



FACULDADE SANTO AGOSTINHO
UNIDADE SETE LAGOAS
CURSO DE DIREITO

CAMILA FIALHO REIS DRUMOND

**PODER DE POLÍCIA E LIBERDADES INDIVIDUAIS EM TEMPOS DE
PANDEMIA: ASPECTOS JURÍDICOS DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE
DE LOCOMOÇÃO COMO MEDIDA SANITÁRIA**

Sete Lagoas – MG

2021

CAMILA FIALHO REIS DRUMOND

**PODER DE POLÍCIA E LIBERDADES INDIVIDUAIS EM TEMPOS DE
PANDEMIA: ASPECTOS JURÍDICOS DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE
DE LOCOMOÇÃO COMO MEDIDA SANITÁRIA**

Monografia apresentada à Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Leandro Barbosa Silva

Sete Lagoas – MG

2021

FACULDADE SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS- FASASETE

CAMILA FIALHO REIS DRUMOND

**PODER DE POLÍCIA E LIBERDADES INDIVIDUAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA:
ASPECTOS JURÍDICOS DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO
COMO MEDIDA SANITÁRIA**

Banca Examinadora de Trabalho de Curso, apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, FASASETE, como requisito parcial para obtenção de Grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR – Me. Leandro Barbosa Silva (FASASETE)

2º EXAMINADOR

3º EXAMINADOR

Sete Lagoas, _____ de _____ de 2021.

A aquele que sempre esteve ao meu lado, me incentivando, me ouvindo, me alegrando, me amando, e por tudo o que significa na minha vida: Marcelo. Obrigada pela dedicação e por sempre acreditar em mim e nos nossos projetos de vida. Com carinho, o meu eterno agradecimento.

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre, sob o prisma do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, sobre a possibilidade de restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção com o objetivo de conter os avanços da doença provocada pelo vírus SARS-CoV-2, responsável pela pandemia de caráter mundial. Discute-se se as medidas sanitárias, decorrentes do poder de polícia do Estado, possuem legitimidade para restringir direitos fundamentais, em favor de um bem mais caro à coletividade: a saúde pública. Para tanto, desenvolve-se um estudo sobre os direitos fundamentais, seu caráter principiológico e a aplicação do postulado da proporcionalidade como método de solução de conflito entre normas de direitos fundamentais. Além disso, estuda-se os limites do poder de polícia do Estado, especialmente no tocante ao estado de necessidade administrativo. Utiliza-se o método dedutivo, com investigação literária, jurisprudencial e da legislação brasileira. Ao final, conclui-se pela validade e legitimidade, em abstrato, das medidas restritivas das liberdades individuais de combate à pandemia previstas na Lei Federal 13.979/2020, o que não impossibilita o exame de validade formal e material em concreto dos atos normativos editados pelas autoridades competentes.

Palavras-chave: Poder de polícia. direitos fundamentais. limites. pandemia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.1 DA CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.2 DA CONSTRUÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO	20
2.4 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	23
2.5 DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
2.6 DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY	27
3 DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO.....	31
3.1 O PODER DE POLÍCIA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	37
3.2 DAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO PODER DE POLÍCIA.....	38
3.3 DOS LIMITES DO PODER DE POLÍCIA.....	41
3.3.1 Limites da atividade administrativa do poder de polícia	41
3.3.2 Limites impostos ao poder de polícia pelos direitos fundamentais	43
3.3.3 Poder de polícia, democracia e limites constitucionais: a ponderação proporcional entre objetivos coletivos e direitos fundamentais	47
4 DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COMO MEDIDA SANITÁRIA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19.....	50
4.1 DA RESTRIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE.....	52
4.2 O PODER DE POLÍCIA COMO LIMITE AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19	58
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

A COVID-19, infecção respiratória aguda provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2, mundialmente conhecido como novo Coronavírus, vem causando, desde a sua descoberta, em dezembro de 2019, em Wuhan, na China, uma grave crise sanitária de dimensões globais. Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS qualificou o surto epidemiológico como emergência de saúde pública de interesse internacional e, em março de 2020, ele foi reconhecido como pandemia.

De acordo com as evidências atuais, o SARS-CoV-2, da mesma forma que outros vírus respiratórios, é transmitido por contato próximo (menos de 1 metro), principalmente por meio de gotículas respiratórias. Entretanto, a especificidade desse vírus se deve à sua alta taxa de transmissibilidade, além, obviamente, da gravidade do quadro clínico que ocasiona nos infectados, podendo ir desde um quadro assintomático até um quadro de grave crise respiratória, levando à morte.

Diante desse cenário, diversas autoridades passaram a adotar medidas restritivas com a finalidade de tentar conter a pandemia e minorar a calamidade pública instalada. Iniciou-se, assim, uma intensa discussão acerca da constitucionalidade e da legalidade das medidas que limitam os direitos à livre circulação dos indivíduos, bem como de outras medidas capazes de minimizar os efeitos da pandemia.

Embora hoje, no Brasil, essa discussão esteja mais abrandada, até em virtude das decisões proferidas pela Suprema Corte, ainda sim continua sendo um assunto de extrema relevância. Isso porque, as autoridades ainda não decretaram o fim da pandemia, ou seja, embora os números de mortes e infectados estejam caindo em virtude do avanço da vacinação, ainda há o risco de uma mutação viral e o retorno do aumento do número de casos da doença.

É o que está ocorrendo na Europa neste momento. Alguns países da Europa, apontado como atual epicentro da doença pela Organização Mundial da Saúde – OMS, já começaram a adotar medidas para conter a nova onda da COVID-19. Segundo o site de notícia CNN Brasil (2021), países como Bélgica, Espanha, Irlanda e Alemanha começaram a adotar medidas restritivas. A Alemanha passou a exigir a obrigação de comprovação de vacinação e teste negativo para a COVID-19 para a utilização de transporte público. A Holanda, voltou a impor o lockdown parcial, como o fechamento dos comércios até às 19h por pelo menos três semanas.

Dessa forma, a justificativa para essa discussão consiste na extrema relevância do tema, em razão da novidade, importância e excepcionalidade da realidade vivida pela população, ocasionando consequências diretas e desafios relevantes para os operadores do direito.

O objetivo geral deste trabalho consiste em investigar a validade das medidas sanitárias adotadas no combate à pandemia, previstas na Lei 13.979/2020, em virtude do poder de polícia estatal, conformando-as com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Para tanto, terá como objetivos específicos: analisar o poder de polícia administrativo e sua conformação constitucional, legal e doutrinária; analisar a garantia constitucional da liberdade de locomoção e possibilidade de sua restrição; definir a natureza jurídica da limitação da circulação de pessoas, nos termos definidos na Lei 13.979/2020; e, por fim, à luz da teoria de Robert Alexy, argumentar acerca da ponderação feita pelo legislador na colisão entre garantias constitucionais à liberdade de locomoção e à saúde.

A metodologia empregada será a hipotética dedutiva com o objetivo de responder, por meio de estudo minucioso da doutrina, da jurisprudência e da legislação brasileira, as indagações acerca da possibilidade e da validade das normas que restringem direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Para tanto, será utilizado como marco teórico a “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy, no tocante ao tema de direitos fundamentais. E, quanto ao poder de polícia, será utilizado o livro “Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador” de Gustavo Binbenbojm.

Primeiramente, será feito um estudo geral sobre os direitos fundamentais, analisando a sua evolução histórica, bem como suas diferentes classificações e funções conforme a doutrina. Em seguida, o estudo passará a ser analisado sob uma perspectiva mais específica, analisando cada um dos direitos fundamentais objetos deste trabalho: o direito à locomoção e o direito à saúde.

Num segundo momento, será examinada a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, tendo como fundamento a teoria dos princípios de Robert Alexy, e, posteriormente, apresentado o postulado da proporcionalidade, com suas três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como método de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Em seguida, será explorada a relação do poder de polícia do Estado com os direitos fundamentais. Para tanto, será analisada a evolução histórica do poder de polícia, que deixou de ser uma prerrogativa incontestável da Administração Pública para ser um instrumento de concretização do interesse público. Ademais, serão apresentadas três situações em que os direitos fundamentais atuam como uma eficácia bloqueadora do poder de polícia, ou seja, limitando essa prerrogativa estatal.

Por fim, responderá, à luz da teoria da ponderação de Robert Alexy, se pode, uma medida de polícia administrativa, limitar o direito fundamental à livre locomoção, ou, se o direito à locomoção é uma garantia constitucional inatingível por medidas administrativas.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais encontra-se diretamente relacionado à noção de direitos humanos. Tal como é conhecida nos dias de hoje, a ideia de direitos humanos era estranha até o final da Idade Média. Somente com alvorecer da Idade Média, no final do século XV e início do século XVI – com o Renascimento, o surgimento do Estado moderno, a Reforma Protestante, a Revolução Científica – é que o conceito contemporâneo de direitos humanos começa a se delinear (BARROSO, 2020).

Subjacente à ideia de direitos humanos estava a de jusnaturalismo, que teve como um de seus defensores Thomas Hobbes, bem como a ideia de direitos naturais, identificados por John Locke como sendo a vida, a liberdade e a propriedade (BARROSO, 2020).

Somente após a 2ª Guerra Mundial é que o conceito atual de direitos humanos foi sedimentado. Na reconstrução do mundo moralmente devastado pelas atrocidades cometidas pelo totalitarismo e pelo genocídio, um novo conceito, enraizado na religião e na filosofia, surge no discurso político e jurídico como resposta aos perdedores do conflito: o da dignidade humana. Em pouco tempo, a ideia de dignidade humana se tornou o centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação dos direitos humanos, incorporando importantes documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) (BARROSO, 2020).

A dignidade humana se apoia fundamentalmente na filosofia moral, constituindo um valor fundamental, posteriormente convertido em princípio jurídico. Dessa maneira, Barroso (2020, p. 491) sustenta que “os direitos humanos são duas faces de uma mesma moeda: uma voltada para a filosofia moral e a outra para o Direito”.

Direitos Humanos são, portanto, uma combinação de fatores, como conquistas históricas, valores morais e razão pública, que, apoiados na dignidade da pessoa humana, formam um princípio que visa à proteção e ao desenvolvimento das pessoas. Por terem uma dimensão jusnaturalista, não dependem, para sua validade, de institucionalização, posituação ou mesmo efetividade social, funcionando como medida de legitimidade do próprio ordenamento jurídico do Estado (BARROSO, 2020).

Os direitos fundamentais, por sua vez, são direitos humanos reconhecidos e incorporados ao ordenamento jurídico interno de cada Estado, sendo “garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra” (MENDES e BRANCO, 2017, p. 136).

Marcelo Novelino esclarece, citando Robert Alexy (ALEXY, 1988 apud NOVELINO, 2014, p. 420), que:

Direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos transformados em direito positivo. Direitos humanos reclamam institucionalização. Assim, não existe apenas direito humano à vida se não direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito. Essa institucionalização inclui a necessária possibilidade de judicialização.

A positivação dos direitos fundamentais pode se dar de forma expressa ou implícita no texto constitucional ou no chamado bloco de constitucionalidade. Isso leva ao reconhecimento de que existem direitos fundamentais formalmente constitucionais, cujas propriedades estão associadas às fontes das quais emanam, bem como direitos materialmente constitucionais, cujo conteúdo constitucional diz respeito à proteção dos indivíduos em face do poder do Estado, à igualdade jurídica, à participação nos procedimentos democráticos, dentre outros (BARROSO, 2020).

As primeiras noções sobre os direitos fundamentais surgem em reação ao Estado Absoluto, que tinha como premissa a vontade ilimitada do soberano, sob o argumento de que o Estado deveria ser forte, absoluto e sem limites. Somente com o surgimento do modelo político chamado Estado Democrático de Direito, decorrente das chamadas revoluções liberais ou burguesas, por volta do século XVIII, que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é que houve o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais enquanto norma jurídica hierarquicamente constitucional capaz de limitar o poder político estatal (MARMELSTEIN, 2019).

A partir de então, a finalidade ética do Estado não era mais a mera satisfação de um ou de poucos indivíduos, mas a busca pelo bem comum, através da legalidade, da separação dos poderes e da democracia. Esse fenômeno passou a ser visto na maioria das Constituições modernas, que reservavam um capítulo específico para positivar os direitos do homem, chamando-os de direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2019).

2.1 DA CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conteúdo dos direitos fundamentais não é estático e foi construído ao longo do tempo, com a evolução histórica da humanidade, bem como com os valores que permeiam as sociedades de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais originou as chamadas gerações ou dimensões de direitos fundamentais.

Os direitos de primeira dimensão surgiram a partir das revoluções liberais do século XVIII e correspondem ao Estado Liberal. A ideia principal desses direitos está ligada ao valor da liberdade, tanto na esfera da autonomia privada (direitos e liberdades individuais), quanto na autonomia pública (direitos de participação política). São eles: o direito à vida, à liberdade, à igualdade formal, bem como o direito de votar e ser votado (BARROSO, 2020).

A segunda dimensão se identifica com os direitos ligados à igualdade material e correspondem aos direitos que se consolidaram no Estado Social, em resposta à luta pela desigualdade em decorrência da industrialização. São direitos que envolvem as chamadas liberdades sociais, os direitos trabalhistas, bem como os direitos à educação, saúde, previdência e assistência social (BARROSO, 2020).

Por fim, a terceira dimensão, ainda inspirada no lema da Revolução Francesa, é a da fraternidade (ou solidariedade). Teve como origem a necessidade de se atenuar as diferenças existentes entre as nações. Dentre os direitos integrantes estão a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, o direito à paz, bem como o direito ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos (BARROSO, 2020).

Nesta classificação, não há sobreposição de um direito sobre o outro nem a mera ideia de acréscimo no catálogo de direitos fundamentais. Há, sobretudo, uma redefinição do sentido e do conteúdo dos direitos fundamentais anteriormente fixados. Assim, à medida que novos direitos vão surgindo em decorrência da modificação dos valores das sociedades, vão agregando ao catálogo de direitos fundamentais, adquirindo, portanto, novas facetas.

