satisfatória, exercer determinada competência, não deve esta ser alocada para outro ente federativo de maior abrangência. É a aplicação do princípio da subsidiariedade. Conforme lição de André Ramos Tavares:

“O princípio da subsidiariedade, como tem sido denominado pela doutrina, quando aplicado no campo federativo significa, basicamente, que somente na hipótese de o nível mais individual não poder realizar a tarefa é que esta há de se transposta para um nível de agrupamento superior²⁰”.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 243.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.243-244.

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 862.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do "lockdown" pelos Estados em razão da Covid-19.*

Ou seja, não havendo competência expressamente atribuída a um dos entes federativos, deve o intérprete da norma constitucional priorizar a que fomente a autonomia dos entes federativos e não a centralização de poderes na União:

“Nos regimes federalistas, respeitadas as opções realizadas pelo legislador constituinte e previamente estabelecidas no próprio texto constitucional, quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências e, conseqüentemente, a necessidade de definição do ente federativo competente para legislar sobre determinado e específico assunto, que engloba uma ou várias matérias com previsão ou reflexo em diversos ramos do Direito, caberá ao intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades como pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal, que garantam o imprescindível equilíbrio federativo²¹”.

A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de “federalismo cooperativo”, que encarece a colaboração entre os entes políticos de níveis diversos²² em assuntos que digam respeito a toda a República Federativa do Brasil²³. O Federalismo abrange a coordenação e a cooperação. Segundo Gilberto Bercovici:

“Dentre estas complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo, devemos distinguir a coordenação da cooperação propriamente dita. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: os entes federados sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma. A coordenação é um procedimento que busca um resultado comum e do interesse de todos. A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada autonomamente por ente federado, adaptando-a às suas peculiaridades e necessidades... Na cooperação, nem a União nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais²⁴”.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto na ADI 5352, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal Brasileiro à luz da Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. Nr. 86, 1991. P. 116-129.

²³ O próprio termo "federal", derivado do latim, significa pacto. Portanto, agrupando esses três princípios, podemos dizer que o federalismo significa o esforço de parceria para o estabelecimento de uma unidade entre os seus entes constituintes, sendo mutuamente reconhecida a igualdade e a integridade de cada um desses entes”. (PEPPE, Afílio Machado, et al. Reflexões sobre a federação brasileira. *Revista de Administração Pública* 31.4 (1997): 157-182)

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 1, p. 13-28, 2002.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

Apesar de a regra ser a cooperação, pode ocorrer conflitos entre os entes federativos. Conforme lição da doutrina, “se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses²⁵”. Assim, na federação os entes devem cooperar uns com os outros, bem como deve existir uma coordenação na forma de sua atuação, mas se verificada a existência de conflitos entre os entes federativos, deve ser utilizado o critério da preponderância de interesses, tendo em vista sempre o vetor exegético tendente a preservar a autonomia dos entes federativos.

5. Da possibilidade de Estados e Municípios decretarem o *lockdown*.

Considerando o *lockdown* como um meio de proteção à saúde, evitando-se a proliferação do vírus Covid-19, é possível afirmar que os Estados e Municípios teriam competência para sua instituição.

Dispõe o art. 23, II, da Constituição Federal que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Complementa tal norma o art. 30, inciso VII da Constituição Federal que atribui aos municípios a competência de prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Cuidar da saúde é uma das matérias de competência administrativa comum a todos os entes federativos. Conforme lição de José Afonso da Silva, a “competência comum significa que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra – até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população²⁶”.

Nos casos de competência comum, não devem existir decisões descoordenadas por todos os entes federados. Deve ocorrer uma decisão no âmbito da União que dará

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 828

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 273.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

uma diretriz geral a qual será adaptada por Estados e Municípios, tendo em vista suas necessidades e peculiaridades, sem prejuízo da tomada de decisões específicas por parte destes entes. Nesse sentido:

“O interesse comum viabiliza a existência de um mecanismo unitário de decisão, no qual participam todos os integrantes da Federação. Na realidade, há dois momentos de decisão na cooperação. O primeiro se dá em âmbito federal, quando se determina, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria. O segundo momento ocorre em âmbito estadual ou regional, quando cada ente federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades²⁷”.

