

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
CURSO DE DIREITO

ANNE CATARINE LEÔNIDAS PEREIRA

**O ESTADO DE ANORMALIDADE NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO
NOVO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO DE
LOCOMOÇÃO COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO**

NATAL-RN

2021

ANNE CATARINE LEÔNIDAS PEREIRA

**O ESTADO DE ANORMALIDADE NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO
NOVO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO DE
LOCOMOÇÃO COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Campus Avançado de Natal
da Universidade do Estado do Rio Grande do
Norte, como parte dos requisitos para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Bruno José de Souza Azevedo.

NATAL-RN

2021

À minha querida tia Maria Altamira de Oliveira (in memoriam), inspiração de força, coragem, meu exemplo de vida, que o Covid levou cedo demais. Saudades eternas.

ESTADO DE ANORMALIDADE NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO

Anne Catarine Leônidas Pereira¹

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade investigar a competência dos entes federativos na adoção de políticas restritivas no combate ao alastramento da doença infectocontagiosa causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2), e também perquirir a legitimidade da atuação de chefes do Executivo na limitação do direito de ir e vir como medida de enfrentamento. Para tanto, serão apresentados os conceitos de Estado de exceção e medidas de exceção, buscando demonstrar os limites constitucionais para aplicação de medidas excepcionais adotadas em um Estado Democrático de Direito. Além disso, o estudo analisará a atuação independente dos entes federativos na condução de políticas coercitivas durante o período pandêmico, enfatizando a competência solidária para a tutela da saúde pública brasileira. Logo, foram realizadas pesquisas referentes às normas administrativas emitidas por governos estaduais e municipais, nos quais houve a determinação de *lockdown* ou toque de recolher, para proceder a análise do conteúdo e a constitucionalidade da norma. Apesar do imediatismo do tema abordado, também foram utilizadas pesquisas jurisprudenciais dos conflitos que surgiram neste curto período.

Palavras chave: Pandemia; Direitos Fundamentais; Restrição; Locomoção.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate the competence of federative entities in adopting restrictive policies to combat the spread of the infectious disease caused by the new coronavirus (Sars-CoV-2) and also to investigate the legitimacy of the role of government to limit the right of locomotion as a countermeasure. Therefore, the concepts of State of exception and measures of exception will be presented, seeking to demonstrate the constitutional limits for the application of exceptional measures adopted in a Democratic State. In addition, the study will analyze the independent action of federative entities conducting coercive policies during the pandemic period with emphasis the solidary competence for the protection of Brazilian public health. Therefore, researches about administrative norms issued by state and municipal governments were realized to analyze the content and constitutionality of the norm about lockdown or curfew determination. Despite the immediacy of the topic, jurisprudential research about the conflicts that emerged in this short period was also used.

Keywords: Pandemic; Fundamental rights; Restriction; Locomotion.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 2.1 O ESTADO DE ANORMALIDADE E A LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA; 3 OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE GERENCIAMENTO DE CRISES; 3.1 MEDIDAS DE EXCEÇÃO E ESTADO DE EXCEÇÃO; 3.2. OS LIMITES E PRERROGATIVAS JURÍDICAS DAS MEDIDAS DE EXCEÇÃO ADOTADAS NO

¹ Discente do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Campus Natal. E-mail: annepereira@alu.uern.br.

ESTADO DE DIREITO; **4 A LEGITIMIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS NA ADOÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**; 4.1. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ENTES FEDERATIVOS DO BRASIL PARA IMPOR MEDIDAS DE EXCEÇÃO; 4.2. O CONFLITO DOS ENTES NO GERENCIAMENTO DA CRISE SANITÁRIA; 4.3. A TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA COMO COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA; **5 A RESTRIÇÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LOCOMOÇÃO DURANTE A PANDEMIA**; 5.1. AS EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS DO ISOLAMENTO SOCIAL COMO MEDIDA EFICAZ DE ENFRENTAMENTO À COVID19; 5.2. A LIMITAÇÃO AO DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO; 5.2.1. Medidas de *lockdown* e toque de recolher; 5.3. A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ADOÇÃO DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS NO COMBATE AO VÍRUS; **6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS; ANEXOS; ANEXO A.**

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi fortemente marcado pelo alastramento da pandemia do novo coronavírus (Sars-CoV-2), que teve seu primeiro surto na cidade chinesa de Wuhan, em dezembro de 2019, onde os habitantes foram acometidos por uma síndrome respiratória grave e sem tratamento eficaz conhecido.