Tendo em vista essa evolução da substância dos direitos fundamentais, diversas foram as funções conferidas a eles no ordenamento ao longo do tempo. Uma teoria precursora que trabalhou as funções dos direitos e garantias fundamentais é a teoria dos quatro status de Georg Jellinek.

Para tal teoria, o principal objetivo dos direitos fundamentais é conceder aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo capaz de proteger um direito individual que vincula ao Estado. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui duas esferas de interação: de um lado garantem a autonomia privada do indivíduo e do outro descrevem situações que submetem o Estado à situação de fazer algo (competência positiva) ou abster-se de atuar (competência negativa) (FERNANDES, 2017).

A teoria de Jellinek para o respectivo estudo é relevante justamente por se tratar de uma “teoria de posições globais abstratas” (ALEXY, 2008, p. 254) que o Estado ocupa em relação ao indivíduo, o que permite entender de forma mais concreta como os direitos fundamentais devem ser efetivados.

O constitucionalista alemão enquadrou as situações jurídicas abstratas entre o particular e o Estado nos seguintes status: I) status passivo (ou status *subjectionis*); II) status negativo (ou status *libertatis*); III) status positivo (ou status *civitatis*); e, IV) status ativo (ou status da cidadania ativa).

No status passivo (status *subjectionis*) o indivíduo encontra-se submetido ao Estado na esfera das obrigações individuais. Existe para o indivíduo algum dever ou proibição estatal ao qual está sujeito. Como consequência, o Estado teria uma competência diante do indivíduo para estabelecer algum dever ou proibição que o afetasse (ALEXY, 2008). É o caso, por exemplo, da imposição ao indivíduo do pagamento de tributos como consequência de uma situação prevista na lei, surgindo, assim, o vínculo jurídico entre o particular e o Estado (obrigação tributária). Nessa mesma seara, pode-se dizer que a obrigação de cumprir a medida sanitária da quarentena, nos casos previstos em lei, gera para o indivíduo uma relação de sujeição perante o Estado, cujo descumprimento poderá acarretar em responsabilização (art. 3º, §4º, da Lei 13.979/2020)¹.

A maioria da doutrina geralmente costuma associar o status negativo ao direito de defesa, ou seja, aos direitos do indivíduo em face do Estado. Proclamados nas primeiras declarações de direitos no século XVIII, esses direitos correspondem à concepção liberal clássica que busca proteger a liberdade do indivíduo contra uma possível intervenção do Estado. Como consequência, gera uma obrigação negativa

¹ Art. 3º (...), § 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei (BRASIL, 2020a).

para o Estado, para que deixe de fazer algo (abster-se de atuar) que interfira na esfera da liberdade individual (NOVELINO, 2014). No entanto, esse não parece ser o conceito adotado por Jellinek.

Robert Alexy (2008) observa que, ao tratar desse status negativo, Jellinek se refere exclusivamente a uma faculdade do indivíduo, que seria o mesmo que liberdades juridicamente não protegidas. Esse status negativo seria formado por uma esfera individual de liberdade, a qual corresponde às ações individuais que não tenham condições de produzir um efeito juridicamente relevante para o Estado. Nesse status, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado uma abstenção, já que desfruta de uma liberdade juridicamente protegida na qual o Estado não pode intervir, exceto, se for para garantir o próprio direito de autonomia privada do indivíduo (FERNANDES, 2017). Alexy (2008) cita como exemplos de ações juridicamente irrelevantes, na visão de Jellinek, entre eles: a publicação de um impresso, o saborear de um vinho e o passeio em sua própria propriedade.

Como se pode observar, os status passivo e negativo se encontram em uma relação de contradição entre si. Enquanto o status passivo tem como conteúdo a esfera das obrigações (deveres e proibições), o status negativo tem como conteúdo a esfera das liberdades (faculdades) (NOVELINO, 2014).

No status positivo, o Estado garante ao indivíduo o direito protegido juridicamente para exigir prestações positivas do Estado. Isso quer dizer que o próprio Estado confere ao indivíduo o direito de pretender (direito de pretensão) algo perante ele e, ao mesmo tempo, confere meios jurídicos para a realização deste fim. O cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão de pretender ações estatais tanto positivas quanto negativas (ALEXY, 2008). É o caso, por exemplo, das prestações positivas implementadas mediante políticas públicas pelo Estado, com vistas a garantir aos indivíduos direito à saúde, alimentação, educação, etc.

Por fim, no status ativo o indivíduo adquire capacidades que vão além da sua liberdade natural, como, por exemplo, a possibilidade de participar de forma ativa na formação política do Estado, através do direito de voto. Desse status somente devem fazer parte as competências que tenham como objeto a participação no Estado, com o objetivo de contribuir para a formação da vontade estatal (ALEXY, 2008).

Nota-se que a teoria dos status de Jellinek vem sofrendo adaptações no decorrer do tempo. A partir da teoria dos quatro status, a teoria moderna tem

classificado os direitos fundamentais em três grupos, de acordo com sua função (classificação tripartida). Observa Novellino (2014) que o status passivo não é considerado nessa classificação, tendo em vista não se tratar de um direito propriamente dito, mas de um dever do indivíduo decorrente da sua sujeição ao Estado.

Assim, na classificação tripartida, os direitos fundamentais são divididos em: I) direito de defesa (status negativo); II) direito à prestação (status positivo); e direito de participação (status ativo).

Em linhas gerais, os direitos de defesa são aqueles que impõem ao Estado um dever de abstenção ou de não intervenção nas liberdades individuais garantidas aos cidadãos, dentre eles o direito à liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CF/88)². Os direitos à prestação se caracterizam por exigirem do Estado uma atuação positiva afim de proteger e garantir bens juridicamente tutelados³, como, por exemplo, o direito à saúde (art. 196, CF/88)⁴. Já os direitos de participação garantem aos indivíduos a participação ativa na formação da vontade política do Estado e da sociedade, como, por exemplo, o direito ao voto (FERNANDES, 2017).

Desde a sua origem, os direitos fundamentais sempre estiveram atrelados à ideia de direitos subjetivos atribuídos aos indivíduos como pessoa e, nesta condição, como sujeito de direitos. Com efeito, Mendes (2012, p. 468) afirma que “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”.

Enquanto direitos subjetivos, “os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados” (MENDES, 2012, p. 468). Por seu turno, enquanto elementos fundamentais da

² Art. 5º (...). 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; (BRASIL, 1988).

³ A doutrina costuma dividir o direito à prestação estatal em duas espécies: a) prestações materiais, que visam a atenuar as desigualdades de fato na sociedade por meio das políticas públicas. Esses direitos consistem na prestação de bens e serviços ofertados pelo Estado, de forma a suprir o mínimo existencial aos indivíduos. Estão largamente previstos no art. 6º, da Constituição Federal de 1988, dentre eles: o a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; b) prestações normativas (ou jurídica), que visam a uma atuação positiva do Estado por meio da criação de normas capazes de tutelar os bens jurídicos. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais capazes de coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (ex: art. 5º, XLI, da CF/88) ou de normas de organização e de procedimento (ex: acesso à justiça – art. 5º, XXXV, CF/88). (FERNANDES, 2017).

⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais “formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático” (MENDES, 2012, p. 469).

Decorre desse ensinamento uma dupla perspectiva das normas direitos fundamentais: uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva.

A ideia de direitos fundamentais na dimensão subjetiva é pensada sob a perspectiva dos indivíduos. Importa em faculdade do indivíduo, titular do direito fundamental, de exercer sua liberdade negativa ou positiva, em face da intervenção estatal na esfera da sua liberdade individual. Cuida-se aqui da proposta formulada por Robert Alexy (2008), que chamou os direitos fundamentais de dimensão subjetiva de sistema de posições jurídicas fundamentais, dividindo-os em três “direitos”: a) direito a algo (que seriam os direitos a ações negativas – direitos de defesa –, e positivas – direitos à prestação – do Estado); b) liberdades (liberdade jurídica); e c) competências (capacidade jurídica).

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais não são considerados somente sob a perspectiva dos indivíduos, enquanto garantias individuais frente ao Estado, mas como uma “ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência” (ALEXY, 2008, p. 524). Neste caso, as normas de direitos fundamentais produzem um verdadeiro “efeito irradiador” no sistema jurídico, impondo que a legislação infraconstitucional, quando for o caso, seja interpretada à luz dos direitos fundamentais (interpretação conforme) (Novelino, 2014).

Dessa ideia decorre a constatação de que os direitos fundamentais, mesmo os clássicos direitos de defesa, devem ter sua eficácia valorada não só sob o ponto de vista do indivíduo e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, já se trata de um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos que toda a sociedade deve respeitar (SARLET, 2012).

Ensina Ingo Sarlet (2012, p. 126) que:

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma

funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.

É neste contexto que se deve analisar o caso concreto quando entram em conflito dois direitos fundamentais subjetivos, sopesando qual o direito fundamental deverá prevalecer sobre o outro, e não simplesmente justificando pela supremacia do interesse público.

Cumpra assinalar que, assim como na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos (SARLET, 2012).

Vale dizer que tanto as normas de direito fundamental que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõe apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos têm natureza ou de princípios ou de regras (SARLET, 2012). Isso significa que, quando se apresentam sob a estrutura de princípios, podem sofrer restrições, a depender do caso concreto, se sujeitando, assim, à ponderação com outros direitos fundamentais ou outros interesses ou valores coletivos.

O próximo tópico tratará sobre a construção das normas de direitos fundamentais e sobre a relevância que a distinção entre princípios e regras gera nos debates doutrinários e jurisprudenciais e na interpretação normativa.

2.2 DA CONSTRUÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria dos direitos fundamentais, ou “teoria dos princípios”, originalmente desenvolvida por Robert Alexy, sustenta que as normas de direitos fundamentais se estruturam sob a forma de regras e princípios. A distinção entre essas duas formas, (regras e princípios) é a base da teoria dos direitos fundamentais e a chave para a solução de diversos problemas que envolvem os direitos fundamentais, bem como, especificamente, a solução satisfatória da colisão ou do conflito de direitos fundamentais.

No caso dos direitos fundamentais, a discussão sobre a teoria dos princípios é, sobretudo, uma discussão sobre a ponderação e, uma vez que a ponderação constitui o núcleo do exame da proporcionalidade, é, consequentemente, uma discussão sobre a máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2019).

A distinção entre regras e princípios constitui, para Robert Alexy (2008, p. 85), “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.

Diversos são os critérios utilizados para distinguir princípios de regras. Alexy adota em sua teoria o critério da diferença qualitativa, que pode ocorrer: a) quanto ao tipo de mandamento (mandamento a ser otimizado ou mandamento a ser cumprido na medida exata); b) quanto à natureza de suas razões (“prima facie” ou definitivas); e c) quanto à dimensão em que ocorrem os conflitos normativos (dimensão peso ou dimensão da validade) (NOVELINO, 2014).

A partir desses critérios, Alexy (2008, p. 90) estabelece que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São, portanto, mandamentos de otimização (ou comandos de otimização) que se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados (mais ou menos), cuja medida de satisfação depende das possibilidades fáticas (circunstâncias do caso concreto) e possibilidades jurídicas (normas colidentes) (ALEXY, 2008).

Já as regras são “normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva” (ALEXY, 2019, p. 128). São, portanto, comandos definitivos que devem ser “ou sempre satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p. 91). Se a regra for válida, então, “deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91).

No caso de um conflito entre regras, que ocorre quando a aplicabilidade de duas regras apresenta consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, a solução se dará ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou com a declaração de invalidade de pelo menos uma das regras. Assim, se a contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, já que o conceito de validade jurídica não é graduável, ou seja, ou a regra é válida ou não é (ALEXY, 2008).

Em contrapartida, quando há colisão entre princípios, que ocorre quando algo é proibido segundo um princípio e, de acordo com outro, é permitido, a solução se dará pela ponderação, ou seja, um dos princípios terá que ceder em face do outro. Dessa forma, na relação de tensão entre dois princípios diametralmente opostos, deve ser feito um sopesamento entre os interesses conflitantes, já que um não tem precedência absoluta sobre o outro. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 95).

Essa distinção, aparentemente singela, tem repercussões extremamente relevantes. De um modo geral, a distinção das normas de direitos fundamentais em princípios ou regras repercute principalmente nas controvérsias envolvendo a interpretação dos direitos fundamentais, bem como na problemática da possibilidade de serem os direitos fundamentais objetos de restrições.

Explica Alexy (2008, p. 85) que:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito.

Como se verá ao longo deste estudo, a ideia de se defender as normas de direito fundamental como princípio ou como regra liga-se à possibilidade de admitir ou não restrições aos direitos fundamentais e ao emprego da ponderação como método de solução de conflitos entre normas de direito fundamental.

Antes disso, devido às características, à evolução histórica, bem como à especificidade dos direitos fundamentais objeto de análise deste trabalho, os tópicos seguintes serão dedicados a um estudo próprio do direito à liberdade de locomoção e do direito à saúde. Trata-se de exame de extrema relevância para o estudo, uma vez que, além desses direitos fundamentais serem objeto de posterior exame de ponderação, suas particularidades poderão intervir na interpretação dada no caso concreto.

2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Diretamente ligada à condição da pessoa física no sistema jurídico, a liberdade de locomoção, também chamada de liberdade de ir e vir, figura central para o sistema das liberdades fundamentais, integra o rol de direitos individuais – os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão – assegurados desde as primeiras constituições na passagem do século XVIII para o XIX (LYNCH, 2009).

Essa liberdade, também qualificada como "direito natural e civil", foi essencial para "romper a moldura hierárquica das relações sociais do Antigo Regime e estabelecer o igualitarismo jurídico que deveria prevalecer no quadro dos novos governos constitucionais e representativos" (LYNCH, 2009, p. 123).

Com o fim da Segunda Guerra, a liberdade de locomoção também passou a ser objeto no plano internacional com previsão expressa no artigo 13, inciso II, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, segundo o qual "todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar" (LYNCH, 2009).