Não se deve confundir a competência comum administrativa com a competência legislativa. O ente federativo que tem competência legislativa também tem competência administrativa. Entretanto, esta abrange o dever de cumprir leis editadas pelos outros entes que tratam da matéria de competência administrativa atribuída ao ente federativo. Conforme lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

“A competência administrativa é, em princípio, correlata à competência legislativa. Assim, quem tem competência para legislar sobre uma matéria tem competência para exercer a função administrativa quanto a ela. Entretanto, há todo um campo que é comum no plano administrativo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23). Neste, todos esses entes federativos devem cuidar do cumprimento das leis, independentemente da origem feral, estadual, distrital ou municipal²⁸”.

A competência para legislar em matéria de saúde é concorrente entre a União e os Estados, conforme disciplina do art. 24, XII da Constituição Federal. Complementa tal norma o art. 30, incisos I e II que atribui a competência aos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber. Assim, no âmbito da saúde, a competência legislativa da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, devendo os Estados e Municípios suplementarem as normas da União,

²⁷ BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 1, p. 13-28, 2002.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

podendo exercer a competência legislativa plena em caso de omissão sobre determinado assunto, conforme § 3º do art. 24 da Constituição Federal.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, as regras de competência concorrente devem ser interpretadas visando ao fortalecimento da autonomia local.

“As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. A análise das competências concorrentes (CF, art. 24) deverá priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades, de modo a assegurar o imprescindível equilíbrio federativo, em consonância com a competência legislativa remanescente prevista no § 1º do artigo 25 da Constituição Federal²⁹.”

As ações na área de saúde devem ser adotadas no âmbito do sistema único de saúde. Este, conforme art. 198 da Constituição Federal é um sistema de ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, com descentralização e com direção única em cada esfera de governo. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, “a diretriz constitucional da hierarquização, que está no caput do art. 198 da CF, não significou e nem significa hierarquia entre os entes federados, mas comando único dentro de cada uma dessas esferas respectivas de governo³⁰”.

Dentre as ações a serem executadas no sistema único de saúde, encontram-se as ações de vigilância sanitária, previstas no inciso II do art. 200 da Constituição Federal. Tais ações podem ser realizadas pelos Estados e Municípios. As ações de vigilância sanitária são também denominadas de polícia sanitária. Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, “a polícia sanitária dispõe de um elastério muito amplo e necessário à adoção de normas e medidas específicas, requeridas por situações de perigo presente ou futuro que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança dos indivíduos e da comunidade³¹”. Em razão da natureza das funções da polícia sanitária, ainda conforme Hely Lopes

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5352, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 6341 MC-Ref/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.4.2020. (ADI-6341)

³¹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 145.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

Meirelles, “o Poder Público dispõe de largo discricionarismo na escolha e imposição de limitações de higiene e segurança, em defesa a população³²”.

Existe a denominada “polícia sanitária”, fundada no inciso II do art. 200 da Constituição Federal, que deve ser exercido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em razão do art. 23, II, da Constituição Federal. Se, em razão do estágio da pandemia, mediante fundamentação comprovada em estudos técnicos, for necessária a decretação do *lockdown*, como a medida de polícia sanitária mais adequada e eficiente, podem os Estados e Municípios o decretarem. Se o estágio da epidemia que justifique a medida mais restritiva estiver contida dentro do território de um município, este deve decretar o *lockdown*; caso tenha ultrapassado o âmbito de um município, deve o Estado decretar o *lockdown*; e, por fim, caso tenha ultrapassado o âmbito de um Estado, deve a União decretar o *lockdown*.

Resta ainda esclarecer uma última questão: seria necessária a edição de lei para que fosse decretado um *lockdown* ou este poderia ser decretado por ato administrativo?

6. Da desnecessidade de lei para a decretação de um *lockdown*

O *lockdown* seria uma medida de polícia administrativa que nada mais é do que uma das modalidades do Poder de Polícia, atribuído à Administração Pública. Conforme lição de Marçal Justen Filho, “o poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade³³”.