De acordo com dados apresentados pela BBC², até abril de 2021 o Brasil, apesar de conter 2,7% da população mundial, concentrou 37% das mortes que ocorreram no mundo. De acordo com o jornal, no Brasil há mais vítimas fatais de covid-19 do que em continentes inteiros: Europa, Ásia, África, Oceania ou no restante da América.

Além dos problemas sanitários inerentes de uma pandemia que perdurou por mais de um ano de forma ininterrupta, a situação socioeconômica do Brasil também foi intimamente afetada, gerando questionamentos acerca da condução de políticas públicas de enfrentamento às consequências da pandemia.

Em razão da pandemia, o estilo de vida até então conhecido em todo o mundo precisou de adaptações, com fechamento de comércios, proibição de circulação de pessoas em lugares públicos de lazer, suspensão de aulas e substituição pelo modelo de ensino remoto, imposição do uso de máscara em locais públicos, proibição de cultos presenciais, colocação de barreiras sanitárias na entrada de municípios, dentre tantas outras

² MAGENTA, Matheus. Brasil tem em 1 dia mais mortes por covid19 do que 133 países em 1 ano de pandemia. **BBC**. Londres. 07 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56661590>. Acesso em: 07 abr. 2021.

medidas incentivadas pelos cientistas, à medida que se descobria o modo de agir do vírus e as formas de proteção contra ele.

A decretação de medidas excepcionais de enfrentamento gerou debates calorosos entre os entes, discutindo-se acerca dos limites de atuação na tutela da saúde pública e a constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais por municípios e estados através de normas administrativas, tal como o Decreto.

No Brasil não houve uma política unificada de enfrentamento à crise ocasionada pela pandemia, havendo uma disparidade entre a atuação dos entes federados que ultrapassa os limites da autonomia federativa, para gerar uma crise política na Administração Pública entre os níveis municipais, estaduais e federal.

Nesse diapasão, o presente trabalho tem como objetivo investigar a legitimidade e a competência administrativa dos entes municipais e estaduais em estabelecer normas restritivas ao direito de locomoção como método de atuar no combate à pandemia, ao passo que restringe um direito fundamental em prol do interesse coletivo.

Considerando a atuação independente dos entes federativos na condução de políticas coercitivas durante o período pandêmico, busca-se perquirir acerca da competência constitucional de cada ente na adoção de medidas excepcionais durante o estado de anormalidade ocasionado pela crise sanitária. Para isso, o presente artigo demonstrará os sistemas legais e constitucionais de controle de crise e suas hipóteses de cabimento no Brasil.

Tendo em vista os dados alarmantes do número de vítimas da COVID19, somado ao impacto que algumas políticas adotadas pelos gestores públicos podem trazer, é imprescindível que haja um consenso jurídico a ser adotado na atuação dos Poderes frente à pandemia.

Por essa razão, este estudo visa trazer uma reflexão, e quem sabe alcançar uma resposta, sobre a condução das políticas pelos Poderes em tempos pandêmicos, atentando-se aos limites da legalidade impostos ao Estado. De forma específica, busca-se investigar a decretação de medidas de restrição ao direito de locomoção como mecanismo legítimo para atuação do Poder Público no combate à crise sanitária e socioeconômica brasileira, decorrente da pandemia da COVID19.

O presente estudo utilizará como método a revisão bibliográfica sobre o tema “A aplicação de medidas de Exceção no Estado Democrático de Direito”, atentando-se para

a doutrina brasileira e do plano internacional, pretendendo encontrar a elucidação da legitimidade jurídica da aplicação de medidas excepcionais, de forma temporária, durante um estado de anormalidade, sem que haja a descaracterização do Estado Democrático de Direito.