No Brasil, todas as Constituições que previram tal direito. A de 1824 (art. 179, VI), a de 1891 (art. 72, §10), a de 1934 (art. 113, n.14), a de 1946 (art. 142), a de 1967 (art. 150, §26) e a de 1988 (art. 5º, XV).

De acordo com o art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988, "é livre a locomoção no território nacional em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens" (BRASIL, 1988).

O direito à locomoção engloba a possibilidade de ir, vir e permanecer em todo o território nacional, ou deste sair e entrar com seus bens, sem a necessidade de autorização.

Para o doutrinador José Afonso da Silva (2014a), a referida lei, de que trata o dispositivo, somente poderia ser aplicada na hipótese de restrição da locomoção dentro do território nacional em tempos de guerra. Portanto, para o autor, seria inconstitucional qualquer lei que estabelecesse restrições à locomoção em tempos de paz.

Entretanto, *data venia*, essa não é a melhor interpretação a ser feita do referido dispositivo. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET et al, 2021, p. 240), "como qualquer outro direito fundamental, notadamente no campo das liberdades,

também a liberdade de locomoção não constitui um direito absoluto, no sentido de imune a limites e restrições". Ressalta, ainda, que alguns limites já se encontram estabelecidos na própria Constituição, enquanto outros são impostos pelos poderes estatais no exercício do poder de polícia.

Nesse sentido, por se tratar de norma constitucional, tal dispositivo não pode ser lido de forma isolada e absoluta, devendo ser sempre interpretado em harmonia com os demais princípios, regras e valores inseridos na própria Constituição, bem como nos outros dispositivos infraconstitucionais. Seguindo o sentido desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal afirmou, em sede do *habeas corpus* (HC 94.147/RJ) que "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 concreto" (BRASIL, HC 94.147/RJ, 2008).

Infere-se, portanto, que o direito à liberdade de locomoção pode ser restringido mesmo em tempos de paz, desde que exista uma fundamentação baseada na proteção de outro direito fundamental ou outros princípios de hierarquia constitucional. Como ensina o doutrinador Lynch (2009, p. 127): "a liberdade de locomoção deve ser exercida sem estorvar o direito dos demais cidadãos e as medidas necessárias à segurança e à saúde da população". É esse o sentido que a maioria dos constitucionalistas brasileiros entendem com o uso da expressão "nos termos da lei" (art. 5º, XV, da CF/88), que regulamenta o direito à locomoção.

É o caso, por exemplo, da Lei nº 13.979/2020, objeto deste estudo, que possibilita a restrição da circulação das pessoas como medida sanitária de saúde pública, visando ao combate de doenças infectocontagiosas. Essa norma, entretanto, não pode impossibilitar o exercício do direito à liberdade de locomoção. Isso porque a própria Constituição estabelece as situações em que esse direito poderá ser suprimido, são elas: em razão de decisão judicial, prisão em flagrante ou prisão militar (art. 5º, LXI, CF/88)⁵.

Uma das principais funções do direito de ir e vir é limitar o poder de polícia do Estado. Por isso, a garantia geral da liberdade do particular em face da autoridade pública decorre do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/88)⁶, a

⁵ Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988).

partir do qual o indivíduo somente poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Importante ressaltar que, nos termos da teoria democrática, a legalidade não constitui, necessariamente, uma negação da liberdade. Isso porque o povo, ao obedecer a lei, submete-se à deliberação por ele mesmo cancelada indiretamente ao eleger os seus representantes (BARCELLOS, 2020).

A liberdade de locomoção se articula com outros direitos e garantias fundamentais, os quais se destinam à sua proteção, como é o caso do *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII, CRFB/88)⁷, bem como os institutos que atuam como limites à própria liberdade de locomoção, como o estado de sítio.

Na vigência do estado de sítio, a Constituição Federal (art. 139, I e II)⁸ estabelece diretamente uma série de situações excepcionais que restringem a liberdade de locomoção, dentre elas a obrigação de permanecer em determinada localidade ou a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (BRASIL, 1988). Entretanto, adverte Ingo Sarlet (SARLET et al, 2021, p. 240) que “em nenhum momento, mesmo na pendência de estado de sítio, a Constituição prevê a completa suspensão da liberdade de locomoção”, ou seja, mesmo quando decretado o estado de sítio, o direito à livre locomoção não é suprimido, mas apenas suspenso por um determinado período de tempo e espaço.

Importante frisar que esse conjunto de restrições decorre da necessidade de se assegurar outros direitos fundamentais ou mesmo bens jurídicos-constitucionais, como é o caso do direito de propriedade, direito à saúde, direito à segurança e a ordem públicas, desde que, em qualquer caso, a legitimidade constitucional de tais restrições esteja condicionada à satisfação das exigências da proporcionalidade e/ou razoabilidade (SARLET et al, 2021).

Como visto, o direito à liberdade de locomoção assegurado na Constituição é um direito fundamental de caráter principiológico, já que, conforme a Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, o direito à liberdade de locomoção possui suporte fático

⁷ Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (BRASIL, 1988).

amplo, podendo vir a sofrer restrições por outras normas (princípios ou regras) constitucionais ou infraconstitucionais.

2.4 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde constitui um bem fortemente marcado pela relação de dependência com outros bens e direitos fundamentais, de tal forma que se encontra umbilicalmente atrelada ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET et al, 2021). Por isso, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que, além de compor o grupo dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, CRFB/88)⁹, compõe também o seletivo grupo de direitos que constitui o mínimo existencial (NOVELINO, 2014).

Embora esteja previsto no artigo 6º da Constituição Federal, é no artigo 196 que efetivamente se consagra como norma de natureza principiológica que estabelece os fins a serem buscados pelo Estado. Aduz tal artigo que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Com efeito, o art. 196 da Constituição Federal prevê que o direito à saúde possui duas dimensões: a primeira como direito subjetivo de todos e, portanto, de titularidade universal; a segunda como o dever do Estado de adotar medidas de políticas públicas que visam a promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

Cumpra aqui esclarecer que, por conta do art. 23, II, da CRFB/88, que regulamenta que União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência administrativa comum para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de julgamento da ADI 6.341/DF, que o Estado (gênero) é o garantidor dos direitos fundamentais, assegurada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do art. 198, I, da CF/88.

⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Decidiu ainda que, na eventual omissão da União, os demais entes da federação não podem ser impedidos de implementarem políticas públicas essenciais para cuidar da saúde da população, desde que no âmbito de suas respectivas competências.

Visando principalmente à proteção à vida e à saúde, a Constituição de 1988 impõe ao Estado a adoção de políticas sociais e econômicas de caráter preventivo, como a redução do risco de doenças e de outros agravos, e as de caráter reparativo, como a prestação de assistência para que as pessoas se recuperem da doença. Ademais, por relacionar-se diretamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, impõe aos poderes públicos o dever de assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver com saúde, através das prestações materiais adequadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, independentemente da situação econômica do indivíduo.

2.5 DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A problemática envolvendo restrições ou limites aos direitos fundamentais relaciona-se diretamente à amplitude do seu suporte fático (NOVELINO, 2014). Nesses termos, a análise das limitações ou restrições dos conteúdos de direitos fundamentais depende essencialmente da concepção de normas como princípios ou como regras, ou seja, da concepção das normas de direitos fundamentais como posições *prima facie* ou definitivas (ALEXY, 2008).

Partindo-se da concepção de normas de direitos fundamentais sob a estrutura de regras, cujo conteúdo tem caráter definitivo, chega-se à conclusão de que as normas de direitos fundamentais nunca poderão ser restringidas. Isso porque, como a definição do direito é estabelecida *a priori*, logo, a norma que o garante deverá ser necessariamente aplicável, produzindo todos os seus efeitos sempre que ocorrer a situação prevista em seu suporte fático (NOVELINO, 2014).

Nestes termos, esclarece Pereira (2019, p. 181) que “na ausência de norma da Constituição autorizando o legislador, de forma expressa, a restringir os direitos, este poderá apenas explicitar os limites já contidos na norma constitucional”. Assim, a interferência do Poder Legislativo na limitação de direito fundamental somente será autorizada nos casos em que a Constituição prever essa possibilidade. Caso

contrário, o legislador somente está autorizado a delimitar o conteúdo normativo previsto na Constituição.

Por outro lado, quando se pressupõe que as normas de direitos fundamentais têm a estrutura de princípios, nos termos da Teoria dos Princípios, “o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma” (ALEXY, 2008, p. 208). Neste caso, portanto, é correto falar em restrição de direitos fundamentais.

Isso porque, quando se parte do pressuposto de que as normas de direitos fundamentais têm um caráter principiológico, conclui-se que, por serem os princípios normas de grande abrangência, logo, os direitos fundamentais, enquanto princípios, possuem suporte fático amplo, ou seja, podem ser aplicadas às mais diversas situações. Assim, enquanto mandamentos de otimização, as normas de direitos fundamentais consagram um direito *prima facie*, ou seja, são normas que *a priori* não tem um conteúdo definido integralmente, o que faz com que possam ser restringidas por outras normas em sentido oposto.

Nesse sentido, ensina Jane Pereira (2019, p. 192):

Sendo os direitos fundamentais concebidos como princípios – vale dizer, como comandos *prima facie* dirigidos ao legislador –, é possível que sejam restringidos em decorrência de razões antagônicas que, em determinadas situações, assumam maior peso. Dessa forma, há duas normas válidas que entram em conflito: a norma que estatui o direito *prima facie* e a norma que estabelece a restrição. O direito definitivo será extraído depois de empregado o raciocínio ponderativo, tendo-se em conta o imperativo de proporcionalidade.

Portanto, sob esse prisma, a determinação do direito definitivo somente será possível diante de um caso concreto, após a análise de restrição, sopesamento e de ponderação ou proporcionalidade entre os princípios colidentes ou a aplicação das regras que integram o postulado da proporcionalidade (NOVELINO, 2014).

A tarefa do interprete constitucional, então, é definir, diante de um caso concreto, qual a extensão das restrições aos direitos fundamentais. Para tanto, Pereira (2019) estabelece duas etapas que o interprete deverá utilizar para determinar o conteúdo definitivamente protegido por um direito fundamental. A primeira consiste em identificar o conteúdo *prima facie* do direito, ou seja, seu âmbito de proteção, de forma mais ampla possível. A segunda, consistem em determinar os limites externos, ou seja, suas restrições, que decorrem da

necessidade de conciliar o direito com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos.

Para ilustrar essa situação, será analisado o problema debatido no presente trabalho. Conforme se extrai do inciso XV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de ir, vir e permanecer em todo território nacional em tempos de paz ou deste sair e entrar com seus bens, sem a necessidade de autorização corresponde ao direito fundamental à livre locomoção. Nesse caso, haveria, portanto, um direito *prima facie* de livre locomoção em todo território nacional. Todavia, diante do cenário de pandemia em que vive país, a existência de razões opostas como o direito à saúde do particular e a manutenção da saúde pública, justificam o afastamento do direito da livre locomoção nesta situação específica, já que o aumento da circulação de pessoas acarreta no aumento da transmissão do vírus da COVID-19.

Outro fator importante a ser analisado no caso de restrição de direitos fundamentais é o fato de que, por terem hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por normas constitucionais (restrições diretamente constitucionais) ou em virtude delas, e por normas infraconstitucionais quando criadas a partir de sua autorização (restrições indiretamente constitucionais) (NOVELINO, 2014).

No primeiro caso, as restrições a direitos fundamentais serão consideradas diretamente constitucionais quando forem impostas por outra norma de mesma hierarquia constitucional, como é o caso da liberdade de reunião¹⁰ (art. 5º, XVI, da CF/88). No segundo caso, as restrições serão consideradas indiretamente constitucionais quando a própria Constituição autorizar que lei infraconstitucional estabeleça qual os limites a serem impostos aos direitos fundamentais, como ocorre no direito à locomoção¹¹ (art. 5º, XV, da CF/88). Neste caso, haverá uma cláusula de reserva legal.

Novelino (2014) ainda adverte quanto a um ponto importante: a necessidade de observância dos aspectos formais e materiais das restrições. No aspecto formal deve ser observado de quem é a competência para impor as restrições, bem como o procedimento e a forma que devem ser observados. Já no aspecto material, deve-se

¹⁰ Art. 5º, XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (BRASIL, 1988).

¹¹ Art. 5º, 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; (BRASIL, 1988, grifos nossos).

observar o conteúdo dessas restrições, aplicando, neste caso, o postulado da proporcionalidade, o que impõe o dever de sopesar os direitos fundamentais atingidos.

Essa diferenciação é de extrema importância, pois afetará a validade das normas infraconstitucionais quando restringirem direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Afirmada a tese de que os direitos fundamentais são princípios veiculando comandos *prima facie* e que, portanto, são restringíveis por outros direitos fundamentais ou bens constitucionais em conflito, resta analisar a legitimidade constitucional dessa restrição, mediante o juízo de ponderação que irá sopesar os direitos e bens em conflitos por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade.

2.6 DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

Antes de entrar no critério utilizado para a resolução do caso concreto – postulado da proporcionalidade –, é de suma importância fazer uma distinção entre os critérios de resolução de conflitos dos direitos fundamentais: o sopesamento e o postulado da proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade ou regra da proporcionalidade, como assim denomina Virgílio Afonso da Silva (2014b), será aplicado nos casos em que a restrição a um direito fundamental ocorre por meio de regra infraconstitucional. Essa restrição “ocorre sempre que o legislador, em determinada situação, se vê obrigado a fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado, então, é expresso pela regra infraconstitucional” (SILVA, 2014b, p. 179). Nesse processo, a regra infraconstitucional poderá ser objeto de controle judicial de constitucionalidade. Assim, caso haja restrição a um direito fundamental, deverá ser aplicado o critério da proporcionalidade e de suas três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não preenchendo tais requisitos, a regra será declarada inconstitucional.

No entanto, há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre princípios, ou seja, a situação em conflito ainda não foi objeto de ponderação por parte do legislador infraconstitucional. Neste caso, o critério adotado será o do sopesamento dos princípios constitucionais aplicáveis ao

caso concreto (SILVA, 2014b). Aqui não há que se falar em inconstitucionalidade, já que somente haverá uma análise de valores dos princípios e de qual deve prevalecer sobre o outro diante do caso concreto.