Um dos aspectos mais relevantes para o trato da possibilidade de se instituir um *lockdown* seria a necessidade de sua instituição por lei. Todo ato do poder de polícia, depende de prévia autorização legislativa. Conforme lição de Marçal Justen Filho “é ilegal introduzir, por meio da atividade de polícia, limitação ou constrangimento não autorizado na lei³⁴”. Assim, não seria possível a introdução de um *lockdown* sem prévia

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 145.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 553.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 555.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

autorização legislativa, tendo em vista o princípio da legalidade, previsto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, é possível afirmar que já existe autorização legislativa para a decretação de um *lockdown*.

Primeiramente, temos o inciso II do art. 200 da Constituição Federal que prevê as atividades de vigilância sanitária. A Lei nº 8.080/90, em seu art. 6º, inciso I, alíneas “a” e “b” prevê que estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica. Conforme § 2º do art. 6º da referida lei, “entende-se por vigilância epidemiológica *um conjunto de ações* que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”.

As ações de vigilância epidemiológica devem ser executadas diretamente pelos Estados, atuando a União de forma subsidiária. Conforme dispõe expressamente o parágrafo único do art. 16 da Lei 8.080/90, “a União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional”.

A decretação de um *lockdown* estaria contida dentro do *conjunto de ações* previsto no § 2º do art. 6º da Lei 8.080/90. Dessa forma, independentemente da edição de lei estadual ou municipal, poderiam Governadores e Prefeitos decretarem um *lockdown*, desde que tal medida seja justificada pela situação epidemiológica em seus respectivos territórios.

Como um *lockdown* atinge um direito fundamental, que é o direito de ir e vir, deve ser utilizado apenas se não for mais possível deter o avanço epidemiológico mediante o uso de outros meios menos restritivos, como o mero distanciamento social ampliado ou seletivo. Apenas se o *lockdown* for o único meio eficaz para deter a epidemia deve ser utilizado. O uso de poder de polícia deve ser adequar ao juízo de proporcionalidade, conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legítima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa. Toda coação que

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico licitamente desejado pelo Poder Público é injurídica³⁵”.

O fato de o direito de locomoção ser um direito fundamental não é impedimento ao uso do poder de polícia como fundamento da sua limitação. O Poder de Polícia via assegurar a efetividade dos direitos fundamentais que podem colidir com outros direitos fundamentais. Havendo colisão de direitos fundamentais no exercício do Poder de Polícia, deve haver, no caso concreto, uma ponderação para que se possa escolher o que vai preponderar no caso concreto, conforme lição de Irene Patrícia Nohara:

“A relação ente o poder de polícia e os direitos fundamentais é evidente. Ao mesmo tempo em que se legitima a ação estatal de restrição da liberdade e da propriedade dos particulares, indispensável para o bem-estar público, há situações em que os valores coletivos a serem preservados colidirão com o conteúdo de direitos fundamentais também enunciados na Constituição, o que demandará do intérprete fazer um juízo de ponderação para, na ausência de possibilidade de harmonização completa dos direitos envolvidos, determinar qual terá maior peso e extensão de observância no caso concreto³⁶”.

A liberdade de locomoção é um direito fundamental, tal como a saúde e a vida. No caso concreto, o *lockdown*, caso seja a única alternativa viável para se evitar a propagação da Covid-19 pode ser fundamento para a restrição da liberdade de ir e vir. Ninguém pode ter a liberdade de ir e vir se esta for o instrumento para o contágio e morte de pessoas.

Conclusões

Em razão da pandemia decorrente da Covid-19, pode haver a necessidade de decretação da medida de distanciamento social mais restritiva, o chamado *lockdown*. Este somente pode ser decretado se, comprovadamente, outros meios de distanciamento social

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 843.

³⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2018, p. 158.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do "lockdown" pelos Estados em razão da Covid-19.*

se mostrarem ineficazes para conter a expansão da epidemia. Se houver qualquer outro meio de distanciamento social que possa ser utilizado, não deve ser decretado o *lockdown* por ser uma forma de restrição de um direito fundamental, o direito de ir e vir.