Além da investigação doutrinária, será apresentado um levantamento da legislação pátria, elencando desde as previsões constitucionais acerca dos requisitos e da legitimidade para a decretação de medidas restritivas de direitos fundamentais, até a análise de decretos emitidos durante a pandemia do novo coronavírus pelos entes federados.

Não obstante, será arrolado o posicionamento jurisprudencial durante o período pandêmico, sobre os constantes litígios envolvendo a competência e a constitucionalidade dos atos administrativos de legalidade extraordinária realizados pelo Poder Público em suas três esferas federativas.

Para isso, o desenvolvimento do trabalho apresentará, inicialmente, um capítulo abordando de forma breve acerca do conceito de Estado Democrático de Direito, bem como a função dos direitos fundamentais no Estado Constitucional. Ato contínuo, será debatido sobre o desenvolvimento de uma legalidade extraordinária em situações que acarretem um Estado de Anormalidade dentro do Estado de Direito. Já noutro capítulo será analisada a possível evolução do Estado de Anormalidade para um Estado de Exceção, fazendo sua devida distinção com a mera aplicação de Medidas de Exceção dentro dos limites constitucionais. Por sua vez, a legitimidade dos entes federativos na decretação de medidas restritivas de direitos fundamentais será abordada em outro capítulo, com vistas a analisar a possível deturpação de competências durante o período pandêmico. A partir disso, o trabalho se finaliza com um capítulo trazendo questionamentos quanto à atuação dos Chefes do Executivo brasileiros na condução das políticas excepcionais que restringiram direito de locomoção.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado de Direito nasceu a partir da necessidade de que o Poder Soberano também fosse subordinado a um regime de Direito. José Luís Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck³ apontam que na segunda metade do século XIX, os liberais e os movimentos e

³ MORAIS, Jose Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 64.

partidos liberais mudaram a estrutura econômica, social e política da Europa, ao passo que elegeram um projeto do Estado Mínimo no aspecto da intervenção na iniciativa privada, e, de outro lado, deram início à implantação do intervencionismo estatal como resposta às demandas sociais e fragilidades causadas pelo projeto político-econômico liberal. No entanto, havia grande preocupação de que as reivindicações em prol da justiça social limitasse as liberdades que foram conquistadas e o Estado ganhasse poderes astronômicos novamente.

A partir disso, desenvolveu-se a ideia do Estado de bem estar social, que para os autores⁴, se caracteriza como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, sendo assegurados a todo cidadão, não como forma de caridade, mas como direito político.

Em termos gerais, a atuação do Poder Público no Estado de Direito encontra-se limitada pela norma, atendendo ao princípio da legalidade, e é na Constituição que se encontra o acervo normativo com superioridade hierárquica para delinear o ordenamento jurídico do Estado. Assim, é a Constituição que limita a intervenção estatal, seja ela em períodos de anormalidade ou não.

Para Bedin et al⁵, no Estado de Direito o exercício do poder só se pode efetivar por meio de instrumentos jurídicos institucionalizados neste Estado e pela ordem jurídica em vigor. Por essa razão, os autores destacam que não é qualquer órgão, qualquer titular, qualquer funcionário ou qualquer agente da autoridade que, no uso dos poderes públicos, pode praticar atos, cumprir tarefas, realizar fins, mas tão somente aquele autorizado pela ordem jurídica.

Ao trazer a previsão inicial de que todo poder emana do povo, a Constituição Brasileira de 1988 definiu que o Brasil seria mais do que um Estado de Direito, onde o Poder Público está submetido a normas e procedimentos jurídicos, mas sim um Estado Democrático de Direito, no qual o povo exerce seu poder tanto por meio dos seus representantes eleitos, quanto diretamente. Nesse sentido, percebe-se que as autorizações para o uso dos poderes públicos, citadas no parágrafo anterior, no Estado Brasileiro se dão a

⁴ Ibidem. p. 79.