Dito isto, abre-se espaço para o seguinte questionamento:

se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos (fomentar a realização de um outro direito fundamental, por exemplo), se não há medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva, e por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização de outro (SILVA, 2014b, p. 179).

De acordo com Alexy (2008), a proporcionalidade, com suas três máximas, decorre do caráter principiológico das normas. Considerar os direitos fundamentais como mandamentos de otimização significa aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que são passíveis de restrições recíprocas, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Segundo George Marmelstein (2019, p. 375), “o que se deve buscar é a máxima otimização da norma”, ou seja, na análise de proporcionalidade da norma, deve-se buscar sua efetivação de modo a atingir ao máximo a vontade constitucional, sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos. Como bem exemplifica o autor:

Tome-se como exemplo a norma contida no art. 196 da Constituição: “a saúde é direito de todos”. Trata-se nitidamente de um princípio. A saúde é um direito que deve ser efetivado ao máximo, até onde for possível, dentro das capacidades fáticas (financeiras, por exemplo) e jurídicas. Quanto maior for a disponibilidade orçamentária tanto maior será o grau de efetividade desse direito. Essa norma é, por assim dizer, um objetivo a ser alcançado (de preferência, o mais rápido e na maior medida possível) (MARMELESTEIN, 2019, p. 375).

Como dito, o postulado da proporcionalidade é composto por suas três máximas, que devem ser consideradas como regras¹²: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No controle de constitucionalidade de uma

¹² “A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras” (ALEXY, 2008, p. 117).

norma que restringe um direito fundamental, deve ser analisado se as três máximas da proporcionalidade foram satisfeitas ou não. Se forem satisfeitas, a norma será constitucional, caso contrário, será inconstitucional. Assim, de acordo com Marmelstein (2019, p. 379), o postulado da proporcionalidade é, portanto, “instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de “limite dos limites””.

A máxima da adequação expressa a exigência de uma medida adequada que seja apta a fomentar a realização do objetivo almejado. Ou seja, o meio escolhido deve ser o mais adequado para atingir o fim pretendido. Alexy (2008, p. 590) esclarece que “essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados”. O importante aqui é a existência de uma relação de adequação (meio x fim) capaz de justificar a limitação do direito fundamental.

Novelino (2014) adverte que os objetivos pretendidos com a medida adotada que limita o direito fundamental podem ser de natureza constitucional ou legal, conforme o direito restringido possua cláusula de reserva legal expressa ou implícita. Quando um direito fundamental possui cláusula de reserva legal expressa simples, como é o caso do direito à livre locomoção (art. 5º, XV, da CF/88), para que a medida restritiva seja considerada adequada, basta que ela não afronte a Constituição. Caberá ao legislador, neste caso, eleger dentro da margem de ação constitucionalmente permitida, os fins a serem implementados.

A máxima da necessidade exige que “dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso” (ALEXY, 2008, p. 590). Assim, a medida será considerada desproporcional caso seja constatado, inequivocadamente, a existência de outra medida similarmente eficaz e menos onerosa ou lesiva (NOVELINO, 2014). Trata-se, portanto, de um “teste comparativo” (SILVA, 2014b, p. 171) entre duas medidas alternativas que visam a alcançar o mesmo fim, utilizando o meio menos gravoso. Nessa comparação, deve-se analisar duas variáveis: a primeira, qual das medidas é a mais eficiente para se alcançar o objetivo proposto; e a segunda, qual o grau de restrição do direito fundamental atingido (SILVA, 2014b). E, a partir daí, decidir qual é a mais eficaz e menos gravosa.

Por fim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é idêntica à lei do sopesamento, segundo a qual “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593). Trata-se de um modelo baseado na relação entre grau de intensidade da restrição de um princípio e o grau de intensidade da realização de outro princípio. “Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento” (ALEXY, 2008, p. 594).

Em termos práticos, quando houver dois princípios com o peso abstrato igual (P1 e P2), se o grau de afetação ou não satisfação do princípio P1 for maior que o grau de satisfação do princípio P2, a medida não passará pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. Em sentido contrário, caso o grau de afetação ou não-satisfação do princípio P1 for menor que o grau de satisfação do princípio P2, a medida passará pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito (NOVELINO, 2014).

Embora esse seja um modelo simples de sopesamento de princípios, existem outras situações muito mais complexas e que exigem mais valoração do Judiciário no exame da proporcionalidade. Nessas situações acabam surgindo uma margem de ação (ou discricionariedade) maior por parte do juiz para sopesar, decorrente da estrutura normativa dos direitos fundamentais.

Todavia, no caso de haver lei restritiva a direito fundamental, Marcelo Novelino (2014, p. 420) adverte que deverá o juiz ser “deferente com a escolha realizada pelo legislador democraticamente eleito (princípio democrático), ou seja, a medida deve ser considerada proporcional”.

Como visto, quando se parte de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, a consequência será o aumento de colisão entre direitos fundamentais. Isso porque, ao aumentar as possibilidades de condutas e situações jurídicas que um direito fundamental pode ser restringido, automaticamente, aumenta-se as possibilidades de colisão com outros direitos fundamentais.

O próximo capítulo será dedicado ao estudo do poder de polícia do Estado e sua relação com os direitos fundamentais. Para tanto, será analisado o papel da Administração Pública na implementação de medidas restritivas a direitos fundamentais. As medidas mais eficientes para a coletividade poderiam impor restrições a direitos individuais? Existiria um limite e qual seria esse limite?

3 DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO

As sociedades patriarcais da antiguidade grega e romana introduziram o conceito de poder de polícia, cuja a essência se assemelha ao conceito de política, ambos associados à constituição e organização do Estado. Etimologicamente os vocábulos polícia e política tem a mesma origem: derivam do latim *polítia* e do grego *politea*, ligados ao surgimento da *pólis* (BINENBOJM, 2016).

O vocábulo política significa viver na polis, isto é, os membros da comunidade política estavam submetidos a uma forma de governo de membros autônomos (autogoverno) e em grau de igualdade, na qual as decisões eram tomadas mediante participação coletiva por meio das palavras e da persuasão, sem o uso de força ou violência. O vocábulo polícia, por sua vez, designava o comportamento fora da polis, ou seja, o ambiente doméstico, na qual o patriarca chefiava sua família e comandava seus subordinados com uso de violência, por meio de seus poderes despóticos e incontrastáveis (BINENBOJM, 2016).

Dessa forma, o arranjo das cidades-estados gregas reproduzia os dois modos de ordenação da vida social: a política (esfera pública) e a polícia (esfera privada). Enquanto os patriarcas discutiam democraticamente as regras da política na esfera pública, na esfera privada, as regras da polícia eram impostas arbitrariamente por cada patriarca no seu âmbito familiar (BINENBOJM, 2016).

Na Idade Média, durante o período feudal, essa dicotomia entre poderes adquire nova dinâmica. O Senhor Feudal, assemelhado ao patriarca, passa a exercer a polícia não apenas sobre os membros da sua família, mas sobre todos aqueles que de alguma forma mantinham relação de dependência econômica e protetiva com ele. Já a política era exercida com os demais senhores feudais, porém, sem essa relação de subordinação (BINENBOJM, 2016).

Com o percurso do tempo, as regras de polícia abandonam a microesfera do ambiente familiar e ganham espaço na macrosfera do Estado. Desse modo, o poder de polícia passa a integrar o discurso político do Estado, passando a atuar também dentro das *pólis*, sob o comando do Estado e não mais do senhor feudal.

Observa Binenbojm (2016) que essa conversão do poder de polícia da esfera privada familiar para a esfera pública, ocorre, simultaneamente, com a constituição do Estado moderno centralizado na forma do absolutismo monárquico, na figura do príncipe.

O Estado absoluto passa a ser chamado de Estado de Polícia, no qual o soberano, por meio de atividade eminentemente discricionária de ingerência na vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, buscava o bem comum de seus súditos. O Estado, representado pela figura paternalista do monarca, utilizava-se do seu poder de polícia para promover a ordem pública em nome da felicidade geral e, ao mesmo tempo, aumentar o seu próprio poder, já que não havia qualquer limitação ao poder do Estado, muito menos o reconhecimento de direitos fundamentais (BINENBOJM, 2016).

Essa dimensão do poder de polícia começou a ter suas primeiras restrições a partir da Revolução Francesa e do Iluminismo. Com o surgimento do Estado de Direito e do seu corolário, o princípio da separação dos poderes, o brocardo latino *voluntas regis suprema lex est* (a vontade do rei é a lei suprema) se viu superado pelo surgimento dos direitos individuais e pelo império da lei. E é essa submissão da Administração à *rule of law* que acaba transformando os aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais do conceito de poder de polícia (BINENBOJM, 2016).

Com o Estado de Direito, inaugura-se uma nova fase da Administração Pública, na qual o “princípio da legalidade passa a ser aplicado não apenas aos cidadãos, mas principalmente ao próprio Estado, em um movimento que objetiva conter um poder que antes era praticamente ilimitado” (NOHARA, 2020, p. 142).

Num primeiro momento, as ideias liberais foram a base do Estado de Direito, cuja preocupação era garantir aos cidadãos alguns direitos subjetivos, dentre eles a liberdade. Entretanto, esses princípios ligados ao liberalismo foram superando as práticas absolutistas de forma que tudo que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A atuação arbitrária do Estado era considerada exceção à regra do livre exercício dos direitos individuais e somente seria justificada para assegurar a proteção da ordem pública. Neste momento, a polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança (DI PIETRO, 2021).

Num segundo momento, no Estado Liberal, a atuação do Estado não mais se resume na proteção da ordem pública, mas na intervenção da ordem econômica e social (DI PIETRO, 2021).

Entretanto, conforme salienta Irene Nohara (2020), somente a partir da segunda metade do século XX, com o surgimento do Estado Social de Direito e a

consequente mudança do papel do Estado, é que o conceito de poder de polícia se modifica. Com efeito:

Enquanto ao Estado foi atribuído um papel mínimo (não intervencionista), a atividade da polícia administrativa restringiu-se à proteção da segurança pública e da ordem, no geral; contudo, à medida que o Estado passa a ser garantidor de direitos sociais e promotor de desenvolvimento econômico, o espectro de atividades privadas que passam a ser controladas pelo poder de polícia é ampliado. (NOHARA, 2020, p. 144)

A polícia administrativa passa a atuar não somente no setor relacionado à segurança pública, mas também nas relações entre particulares que abrangem a ordem econômica e social, como o meio ambiente, as relações de emprego, o exercício das profissões, a saúde, dentre tantas outras, por intermédio das polícias especiais. Consequentemente, adquire a prerrogativa de possibilitar a imposição de obrigações de fazer (obrigação positiva), bem como a de não fazer (obrigação negativa) aos particulares.

Essas medidas se apresentam como um novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, de modo que ao intervir na economia, o Estado utilizando-se do seu poder de polícia, acaba limitando a liberdade dos indivíduos em benefício do interesse público, sempre com o objetivo de adequar o exercício dos direitos individuais ao bem-estar geral (DI PIETRO, 2021).

Atualmente o poder de polícia se manifesta como uma ordenação social e econômica que busca conciliar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções impostas pelo Estado, cujo objetivo é a proteção dos direitos fundamentais, bem como dos interesses coletivos definidos democraticamente pelos limites estabelecidos na Constituição. Trata-se, portanto, de um conjunto de regulações sobre a atividade privada, que criam um sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos sociais desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, conforme os objetivos político-jurídicos predeterminados, denominado de poder administrativo ordenador (BINENBOJM, 2016).

Nas lições de Irene Nohara (2020, p. 144), esse conceito de administração ordenadora compreende o:

regime de interferência do Estado na aquisição, exercício e extinção de direitos da vida privada não apenas em relação à ação administrativa, mas

também à atividade legislativa, de acordo com os contornos definidos pela Constituição.

Trata-se, na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, do sentido amplo do conceito de poder de polícia, o qual corresponde à “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”. (MELLO, 2015, p. 846). Aqui, poder de polícia abrange tanto os atos do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo

Numa interpretação mais restrita, Celso Antônio relaciona poder de polícia com a edição de atos normativos (regulamentos), bem como a de atos administrativos (autorizações, licenças, injunções) pelo Poder Executivo, destinados a “alcançar o mesmo fim e prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais” (MELLO, 2015, p. 846). Aqui, poder de polícia compreende somente atos do Poder Executivo. Essa acepção é chamada de polícia administrativa.

A polícia administrativa difere-se da polícia judiciária. Maria Sylvia (DI PIETRO, 2021) reitera que a principal diferença entre as duas polícias não se resume no seu caráter preventivo ou repressivo, mas na ocorrência ou não de ilícito penal. Assim, enquanto a polícia administrativa atua na área do ilícito puramente administrativo, tanto de forma preventiva como repressiva, a polícia judiciária age repressivamente quando há a prática do ilícito penal.

Dessa forma, enquanto o campo de incidência da polícia administrativa se realiza sobre os bens, direitos e atividade, e é regido pelo Direito Administrativo, a polícia judiciária atua diretamente sobre as pessoas, preocupando-se com a apuração e a responsabilização dos violadores da ordem pública (NOHARA, 2020). Gustavo Binenbojm (2016, p. 72) acrescenta que a polícia administrativa tem como objetivo “restringir e, ao mesmo tempo, assegurar o exercício de direitos fundamentais, articulando-os com interesses coletivos”.

Isto posto, o conceito moderno doutrinário de poder de polícia se resume, segundo Maria Sylvia em “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 2021, p. 163).

Já nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, poder de polícia é a “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública

a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 80).

Por fim, para José Maria Pinheiro Madeira (MADEIRA, 2017, p. 65-66), poder de polícia:

é o mecanismo de que dispõe a Administração Pública para frear os abusos do direito individual, detendo a atividade daqueles que, porventura, se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. Trata-se, portanto, da atuação do Estado que consiste em limitar, restringir ou mesmo condicionar direitos individuais quando seu exercício redundar em prejuízo para o interesse público.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de poder de polícia encontra-se materializado no artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66):

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966).