Como todo direito fundamental, o direito de ir e vir, a chamada liberdade de locomoção, pode ser restringido. Não se faz necessária a prévia decretação do estado de defesa ou estado de sítio para que se possa restringir o direito de locomoção. Uma epidemia não se compreende nos casos que autorizam a decretação do estado de defesa ou estado de sítio. Desde que atendidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pode o direito de locomoção ser restringido.

Os Estados e Municípios podem decretar o *lockdown*, tendo em vista que têm competência para realizações ações relativas à saúde, bem como podem implementar medidas de polícia sanitária. O critério deverá ser o interesse preponderante. Se a epidemia atingir um município, este deve decretar o *lockdown*. Se atingir mais de um Município, deve o Estado decretar o *lockdown*. Por fim, se a epidemia ultrapassar a área de um Estado, quem deve decretar o *lockdown* é a União.

Não haveria necessidade de prévia autorização legislativa para a decretação do *lockdown* porque este encontra fundamento na Constituição Federal e na Lei do Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/1990). Entretanto, deve a medida observar o princípio da proporcionalidade, sob pena de ilegalidade.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 1, p. 13-28, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*. 06/04/2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/06/2020-04-06-BE7-Boletim-Especial-do-COE-Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>. Acesso em 19/05/2020.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do "lockdown" pelos Estados em razão da Covid-19.*

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 94.147, rel. min. Ellen Gracie, j. 27-5-2008, 2ª T, DJE de 13-6-2008.

_____._____. ADI 5352, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018

_____._____. ADI 6341 MC-Ref/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.4.2020. (ADI-6341)

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOWD, Jennifer Beam et al. Demographic science aids in understanding the spread and fatality rates of COVID-19. *OSFHome*. Disponível em: https://osf.io/fd4rh/?view_only=c2f00dfe3677493faa421fc2ea38e295. Acesso em 04/05/2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O Estado Federal Brasileiro à luz da Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. Nr. 86, 1991. P. 116-129.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19.*

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo.* 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

Organização Mundial da Saúde – OMS. Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. *OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia.* Disponível em:

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 04/05/2020.

PEPPE, Atílio Machado, et al. Reflexões sobre a federação brasileira. *Revista de Administração Pública* 31.4 (1997): 157-182.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

Este preprint foi submetido sob as seguintes condições:

- Os autores declaram que estão cientes que são os únicos responsáveis pelo conteúdo do preprint e que o depósito no SciELO Preprints não significa nenhum compromisso de parte do SciELO, exceto sua preservação e disseminação.
- Os autores declaram que os necessários Termos de Consentimento Livre e Esclarecido de participantes ou pacientes na pesquisa foram obtidos e estão descritos no manuscrito, quando aplicável.
- Os autores declaram que a elaboração do manuscrito seguiu as normas éticas de comunicação científica.
- Os autores declaram que os dados, aplicativos e outros conteúdos subjacentes ao manuscrito estão referenciados.
- O manuscrito depositado está no formato PDF.
- Os autores declaram que a pesquisa que deu origem ao manuscrito seguiu as boas práticas éticas e que as necessárias aprovações de comitês de ética de pesquisa, quando aplicável, estão descritas no manuscrito.
- Os autores declaram que uma vez que um manuscrito é postado no servidor SciELO Preprints, o mesmo só poderá ser retirado mediante pedido à Secretaria Editorial do SciELO Preprints, que afixará um aviso de retratação no seu lugar.
- Os autores concordam que o manuscrito aprovado será disponibilizado sob licença [Creative Commons CC-BY](#).
- O autor submissor declara que as contribuições de todos os autores e declaração de conflito de interesses estão incluídas de maneira explícita e em seções específicas do manuscrito.
- Os autores declaram que o manuscrito não foi depositado e/ou disponibilizado previamente em outro servidor de preprints ou publicado em um periódico.
- Caso o manuscrito esteja em processo de avaliação ou sendo preparado para publicação mas ainda não publicado por um periódico, os autores declaram que receberam autorização do periódico para realizar este depósito.
- O autor submissor declara que todos os autores do manuscrito concordam com a submissão ao SciELO Preprints.