Cumprе ressaltar que a razão do conceito de poder de polícia estar especificado no Código Tributário Nacional se deve ao fato de que o artigo 145, inciso II, da Constituição brasileira de 1988 (CRFB/88), indica, como uma das espécies tributárias as taxas, de forma que os entes da federação poderão instituí-las “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (BRASIL, 1988).

Concomitantemente, o artigo 77 do Código Tributário Nacional, dispõe que essas taxas cobradas pelos entes federados, têm como fato gerador “o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (BRASIL, 1966).

Na prática, muito embora o conceito de poder de polícia adotado pelo Código Tributário Nacional o defina como uma atividade da Administração Pública, o Poder Legislativo também o exercita, uma vez que o resultado da função legislativa também pode restringir liberdades e interesses individuais em favor dos interesses coletivos (NOHARA, 2020). É o que dispõe o parágrafo único do artigo 78 do Código Tributário Nacional.

Assim, embora o artigo 78 do Código Tributário Nacional defina poder de polícia como atividade da Administração Pública, o seu parágrafo único considera regular o seu exercício quando “desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder” (BRASIL, 1966).

Note-se que o conceito de poder de polícia adotado pelo legislador compreende o seu sentido amplo, abrangendo tanto atos do Poder Executivo, quanto atos do Poder Legislativo.

Nas lições de Maria Sylvia (DI PIETRO, 2021), o poder de polícia se divide entre Executivo e Legislativo. Isso porque, quando se parte do pressuposto que o princípio da legalidade impede que a Administração imponha obrigações ou proibições senão em virtude de lei, fica claro que, ao afirmar que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está se pressupondo que essa limitação esteja prevista em lei.

Logo, cabe ao Poder Legislativo, no exercício do seu poder de polícia, criar, mediante lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas. Por sua vez, ao Poder Executivo, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, incube regulamentar as leis e controlar a sua aplicação, de forma preventiva (por meio de notificações, licenças ou autorizações) ou repressiva (mediante imposição de medidas coercitivas) (DI PIETRO, 2021).

A origem do poder de polícia sempre esteve ligada à ideia do exercício ilimitado do poder e da atuação autoritária dos governantes. Somente com o advento do Estado de Direito e, especialmente a partir do constitucionalismo moderno, é que o exercício do poder de polícia do Estado deixou de ser ilimitado e passou a ser submetido ao império das leis. Com isso, um dos pilares do Estado de Direito, o princípio da legalidade, passa a ser aplicado não somente aos cidadãos, mas também ao próprio Estado, que a partir desse momento passa a estar autorizado a fazer somente aquilo que a lei permitir.

Essa revolução mudou o conceito inicial do poder de polícia, que deixou de ser uma prerrogativa administrativa incontestável, e atualmente é entendido por ser um poder limitado, voltado para atender as finalidades públicas do Estado, delimitado pela legalidade. Trata-se, portanto, de um instrumento de concretização do interesse público

Dito isto, os próximos subcapítulos serão dedicados a um estudo mais aprofundado do poder de polícia, discriminando suas características e principalmente, pormenorizando a ligação entre este poder estatal e os direitos fundamentais.

3.1 O PODER DE POLÍCIA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

As leis e a Constituição brasileira garantem aos cidadãos uma série de direitos individuais e coletivos. Todavia, o exercício desses direitos deve ser harmonizado com os interesses públicos, de tal forma que não impeça a realização dos objetivos da Administração Pública.

Para realizar suas atividades, a Administração Pública dispõe de prerrogativas ou poderes que lhe permitem intervir nas relações particulares em prol do interesse público, o que significa dizer que “a Administração pode limitar, condicionar e restringir os direitos individuais em prol do interesse coletivo, mas sem poder jamais retirar o próprio direito do cidadão” (MADEIRA, 2017, p. 65). De outra banda, a Administração Pública se sujeita aos “limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos” (DI PIETRO, 2021, p. 162).

O poder de polícia é justamente uma das prerrogativas da Administração Pública, que autoriza a imposição de condicionamentos ou limitações ao uso, gozo e disposição da propriedade e ao exercício da liberdade, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado.

À vista disso, a intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a proteção dos interesses coletivos, finalidade esta que sempre deve nortear a ação dos administradores públicos (CARVALHO FILHO, 2020).

Nesse contexto, conforme assevera José Maria Pinheiro Madeira (2017, p. 67):

A razão do poder de polícia é, portanto, o interesse social, e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.

Em que pese o poder que a Administração exerce sobre os administrados ao desempenhar suas funções de polícia administrativa se justifiquem no princípio da supremacia do interesse público, essa prerrogativa não pode ser usada para justificar medidas autoritárias que suprimam direitos individuais dos particulares.

Assim, toda medida de polícia para ter legitimidade deve passar por uma análise crítica, levando em consideração o caso concreto, e tendo como finalidade o equilíbrio entre o interesse público e os direitos fundamentais dos indivíduos.

3.2 DAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO PODER DE POLÍCIA

A doutrina de um modo geral qualifica o poder de polícia em três atributos essenciais: discricionariedade (ou vinculação), autoexecutoriedade e coercibilidade. Para a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda integra esse rol a indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado.

A discricionariedade no exercício do poder de polícia não se estabelece como um atributo absoluto. Isso porque, inexistente na Administração Pública um poder discricionário para todo e qualquer ramo da atuação administrativa. O que existe são situações jurídicas em que a Administração pode manifestar a sua competência discricionária, e situações nas quais a sua atuação é totalmente vinculada.

Essa discricionariedade nas medidas do poder de polícia está relacionada à margem de liberdade da atuação administrativa conferida pela lei, de modo que possa ser adotada a melhor solução possível para o caso concreto, sempre visando a consecução do interesse público. Neste caso, a administração tem a legitimidade de poder escolher qual o melhor momento para agir, o meio mais adequado ou a sanção cabível no caso concreto, conforme as hipóteses estabelecidas na lei. Em todas essas situações, o “Poder Público tem a possibilidade de efetuar um juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade de se praticar o ato, dentro dos limites

estabelecidos pela lei e desde que observado o princípio da Proporcionalidade” (MADEIRA, 2017, p. 75).

Por sua vez, o grau de vinculação do poder de polícia restringe-se aos casos em que o comportamento da administração vem prescrito na lei, não havendo, portanto, liberdade de escolha, uma vez que a lei que disciplina a matéria já prevê exatamente a conduta da administração. Nesse momento, o poder é vinculado.

É o caso, por exemplo, das sanções previstas na Lei 13.979/2020¹³, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento ao coronavírus, em virtude de um possível descumprimento da obrigação do uso de máscara em espaços públicos e privados, de acesso ao público de modo geral. Neste caso, trata-se, num primeiro momento, de um poder vinculado, no qual o ente público deverá aplicar multa caso haja o descumprimento da medida sanitária, e num segundo momento, o poder será discricionário para definir o valor da multa, levando em consideração as circunstâncias agravantes na gradação da penalidade.

O atributo da autoexecutoriedade é a qualidade a partir da qual o Poder Público pode, com os próprios meios, impor ao administrado que cumpra as suas decisões, independentemente de prévia autorização judicial, com vistas ao interesse coletivo. Importante ressaltar que essa prerrogativa da Administração Pública somente não dependerá de autorização do Poder Judiciário nos casos em que houver expressa previsão em lei que autorize o administrador a praticar o ato de forma imediata. Por óbvio, tal prerrogativa é limitada aos ditames da lei, de modo que o habeas corpus e o mandado de segurança podem ser empregados na defesa do particular.

As chamadas medidas sanitárias de isolamento e quarentena são exemplos da autoexecutoriedade das medidas de polícia adotadas pelo Poder Público no

¹³ Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em: I – veículos de transporte remunerado privado individual de passageiros por aplicativo ou por meio de táxis; II – ônibus, aeronaves ou embarcações de uso coletivo fretados; III - estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.

§ 1º O descumprimento da obrigação prevista no caput deste artigo acarretará a imposição de multa definida e regulamentada pelo ente federado competente, devendo ser consideradas como circunstâncias agravantes na gradação da penalidade: I - ser o infrator reincidente; II - ter a infração ocorrido em ambiente fechado. § 2º A definição e a regulamentação referidas no § 1º deste artigo serão efetuadas por decreto ou por ato administrativo do respectivo Poder Executivo, que estabelecerá as autoridades responsáveis pela fiscalização da obrigação prevista no caput e pelo recolhimento da multa prevista no § 1º deste artigo (BRASIL, 2020a, grifos nossos).

combate à pandemia. Isso porque, ao limitar a livre locomoção da pessoa doente ou contaminada, ou com suspeita de contaminação, o Poder Público pode, por meio do atributo da autoexecutoriedade, promover políticas públicas capazes de limitar certos direitos individuais com vistas ao interesse da coletividade, sem a necessidade de autorização judicial.

A coercibilidade é ato indissociável da autoexecutoriedade, isso pelo motivo de o ato da polícia administrativa somente ser autoexecutável em virtude da sua força coercitiva (DI PIETRO, 2021). Assim, caso haja resistência injustificada do particular em relação à obediência da manifestação do poder de polícia, a Administração pública, por meio da imposição coativa, poderá, inclusive, fazer uso de força física. Entretanto, nestes casos, a força física deverá ser empregada de forma proporcional, sem exceder os limites da razoabilidade, sob a pena da autoridade coatora responder por excesso de poder ou abuso de autoridade (NOHARA, 2020).

Quanto à característica da indelegabilidade do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, – suscitada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020) – tem como razão de ser o fato de que o poder de polícia, por envolver o exercício de prerrogativas próprias do poder público, especialmente a repressão, somente pode ser atribuído a quem esteja legalmente investido em cargos públicos, uma vez que são insuscetíveis de serem exercidas por um particular sobre outro.

A esse respeito, contudo, deve-se ressaltar que o STF, no Recurso Especial RE 633.782/MG, julgado em 26/10/2020, firmou, em sede de repercussão geral, a seguinte tese objetiva:

É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial (BRASIL, RE 633.782/MG, 2020).

Tem-se, portanto, que o STF admite a delegação do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, desde que integrantes da Administração Pública indireta, que tenham capital social majoritariamente público, e que prestem serviço público de forma exclusiva e em regime não concorrencial. Logo, tal prerrogativa não alcança a todas as pessoas jurídicas de direito privado.

Em qualquer caso, as medidas de polícia têm sua legitimidade condicionada ao uso proporcional e moderado das medidas coercitivas, de modo que a Administração Pública deve sempre buscar meios mais eficazes para alcançar a finalidade pretendida, de forma que não seja exercido de maneira excessiva, com um rigor maior que o necessário.

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, mesmo que discricionária, sempre encontra na lei as suas limitações, relacionadas à competência, forma, finalidade, motivo e objeto. Ademais, como será visto adiante, o poder de polícia também poderá sofrer limitações impostas pelos direitos fundamentais.

3.3 DOS LIMITES DO PODER DE POLÍCIA

Como visto, o poder de polícia é uma prerrogativa da Administração Pública que tem como objetivo intervir nas relações sociais. Nesta relação, o indivíduo é “destituído do seu poder individual supostamente absoluto e passa a figurar como coadjuvante num cenário maior, que é o interesse público” (MADEIRA, 2017, p. 65).

À vista disso, pode-se afirmar que não há direito individual absoluto, mas sobretudo direitos condicionados ao interesse público. Isso quer dizer que a Administração tem o poder de limitar, condicionar e restringir os direitos individuais em prol do interesse coletivo, mas sem afastar completamente o próprio direito do indivíduo, buscando sempre ponderar as suas decisões e relativizar os direitos (MADEIRA, 2017).

Nesses moldes, o poder de polícia poderá sofrer limitações tanto em razão dos requisitos do ato administrativo (forma, objeto, motivo, finalidade e competência), como em razão do seu conteúdo.

3.3.1 Limites da atividade administrativa do poder de polícia

Com a passagem do Estado Liberal de Direito, não intervencionista, para o Estado Social de Direito, intervencionista, houve um fortalecimento da importância de medidas voltadas à limitação da liberdade e da propriedade individuais em favor dos interesses coletivos. Contudo, não se pode dizer que as medidas de polícia representem atividade incondicionada, já que, como toda manifestação de poder

estatal desde o Estado de Direito, apresenta limitações previstas no ordenamento jurídico (NOHARA, 2020).

Com efeito, como a atividade administrativa ocorre não apenas na edição de atos normativos, mas de igual modo na prática de atos administrativos, o poder de polícia, como todo ato administrativo, também deve obedecer às regras impostas pela lei quanto à competência, forma, finalidade, motivo e objeto (NOHARA, 2020). Trata-se, neste caso, do sentido amplo de poder de polícia.

No tocante a sua forma de manifestação, o Poder de Polícia do Estado se exterioriza das seguintes formas: I) na expedição, pelo Poder Legislativo, de atos normativos; II) na expedição, pelo Poder Executivo, de atos de caráter normativo ou de caráter concreto.

Os atos normativos editados pelo Poder Legislativo (lei em sentido amplo), têm como finalidade estabelecer as limitações administrativas ao exercício e as liberdades individuais (normas gerais e abstratas), bem como estabelecer infrações administrativas e suas respectivas sanções. Vincula-se à exigência de obediência ao princípio da legalidade, previsto nos artigos 5º, inciso II, e 37, caput, da Constituição Federal de 1988¹⁴.

Já os atos normativos editados pelo Poder Executivo visam disciplinar a aplicação da lei aos casos concretos por meio de decretos, resoluções, portarias e instruções. Os atos administrativos de caráter concreto visam adequar o comportamento individual à lei, compreendendo medidas preventivas (alvará de licença, ordem, notificação, vistoria), bem como medidas repressivas (apreensão de mercadoria, aplicação de multa).

No que concerne aos requisitos do ato administrativo, os atos de polícia deverão ser praticados por autoridades no exercício regular de sua competência e nos termos do procedimento estabelecido em lei. É também indispensável que o ato seja praticado com a finalidade de atingir o interesse coletivo, conforme o princípio da predominância do interesse público sobre o privado. Assim, caso a autoridade pratique ato de poder de polícia com outra finalidade, senão a pública, incidirá em desvio de poder (ou de finalidade), acarretando a nulidade do ato com todas as

¹⁴ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (BRASIL, 1988).

possíveis consequências na esfera administrativa, civil e penal. Ademais, os motivos do ato devem ser existentes e estar em conformidade com os pressupostos legais. Por fim, o objeto, ou meio de ação, deve ser adequado ao fim visado.

Importante ressaltar que o meio empregado para atingir a finalidade pública deve ser adequado, necessário e proporcional, de modo que não se elimine os direitos individuais. Como bem enfatiza Irene Nohara (2020, p. 156), “meios excessivos acabam violando a proporcionalidade da medida”.

Neste caso, para a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há a aplicação do princípio de direito administrativo da proporcionalidade dos meios aos fins, que informa que:

o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais. (DI PIETRO, 2021, p. 167).

Pelo exposto, o ato administrativo do exercício do poder de polícia deve ser adequado a fim de impedir o dano ao interesse público; necessário para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público; e proporcional à limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado (DI PIETRO, 2021).

Isto posto, além dos limites relativos aos requisitos formais dos atos de polícia, existem também limites ligados ao seu conteúdo estabelecido diretamente pelos direitos fundamentais, bem como indiretamente por meio da proteção e promoção dos direitos fundamentais.

3.3.2 Limites impostos ao poder de polícia pelos direitos fundamentais

A relação entre o poder de polícia e os direitos fundamentais é inerente à evolução da luta do homem pelos seus direitos e liberdades, inicialmente em caráter individual, evoluindo para as conquistas sociais e econômicas, aos direitos difusos e coletivos, e, atualmente, aos direitos de caráter transacional (FIGUEIREDO, 2013).

Ao mesmo tempo em que se legitima a ação do Estado de restrição da liberdade e da propriedade em benefício do bem-estar público, existem situações em que os valores coletivos constitucionalmente preservados colidirão com o conteúdo

de direitos fundamentais também previstos na Constituição. Essa situação irá obrigar o intérprete a fazer um juízo de ponderação, na ausência da possibilidade de harmonização dos direitos envolvidos, determinando qual terá mais peso e extensão de observância no caso concreto (NOHARA, 2020).

Nesse sentido, como bem aborda Gustavo Binenbojm (2016), existem três situações em que os direitos fundamentais se configuram como verdadeira barreira à ação ordenadora do Estado. Nestes casos, “os direitos fundamentais exercem uma eficácia bloqueadora ao exercício do poder de polícia” (BINENBOJM, 2016, p. 117), o que torna a intervenção legislativa ou administrativa inconstitucional.

De acordo com Robert Alexy (2008, p. 247-248), “nesse ponto, as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência”. Isso quer dizer que, enquanto normas negativas de competências, elas restringem as competências do Estado, que, por sua vez, são as prerrogativas derivadas da ordem democrática. Na medida em que o fazem, colocam o titular do direito fundamental na posição de não-sujeição. Assim, quando o cidadão se encontra em uma posição constitucional de não-sujeição diante do Estado, existe para o cidadão um direito a que o Estado nunca atue nesse âmbito da não-sujeição, restringindo seu direito fundamental.

A primeira situação em que os direitos fundamentais limitam o exercício do poder de polícia ocorre quando a medida de polícia contraria frontal e literalmente o âmbito de proteção de um direito fundamental. Neste caso, o legislador constituinte estabelece exatamente o campo de atuação do direito fundamental, de forma que qualquer medida de polícia que extrapole o seu âmbito de proteção, incorre em inconstitucionalidade (BINENBOJM, 2016).

Aqui, o tipo de restrição pretendido não pode ser objeto de juízo de ponderação, já que a própria descrição normativa do direito a exclui em uma pré-ponderação realizada pelo próprio constituinte. Nesta situação, o direito fundamental assume a feição de uma regra¹⁵ e a ordenação estatal a viola de forma imediata (BINENBOJM, 2016).

É o que acontece, por exemplo, no caso de suposta medida ordenadora tentar instituir um regime de licença prévia para a realização de reunião pacífica e desarmada em locais públicos, em desacordo com o art. 5º, inciso XVI, da

¹⁵ O conceito de regra usado aqui coaduna com o adotado por Robert Alexy (2008, p. 91) que afirma que “regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, ou seja, ou tudo ou nada.

Constituição de 1988. Tal norma assegura a todos o direito de reunião pacífica, sem o uso de armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Embora, o direito de reunião não seja absoluto, podendo ser manifestado nos casos em que não frustre outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, não pode o poder público, no exercício do poder de polícia, exigir prévia licença para a manifestação, tendo em vista que a norma é clara quanto à desnecessidade da autorização. Ademais, por se tratar de norma de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, não depende de legislação nem de providência do Poder Público para ser aplicada, estando apta a produzir seus efeitos desde a entrada em vigor.

A liberdade de locomoção, prevista no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988, não se enquadra na hipótese de pré-ponderação estabelecida pelo legislador constituinte. Diferentemente da liberdade de reunião (art. 5º, XVI, CF/88), a liberdade de locomoção caracteriza-se como norma de eficácia contível e aplicabilidade direta e imediata. Assim, apesar de tal norma estar apta a produzir seus efeitos desde a entrada em vigor, ela necessita da atuação do legislador para reduzir seu alcance, regulando os direitos subjetivos que dela decorrem.

A segunda hipótese ocorre nos casos em que a pretensão ordenadora não ultrapassa as máximas inerentes ao dever de proporcionalidade. Neste caso, a intervenção da medida de polícia visa à proteção do direito fundamental, mas com o objetivo de assegurar outro direito fundamental ou um princípio de interesse geral, ambos assegurados na Constituição. A medida ordenadora atua no sentido de harmonizar a convivência dos direitos fundamentais que conflitam entre si. Assim, caso inexistam um fim constitucionalmente legítimo a justificar a restrição ao direito fundamental, a pretensão ordenadora não terá fundamento de validade. No entanto, mesmo que esteja presente a finalidade constitucional, a ordenação somente será válida quando cumprir o dever de proporcionalidade (BINENBOJM, 2016).

A legitimidade de tais medidas dependerá da observância da máxima da proporcionalidade, em suas três máximas parciais: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (BINENBOJM, 2016). Segundo Humberto Ávila (2015), a máxima da adequação exige que o meio escolhido pelo Poder

Público para atingir determinado fim deva ser o mais adequado possível diante das circunstâncias existentes no momento da escolha; já a máxima da necessidade verifica se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não existe outra medida que atinja a mesma finalidade e que promova menos prejuízo ao direito fundamental afetado; por fim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, de modo que o grau de importância da promoção do direito fundamental ou interesse geral justifique o grau de restrição imposto ao direito fundamental.

A situação tratada no presente trabalho, ligada à ordenação da liberdade de locomoção, ilustra bem a situação anteriormente descrita. Embora o art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 preveja a possibilidade de a lei estabelecer condições para a liberdade de ir e vir, tais condicionamentos não estão ao arbítrio da discricionariedade do legislador. Além de vinculadas a algum fim constitucional legítimo (saúde pública, por exemplo), as restrições devem ser justificáveis à luz da métrica da proporcionalidade.

Por fim, a terceira situação em que os direitos fundamentais limitam o exercício do poder de polícia ocorre nos casos em que os direitos fundamentais assumem o papel de normas negativas de competência ao Estado. Correspondem às situações em que o exercício do poder de polícia, efetiva ou potencialmente, reduz o direito fundamental de forma que o torne inexistente. Nesses casos, a eficácia bloqueadora da medida de polícia decorre da necessidade de proteção do núcleo irredutível dos direitos fundamentais (teoria do limite dos limites), de forma que consiga conter a arbitrariedade do poder de polícia (BINENBOJM, 2016).

A Constituição assegura algumas garantias individuais irredutíveis, sob a estrutura de regras, que impedem que o Poder Público as relativize com outro direito ou com qualquer outro interesse contraposto. Aqui, o âmbito de proteção do direito fundamental é inviolável à ação ordenadora. É o que ocorre com a garantia prevista no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). Neste caso, a proteção do conteúdo essencial do artigo – a dignidade da pessoa humana – não pode ser objeto de ponderação com outro direito ou interesse geral invocado pelo Estado (BINENBOJM, 2016).

Além da eficácia bloqueadora dos direitos fundamentais, Gustavo Binenbojm (2016) também menciona a eficácia habilitadora dos direitos fundamentais, que visam à sua proteção e, em alguma medida, sua promoção, mediante a atuação do poder de polícia. Nesses casos, a medida ordenadora consoma-se por meio de medidas de efeitos reflexos, ou seja, a proteção de um direito fundamental exige providências restritivas desse mesmo direito ou de outros direitos fundamentais, do próprio titular ou de terceiros.

Essa situação se encaixa perfeitamente no objeto de estudo deste trabalho. A medida sanitária de restrição da livre circulação de pessoas, nos termos previstos na lei, visa proteger o direito fundamental à saúde do próprio titular, bem como de terceiros. A finalidade da medida protetiva é justamente assegurar e promover a própria saúde do indivíduo e da coletividade em tempos de pandemia, promovendo-se a vida e evitando-se, assim, o colapso na rede pública de saúde.

3.3.3 Poder de polícia, democracia e limites constitucionais: a ponderação proporcional entre objetivos coletivos e direitos fundamentais

Por fim, resta examinar as hipóteses em que o direito fundamental será restringido pelo poder de polícia sob o fundamento do bem comum coletivo. Relacionam-se com as situações em que o fundamento próprio do poder de polícia, a supremacia do interesse público sobre o privado, é invocado para resolver uma situação de conflito.

Entretanto, para Gustavo Binenbojm (2016), esse recurso retórico de invocação intuitiva e automática da supremacia do interesse público sobre o privado é incompatível com o ordenamento jurídico arquitetado sobre o sistema de direitos fundamentais e o sistema democrático, como fundamentos legitimadores e estruturantes do Estado democrático de direito.

Isso porque, primeiramente, existem direitos fundamentais que são irredutíveis, como a dignidade da pessoa humana. Depois porque, mesmo quando admitida a ponderação, há a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais sobre metas ou aspirações coletivas. E por último, a polivalência da ideia de interesse público pode abarcar ao mesmo tempo tanto a preservação de direitos individuais quanto a busca de objetivos coletivos.

Dito isso, a própria sistemática constitucional admite diversas situações em que os direitos fundamentais serão limitados, de modo a atender a determinados interesses coletivos. Nestes casos, o próprio constituinte aponta quais as possibilidades e delega a regulação de certos direitos ao legislador ordinário. É o caso do direito fundamental estudado neste trabalho, o da liberdade de locomoção (CF/88, art. 5º, inciso XV). Além das hipóteses previstas na própria constituição de limitação da liberdade de locomoção – prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (CF/88, art. 5º, LXI)¹⁶ e decretação do estado de sítio (CF/88, art. 139, I)¹⁷ –, existem situações em que o legislador ordinário ou o administrador público poderá adotar medidas orientadas à concretização de interesse coletivo, em concordância com os direitos fundamentais, utilizando-se da métrica da ponderação proporcional (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (BRASIL, 1988).

Observe-se que, nestes casos, o fundamento de validade da medida de restrição dos direitos fundamentais pelo exercício do poder de polícia não se sustenta na “pedra de toque” da Administração Pública – supremacia do interesse público sobre o privado –, mas sim no exame de proporcionalidade das medidas administrativas ou legislativas adotadas. Assim, a ponderação proporcional entre os objetivos coletivos democraticamente determinados pela medida de polícia e os direitos fundamentais afrontados é condição necessária para o exercício legítimo do poder de polícia.

Como bem ensina Gustavo Binenbojm (2016, p. 139):

A circunstância de a ordem constitucional contemplar uma ampla variedade de finalidades – de natureza individual e transindividual – cria a necessidade de inúmeros juízos de ponderação, de modo a viabilizar uma acomodação otimizada entre elas. A ponderação proporcional entre bens, interesses e direitos envolvidos é, portanto, um raciocínio inerente à organização político-jurídica das sociedades abertas e pluralistas. Daí se chegar a afirmar que o Estado democrático de direito, em sua dinâmica de funcionamento, deve ser entendido como um *Estado de ponderação*. (grifos do autor).

¹⁶ Art. 5º (...). LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988).

¹⁷ Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; (BRASIL, 1988).

Não restam dúvidas de que a elevação do poder de polícia ao plano constitucional, por meio da contribuição democrática do direito administrativo, transformou a sua própria concepção de exercício. Sua legitimidade se extrai mais da democracia e dos direitos fundamentais, mediante o balanceamento entre interesse público e privado, do que de uma pretensa supremacia geral do Estado sobre o particular.

4 DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COMO MEDIDA SANITÁRIA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19

Com a chegada do vírus da Covid-19 no Brasil e com o reconhecimento pela OMS de uma situação de emergência de saúde pública de importância internacional, as autoridades brasileiras passaram a adotar medidas sanitárias que visavam conter a intensa propagação da doença, tendo em vista o receio do colapso no sistema de saúde, caso muitas pessoas ficassem doentes ao mesmo tempo.

Os desafios epidemiológicos de controle dessa nova doença viral exigiram do Estado medidas interventivas que atingiram principalmente as liberdades individuais e o direito de propriedade, com o objetivo final de proteger a saúde coletiva. Para tanto, foi editada a Lei 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas no enfrentamento da emergência de saúde pública provocada pelo coronavírus.

Inicialmente, houve um conflito entre os entes federativos quanto à competência para adotar certas medidas. A mais polêmica se deu em razão de Governadores e Prefeitos editarem decretos restringindo a entrada e saída de pessoas de seus territórios, com o objetivo de tentar conter o avanço da doença.

O Governo Federal, então, por meio da MP 926/2020, alterou a redação original do art. 3º, inciso VI, da Lei 13.979/2020, de modo que somente por “recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária” (BRASIL, 2020a), poderia haver restrição excepcional e temporária por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País e locomoção interestadual e intermunicipal. Assim, Governadores e Prefeitos não poderiam editar decretos, no âmbito de suas competências, para restringir a locomoção de pessoas, sem a recomendação da ANVISA.

Essa medida provisória foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 6.341/DF e ADI 6.343/DF) e de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 672/DF). Em sede de julgamentos das medidas cautelares nessas ações, o Supremo Tribunal Federal decidiu que Prefeitos e Governadores poderiam adotar medidas de combate à pandemia, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras.

Argumentou a suprema corte que, em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II, da CF/88)¹⁸, bem como prevê competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF/88)¹⁹, permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF/88)²⁰. Aduziu, ainda, que a Constituição Federal estabelece a descentralização político-administrativa do Sistema Único de Saúde (art. 198²¹, CF/88 e art. 7º, da Lei 8.080/1990²²), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, “a” e “b”, da Lei 8.080/1990)²³ (BRASIL, ADPF 672/DF, 2020).

Embora o Supremo Federal tenha decidido pela constitucionalidade da competência dos entes federados poderem editar decretos, no âmbito dos seus territórios, para regulamentar as medidas previstas na Lei 13.979/2020, como visto anteriormente, as medidas do poder de polícia, que restringem direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, devem ser sempre analisadas sob a ótica da legitimidade e eficiência (âmbito do poder de polícia) e da validade formal e material (âmbito dos direitos fundamentais) dos atos normativos, observando sempre o caso concreto.

À vista disso, a seguir será analisada a legitimidade da Administração Pública para adotar medidas que restringem direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, bem como se essas medidas possuem validade no ordenamento jurídico após a aplicação do postulado da proporcionalidade.

¹⁸ Art. 23. 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; (BRASIL, 1988).

¹⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (BRASIL, 1988).

²⁰ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (BRASIL, 1988).

²¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...). (BRASIL, 1988).

²² Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...). (BRASIL, 1990).

²³ Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; (BRASIL, 1990).

4.1 DA RESTRIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Como visto nos capítulos anteriores, a distinção entre princípios e regras é a base da teoria de Robert Alexy acerca dos direitos fundamentais e a chave para a solução da problemática que envolve desde a possibilidade de restrição a direitos fundamentais até o sopesamento de um pelo outro em caso de colisão.

Quando se parte da tese de que direitos fundamentais têm a estrutura de regras, percebe-se que essas normas nunca poderão ser restringidas. Isso porque, as regras são mandamentos de definitividade, ou seja, ou são aplicadas ou não são, não havendo, portanto, margem para interpretação ou regulamentação legislativa.

Por seu turno, quando se parte da tese de que direitos fundamentais têm a estrutura de princípios, é possível falar em restrição. Como são mandamentos de otimização que possuem um suporte fático amplo, os princípios, poderão sofrer restrições em decorrência de razões antagônicas que, em determinadas situações, possuem mais peso que outra, uma vez que essa amplitude do suporte fático proporciona um aumento na quantidade de condutas e situações protegidas por direitos fundamentais.

À vista disso, a primeira consideração que se faz é que os direitos fundamentais devem ser concebidos como princípios. Dessa consideração, depreende-se que, para que essas restrições sejam consideradas constitucionalmente fundamentadas e não simplesmente violações a direitos, devem passar pelo exame da proporcionalidade em suas três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não preenchendo tais requisitos, será considerada inconstitucional.

A segunda consideração indispensável diz respeito ao fato de o direito à liberdade de locomoção ser uma norma fundamental de eficácia contível, sendo, portanto, um direito não absoluto, podendo sofrer restrições por outras normas (princípios ou regras) de caráter constitucional ou infraconstitucional.

As liberdades de um modo geral, os chamados direitos de primeira dimensão, sempre estiveram atreladas à ideia de direito subjetivo, o que outorga aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face do Estado. Desse modo, o direito à locomoção, como direito subjetivo, foi agrupado na classificação

trialista dos direitos fundamentais como um direito de defesa, impondo ao Estado um dever de abstenção ou não intervenção nas liberdades individuais garantidas aos cidadãos.

Ocorre que, pelo fato de formarem a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não devem ser interpretados somente sob a ótica do indivíduo (dimensão subjetiva), enquanto garantias individuais frente aos Estado, mas, primordialmente, sob a da dimensão objetiva, que enxerga os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores e fins diretivos que toda a sociedade deve respeitar.

É sob essa perspectiva que o doutrinador Ingo Sarlet (2012, p. 126) entende que:

se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.

Portanto, a tarefa do interprete constitucional é justamente definir qual a extensão dessas restrições impostas aos direitos fundamentais, extraíndo o direito definitivo após a aplicação do raciocínio ponderativo, por meio do postulado da proporcionalidade. Para tanto, deverá o interprete, primeiramente, definir o âmbito de proteção do direito constitucional, ou seja, seu conteúdo *prima facie*, e, posteriormente, determinar a extensão das limitações que decorrem do sopesamento entre o direito fundamental restringido e o direito fundamental protegido.

À vista disso, como já mencionado na introdução deste capítulo, o Supremo Tribunal Federal debateu a legitimidade das medidas restritivas do direito individual à liberdade, quando do julgamento dos referendos das medidas cautelares nas ADI's 6.341/DF, 6.343/DF e na ADPF 672/DF.

As discussões nas ADI's circunscreveram-se à declaração da competência dos estados e municípios para a adoção de medidas restritivas, de forma que resta assentado que não caberia à União tolher-lhes a atribuição para a adoção de

medidas de combate à Pandemia, devendo ser observado o princípio da predominância do interesse.

Na ADPF 672/DF, embora tenha voltado a afirmar a competência dos estados e municípios para a adoção de medidas restritivas, a Corte Excelsa adentrou no exame de proporcionalidade das medidas restritivas de liberdade, como quarentenas, restrição à circulação de pessoas e fechamento de comércio. Os itens 2 e 4 da ementa assim dispuseram:

2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

(...)

4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. (BRASIL, ADPF 672/DF, 2020)

O Ministro Alexandre de Moraes, no voto para o acórdão da ADPF 672/DF realizou, em abstrato, o exame de proporcionalidade das medidas restritivas previstas na Lei 13.979/2020. Nos termos do voto do relator:

o direito à vida e à saúde aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde. (...) A gravidade da emergência causada pela pandemia da COVID-19 exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde (BRASIL, ADPF 672/DF, 2020).

Em conclusão, o ministro reitera a competência material dos Estados e Municípios para implementarem as medidas sanitárias na Lei Federal 13.979/2020, desde que sejam fundamentadas nas orientações de seus órgãos técnicos correspondentes (BRASIL, ADPF 672/DF, 2020).

Tem-se, portanto, que o STF, na linha do quanto desenvolvido ao longo desse trabalho, reconheceu a legitimidade em abstrato das medidas restritivas da liberdade individual como mecanismo de combate à Pandemia, desde que respeitadas as seguintes premissas: a) respeito à competência material de cada ente, nos termos do princípio da predominância do interesse, cabendo aos municípios a adoção de medidas restritivas de interesse local, o estado as de interesse regional e à União as de interesse nacional; b) justificção técnica das medidas adotadas, nos termos do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); c) possibilidade de questionamento judicial da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado, nos termos do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

As decisões do STF confirmaram a legitimidade das restrições, cancelando, em abstrato, o exame de proporcionalidade realizado pelo legislador ao editar a Lei 13.979/2020. Ao afirmar a competência de todos os entes federados para a adoção de medidas restritivas e a constitucionalidade das medidas previstas no art. 3º da Lei 13.979/2020, no início do quadro pandêmico, conferiu aos estados e municípios a possibilidade de adoção, sem maiores solavancos, das medidas restritivas para a redução da transmissão do vírus.

Em razão da edição de atos administrativos restritivos do direito de liberdade, não tardou o questionamento judicial da proporcionalidade, em concreto, das medidas tomadas pelos Governos locais e estaduais. Destacaram-se os seguintes julgados a respeito.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDAS SANITÁRIAS DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS - DECRETO N. 21/2020 - MUNICÍPIO DE SÃO TOMÉ DAS LETRAS - COMPETÊNCIA COMUM - FUNCIONAMENTO DAS INDÚSTRIAS COM RESSALVAS - TRABALHADORES EXCLUSIVAMENTE ORIUNDOS DA MUNICIPALIDADE - ABUSIVIDADE OU ILEGALIDADE DO ATO NORMATIVO - NÃO COMPROVAÇÃO - SENTENÇA REFORMADA. A Lei Federal n. 13.979/2020 possibilita a adoção de medidas tais como o isolamento, a quarentena e a restrição excepcional da locomoção

interestadual e intermunicipal para fins de evitar o contágio e a propagação do vírus. Nos autos da ADPF n. 672, o Plenário do colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu que os governos estaduais e municipais, no exercício de suas competências constitucionais, podem adotar as medidas sanitárias previstas na referida legislação "como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas". Ainda que ao Judiciário se possibilite a análise da legalidade em sentido amplo, o que envolve a apreciação dos motivos determinantes para a prática do ato, é decerto que para a concessão da segurança tal abusividade deve restar demonstrada de plano, através de prova pré-constituída, o que não é a hipótese dos autos. Ausente comprovação da abusividade ou ilegalidade do artigo 1º do Decreto n. 21/2020, do Município de São Tomé das Letas, não há falar em direito líquido e certo e, portanto, em suspensão dos efeitos do ato impugnado, cuja presunção de legitimidade e de veracidade milita em seu favor.

No julgado supracitado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu pela ausência de proporcionalidade da medida restritiva prevista no artigo 1º, do Decreto Municipal n. 21/2020, do Município de São Tomé das Letras, que preceituava que:

Art. 1º - As indústrias passam a ter o seu funcionamento liberado com ressalvas, a saber, só poderão entrar nos campos de trabalhos os funcionários oriundos de São Tomé das Letras, estando proibido totalmente a entrada de trabalhadores oriundos de outros municípios vizinhos (SÃO TOMÉ DAS LETRAS, 2020, grifos nossos).

O Tribunal inferiu que a norma que restringiu a entrada no município de São Tomé das Letras/MG somente aos trabalhadores da indústria, não se referindo aos demais setores da atividade econômica, adotou tratamento diferenciado e prejudicial para apenas um dos segmentos da atividade econômica, o que contraria os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Naquele momento, não havia qualquer recomendação técnica apontando o fechamento como medida mais adequada e necessária para o controle da doença. Portanto, uma medida menos drástica, como o controle por barreira sanitária, seria mais adequada e menos gravosa. Ademais, observou o Tribunal que não havia no decreto qualquer restrição direcionada aos próprios moradores do município, que poderiam com seu deslocamento contrair o vírus e regressarem ao município. Dessa forma, O Tribunal entendeu pela ausência de proporcionalidade da medida restritiva de liberdade, declarando-a ilegal.

Em caso semelhante, inclusive envolvendo o mesmo município, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já se manifestou no mesmo sentido. A esse respeito:

"EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA (COVID-19) - COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM DOS ENTES FEDERADOS - PRECEDENTES NO STF - ADI 6.341/DF - MUNICÍPIO DE SÃO TOMÉ DAS LETRAS - DECRETO N.º 21/2020 - RESTRIÇÃO DA LOCOMOÇÃO INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL - LEI FEDERAL N.º 13.979/20 - MEDIDA EXCEPCIONAL E TEMPORÁRIA - EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS - RECOMENDAÇÃO TÉCNICA E FUNDAMENTADA DA ANVISA - INEXISTÊNCIA - ILEGALIDADE DA RESTRIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar dos limites do exercício da competência constitucional para as ações na área de saúde, reconheceu a competência comum dos entes federados para adoção das medidas necessárias ao controle da pandemia (ADI nº 6.341/DF). O Decreto Municipal nº 21/ 2020 estabeleceu de forma expressa que as indústrias somente poderão exercer suas atividades utilizando mão de obra exclusiva de trabalhadores do município de São Tomé das Letras, proibindo o acesso de trabalhadores de outros municípios vizinhos. A Lei Federal nº 13.979/2020, em seu art. 3º, VI, 'b', autoriza, excepcionalmente e temporariamente, a restrição da "locomoção interestadual e intermunicipal". O §1º do mencionado dispositivo ressalva que as medidas somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas. Em se tratando de restrição a um direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o direito à locomoção, a medida deve se fundamentar em evidências científicas de que a restrição é absolutamente necessária para a contenção do avanço da doença. Considerando que a restrição da locomoção pelo ente municipal não foi respaldado por evidências científicas, conforme determinado pelo supramencionado dispositivo legal, nem mesmo por recomendação técnica e fundamentada da Anvisa, deve o ato ser considerado ilegal." (grifos nossos).

Em conclusão, tem-se que a adoção de restrição do exercício do direito à liberdade, por atos administrativos editados com fundamento na Lei 13.979/2020, foi considerada legítima, em abstrato, pelo STF, validando o primeiro exame de proporcionalidade realizado pelo Congresso Nacional, ao dispor da relação entre os direitos fundamentais à saúde e à liberdade.

Na mesma linha, não houve glosa judicial significativa de atos administrativos que deram concreção às medidas restritivas da Lei 13.979/2020.

Dessa forma, tem-se que, em regra, foram legítimas as medidas de polícia, restritivas de direito à liberdade, tomadas pelas diversas esferas de governo, no combate à pandemia.

Como bem fundamentado, o objetivo das medidas restritivas não é suprimir o direito individual à liberdade de locomoção, mas, ao contrário, é assegurar o seu exercício, condicionando-o, à luz do exame da proporcionalidade, aos interesses maiores da coletividade, como a saúde pública.

Por essa razão, a restrição à liberdade de locomoção, de forma excepcional e momentânea, é absolutamente justificável e plenamente proporcional como medida de contenção da transmissão da doença provocada pela Covid-19, satisfazendo o objetivo proposto que é proteger o direito fundamental à saúde e, conseqüentemente, a vida humana.

4.2 O PODER DE POLÍCIA COMO LIMITE AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

O milenar aforismo *solus populi suprema lex est* (“a saúde pública é a lei suprema”) expressa a dificuldade do direito em antecipar situações excepcionais, e que coloca em xeque o próprio Estado de direito em situações de emergência. Em momentos de crise, esse princípio costuma ser invocado para justificar medidas excepcionalmente aplicadas pelo Estado, para os quais ainda não haja solução adequada (BINENBOJM, 2016).

O poder de polícia, que tem na remoção de perigos um de seus fundamentos, é um dos institutos diretamente afetados durante o estado de necessidade administrativo, quando se discute se o direito administrativo dispõe de mecanismos para juridicizar as situações especiais, submetendo as ações estatais a parâmetros adequados de controle judicial e democrático (BINENBOJM, 2016).

Adverte Gustavo Binjenbojm (2016) que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla normas expressas no tocante ao estado de necessidade administrativo, o que implica que as ações extraordinárias da Administração Pública somente terão legitimidade quando atenderem devidamente os seguintes elementos estruturante:

- (i) a excepcionalidade do perigo, atual ou iminente; (ii) o seu caráter necessariamente transitório; (iii) a boa-fé das autoridades administrativas; (iv) a proporcionalidade das medidas adotadas à essencialidade dos bens, direitos ou interesses a preservar; (v) a sua sujeição a mecanismos de *accountability*, inclusive mediante responsabilização civil do Estado pelos danos eventualmente resultantes para terceiros (BINENBOJM, 2016, p. 149).

No Brasil, as primeiras medidas restritivas vieram com a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. O legislador, no exercício do seu poder de polícia, não teve receio de prever em seu art. 3º medidas como o isolamento, quarentena, realização

compulsória de testes laboratoriais, vacinação, tratamentos médicos específicos, uso obrigatório de máscara, restrição de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal, requisição de bens e serviços, dentre outras. Além da legislação federal (Lei 13.979/2020), diversos decretos estaduais e municipais foram editados regulamentando, no âmbito de suas competências, medidas restritivas das liberdades individuais. Isso fez com que crescessem o número de questionamentos acerca da validade dessas normas e da legitimidade da Administração em editar medidas de restrição de direitos fundamentais.

Fazendo-se uma análise sobre a legitimidade das medidas cuja imposição foi facultada à Administração Pública pela Lei Federal 13.979/2020, conclui-se que atendem todos elementos estruturantes apresentados por Gustavo Binenbojm, conforme será apresentado a seguir.

O primeiro elemento refere-se à excepcionalidade do perigo, que pode ser atual ou iminente. Quando o Poder Legislativo, no exercício do seu poder de polícia em sentido amplo, editou a Lei Federal 13.979/2020, dispondo sobre medidas sanitárias ao combate à pandemia da COVID-19, o fez em caráter de excepcionalidade, em razão do perigo de iminente colapso da saúde pública. Tratava-se de um perigo extremamente grave, que ameaçava primordialmente o direito coletivo à saúde pública.

O segundo elemento, necessidade de caráter transitório, também se fez presente. Nos termos do seu art. 8º, a transitoriedade dessa lei se limita à vigência das circunstâncias anormais presentes no estado de calamidade pública que vive a população mundial.

A boa-fé das autoridades administrativas restou demonstrada quando, diante do agravamento da crise decorrente da disseminação acelerada do vírus, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 23/2020, transformado na Lei n. 13.979/2020, que trouxe em sua exposição de motivos os seguintes objetivos:

adequar a legislação interna, coordenando as ações e os serviços do SUS em todas as esferas federativas para permitir uma atuação eficiente e eficaz, mediante a definição de instrumentos que possibilitem o enfrentamento ágil da situação de emergência sanitária internacional existente, objetivando a proteção da coletividade, com maior segurança jurídica (BRASIL, 2020b).

O quarto elemento, relativo à análise da proporcionalidade das medidas adotadas pela Lei 13.979/2020, também restou demonstrada, conforme já aduzido no subcapítulo anterior. É que o STF, ao analisar a constitucionalidade da referida lei, legitimou a pré-ponderação (análise da proporcionalidade em abstrato) feita pelo legislador. Ademais, em geral, os atos administrativos dos governos estaduais e municipais não extrapolaram os limites da proporcionalidade, conforme análise da proporcionalidade em concreto, pelos Tribunais de Justiça.

Por fim, o quinto e último elemento diz respeito à sujeição da Lei 13.979/2000 a mecanismos de *accountability*, com responsabilização civil do Estado pelos danos eventualmente causados a terceiros, o que é garantido pela Constituição Federal em seu artigo 37, §6º, que prevê a responsabilidade civil do Estado sem prejuízo do direito de regresso, e da responsabilização do agente público por improbidade administrativa (art. 37, §4º, CF/88).

Tem-se, portanto, que “as restrições excepcionais e temporárias à democracia e aos direitos fundamentais são, assim, o sacrifício necessário para preservá-los de mal maior (BINENBOJM, p. 151).

Ao criar a regra que limita o direito fundamental à liberdade de locomoção do indivíduo (art. 3º, VI, da Lei 13.979/2020), o legislador, no exercício do poder de polícia, ponderou ser mais importante proteger o direito fundamental à saúde e restringir temporariamente o direito à livre circulação. Isso porque, o objetivo inicial era o de garantir o pleno funcionamento do sistema de saúde pública e, consequentemente, salvar vidas.

O caráter excepcional e transitório da situação – pandemia – constituiu fator necessário e justificável para limitar os direitos subjetivos. Dessa forma, as liberdades individuais não foram suprimidas, mas apenas restringidas, temporariamente, em favor de um bem maior à coletividade: a saúde pública.

Importante frisar que há limites para restrição dos direitos fundamentais, de modo a não se tornar um completo estado de exceção sanitário. O primeiro, como vimos, o caráter transitório das medidas, que deve ter seus efeitos limitados enquanto durar o estado de necessidade. O segundo, diz respeito à motivação fundamentada das decisões das autoridades técnico-administrativas que justifiquem a adoção de medidas restritivas. Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que as políticas públicas de restrição à

direitos fundamentais somente podem ser implementadas com base em evidências científicas. A esse respeito:

(...) o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente” (STA n. 175, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30.4.2010). (BRASIL, ADI 6.341/DF, 2020)

As restrições aos direitos fundamentais não podem ter como fundamento de validade a sujeição cega à supremacia do interesse público sobre o privado, pois deverão estar submetidas ao exame da proporcionalidade.

Dessa maneira, a proteção à saúde pública deve ser realizada sem a imposição de restrições excessivas, que deverão ser submetidas ao controle da regra da proporcionalidade, a fim de se evitar que tais medidas sejam declaradas inconstitucionais.

Em relação à medida que restringiu à liberdade de locomoção, de modo excepcional e temporário, adotada pela polícia administrativa durante o combate da pandemia da Covid-19 e prevista na Lei 13.979/2020, conclui-se pela sua legitimidade.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi investigar a validade das medidas sanitárias restritivas de direitos, previstas na Lei 13.979/2020, cuja razão era conter os avanços da pandemia da COVID-19, e, consequentemente, evitar um colapso na saúde pública brasileira. Nessa esteira, questionou-se se uma medida de polícia poderia restringir o direito fundamental à liberdade de locomoção.

Diante do discutido, constatou-se, primeiramente, que os direitos fundamentais, em virtude de seu caráter principiológico, podem ser restringidos por outras normas (regras ou princípios) constitucionais ou infraconstitucionais. Logo, até mesmo um direito subjetivo, como é o caso do direito à liberdade de locomoção, pode vir a sofrer limitações quando em conflito com outros valores de maior interesse social, como a saúde pública.

Sob essa perspectiva, inferiu-se que não pode o direito à locomoção ser suprimido de modo a inviabilizar por completo o seu núcleo essencial (livre locomoção) em prol de interesse coletivo, sob o risco de o ato ser considerado desproporcional, e, portanto, ilegal.

À vista disso, a medida de polícia sanitária prevista no art. 1º, do Decreto Municipal n. 21/2020, do Município de São Tomé das Letras, que proibiu totalmente a entrada de trabalhadores oriundos de outros municípios vizinhos na cidade, foi considerada desproporcional pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao analisar em concreto a medida restritiva. Isso por que, além de suprimir por completo o direito à livre locomoção, a medida não era a mais adequada e a menos gravosa a ser aplicada no momento, já que não havia qualquer recomendação das autoridades técnicas acerca da necessidade de aplicação dessa medida.

Por meio da análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se que a adoção de restrição do exercício do direito à liberdade, por atos administrativos editados com fundamento na Lei 13.979/2020, foi considerada legítima, em abstrato, validando o primeiro exame de proporcionalidade realizado pelo Congresso Nacional, ao dispor da relação entre os direitos fundamentais à saúde e à liberdade.

Importante frisar que a aplicação do método da proporcionalidade, nos moldes como é proposto por Alexy, não corresponde ao formato que o Supremo Tribunal Federal adota em suas decisões. A suprema corte, valendo-se do raciocínio

proposto por Alexy, aplica o método de forma geral, ignorando as fórmulas propostas no postulado, que se baseia por considerar todos os pontos de vista relevantes na solução de um determinado conflito entre direitos fundamentais.

Por todo o exposto, conclui-se, portanto, que, em regra, foram legítimas as medidas de polícia, restritivas de direito à liberdade, tomadas pelas diversas esferas de governo, no combate à pandemia.

Por essa razão, a restrição à liberdade de locomoção, de forma excepcional e temporária, é absolutamente justificável e plenamente proporcional como medida de contenção da transmissão da doença provocada pela Covid-19, satisfazendo, assim, o objetivo proposto que é proteger o direito fundamental à saúde e, consequentemente, a vida humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travesso Ní Gomes (Org.). **Teoria discursiva do direito**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, p. 6. ob. Cit. NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. – 16. ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 32. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0000.20.497279-8/001**. Mandado de segurança - Covid 19 - Município de São Tomé das Letras - restrição funcionamento apenas das indústrias – desproporcionalidade - ato ilegal - segurança concedida - sentença confirmada. Relator(a): Des.(a) Maria Luiza Santana Assunção (JD Convocada), 6ª Câmara Cível, julgamento em 18/05/2021, publicação da súmula em 24/05/2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp?numero=undefined>. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0000.20.549916-3/001**. Mandado de Segurança - medidas de enfrentamento da pandemia (covid-19) - competência material comum dos entes federados - precedentes no STF - ADI 6.341/DF - Município de São Tomé das Letras - Decreto n.º 21/2020 - restrição da locomoção interestadual e intermunicipal - Lei Federal nº 13.979/20 - medida excepcional e temporária - evidências científicas - recomendação técnica e fundamentada da ANVISA - inexistência - ilegalidade da restrição - recurso improvido. Relator(a): Des.(a) Dácio Leopardo Mendes, 4ª Câmara Cível, julgamento em 19/11/2020, publicação da súmula em 20/11/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp?numero=undefin ed>. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 12 out. 2021. (2020a).

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 13 out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 23, de 04 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. Brasília/DF: Câmara Legislativa, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236343>. Acesso em: 12 nov. 2021. (2020b).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **ADI 6.343/DF**. Pandemia do coronavírus (covid-19). As regras de distribuição de competências são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um estado de direito (art. 1º e 18 da CF). Competências comuns e concorrentes e respeito ao

princípio da predominância do interesse (art. 23, II, 24, XII, e 25, § 1º, da CF). Cautelar parcialmente concedida. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436409/false>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **ADPF 672/DF**. Pandemia do coronavírus (COVID-19). Respeito ao federalismo. Lei federal 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Proteção à saúde, segurança sanitária e epidemiológica. Competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse (art. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, da CF). Competências dos estados para implementação das medidas previstas em lei federal. Arguição julgada parcialmente procedente. Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em 13 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta Da Inconstitucionalidade. **ADI 6.341/DF**. Direito Constitucional. Direito à Saúde. Emergência Sanitária Internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do Sistema Único de Saúde. Competência Comum. Medida Cautelar Parcialmente Deferida. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **HC 94.147/RJ**. Imposição de condições judiciais (alternativas à prisão processual). Possibilidade. Poder geral de cautela. Ponderação de interesses. Art. 798, CPC; art. 3º, CPC. Habeas corpus nº 94147 RJ, Relator: Ellen Gracie, Data de Julgamento: 27/05/2008, Segunda Turma. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88824/false>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. **RE 633.782**. Repercussão geral. Tema 532. Direito constitucional e administrativo. Preliminares de violação do direito à prestação jurisdicional adequada e de usurpação da competência do supremo tribunal federal afastadas. Poder de polícia. Teoria do ciclo de polícia. Delegação a pessoa jurídica de direito privado integrante da administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Prestadora de serviço público de atuação própria do estado. Capital majoritariamente público. Regime não concorrencial. Constitucionalidade. Necessidade de lei formal específica para delegação. Controle de abusos e desvios por meio do devido processo. Controle judicial do exercício irregular. Indelegabilidade de competência legislativa. Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437046/false>. Acesso em: 10 out. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

CNN BRASIL. **Saiba como países da Europa tentam conter a nova onda de Covid-19**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/saiba-como-paises-da-europa-tentam-conter-a-nova-onda-de-covid-19>. Acesso em: 18/11/2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 34. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais** – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito constitucional**. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do Direito: do jusnaturalismo ao pós-positivismo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Artigo 5º, inciso XV. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (Coordenadores científicos). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito administrativo I**. Rio de Janeiro: SESES, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**– 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**– 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP)

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB). – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PEREIRA, Jane Reis **Gonçalves Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÃO TOMÉ DAS LETRAS. **Decreto nº 21, de 11 de abril de 2020**. Altera o Decreto nº 15 de 23 de março de 2020 no que diz respeito ao funcionamento das Indústrias. São Tomé das Letras: Prefeitura Municipal, 2020. Disponível em: <https://semfronteiras.legnet.com.br/sao-thome-das-letras-mg-coronavirus-industrias-e-comercios-em-geral-decreto-no-21>. Acesso em: 14 nov. de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. – 37. ed. ver. atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014a.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. – 2. ed., 3. tiragem. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014b.