⁵ BEDIN, Gilmar Antonio; LUCAS, Doglas Cesar; RAMOS, André de Carvalho; CRETELLA NETO, José. (Org.). **Estado de Direito, Jurisdição Internacional e Terrorismo**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2009. p.18.

partir da vontade do povo.

Para Pasold⁶, o Estado Contemporâneo possui uma função social de agir em prol da sociedade, executando, respeitando, valorizando e envolvendo o sujeito, com a finalidade de atender o objeto e realizar seus objetivos, atentando-se para os valores fundamentais do ser humano.

É justamente esse Estado Democrático de Direito que se torna o responsável por tutelar os direitos fundamentais do seu povo, além de viabilizar meios de garantir o seu exercício. Acerca dessa responsabilidade estatal, Hachem⁷ (2012) se posiciona:

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais exsurge da constatação de que, além de impor determinadas prestações positivas e negativas aos poderes estatais e a sociedade, eles consagram os principais valores em uma comunidade política, irradiando seus efeitos para todas as direções do sistema jurídico e deixando de constituir meros limites ao agir estatal para transformar em verdadeiro norte da atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Apesar do seu caráter essencial, os direitos e garantias fundamentais não são normas dotadas de caráter absoluto, de modo que tais direitos e garantias estão submetidos a sofrer restrições, seja em virtude de ponderação de direitos em razão de conflitos de normas aplicadas ao caso concreto, ou mesmo em razão de decretação de um sistema de crise, conforme disposto dentro do sistema constitucional. Ou seja, a intervenção estatal pela restrição de direitos e garantias é possível, desde que se constitua a partir de um instrumento prévio e devidamente delimitado em lei constitucional, o que proporciona um Estado de Legalidade Extraordinária.

2.1 O ESTADO DE ANORMALIDADE E A LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA

Quando ocorrem situações de ameaça institucional, o Estado Constitucional possui mecanismos de enfrentamento de crises e anormalidades que permitem a aplicação de medidas de exceção previstas no próprio sistema constitucional. Tais medidas de exceção, que podem limitar e restringir direitos fundamentais, se justificam pela necessidade de controle da crise, e, conseqüentemente, a proteção do Estado Democrático de Direito e a

⁶ PASOLD, Cesar Luis, **A função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Editora do Autor, 1984. p. 60-63.

⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

busca pela Paz Social.

Por outro lado, é imperioso destacar que todas as situações de anormalidade possíveis deveriam estar traçadas no ordenamento jurídico pátrio, bem como a medida a ser adotada em cada caso, uma vez que a obediência ao princípio da legalidade continua sendo indispensável para que as medidas de exceção sejam aceitáveis dentro de um Estado de Direito.

É justamente a submissão à lei que permite que o Estado de legalidade extraordinário aconteça, de modo a garantir a saúde institucional do Estado. Nesse sentido, em caso de não atendimento das prerrogativas das medidas constitucionalmente impostas, corre-se o risco de rompimento da ordem constitucional.

Acerca do tema Gilberto Bercovici⁸ aponta que as excepcionalidades das restrições contidas em uma Constituição são utilizadas como remédio em momentos de ameaça à soberania do Estado e por esse motivo se justifica, no entanto, defende que sua excepcionalidade deve ser fixada restritivamente, visando controlar e limitar os poderes excepcionais dados ao Estado.

Sob essa perspectiva, é possível afirmar que medidas excepcionais são tomadas pelo Estado, em defesa dele próprio, enquanto tutor dos direitos do povo, e em proteção da sociedade com risco de rompimento. Nesse sentido, se posiciona Canotilho⁹ (2003):

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesas das instituições).

Assim sendo, observa-se que o Estado cria mecanismos para sua própria proteção, de modo a garantir não somente a sua existência como instituição, mas servir as

⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 37.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887.

necessidades do povo enquanto Organização Social, mesmo que para isso sejam utilizados métodos coercitivos de atuação. No entanto, é mister ressaltar que tais métodos só se justificam pela situação de excepcionalidade fática aliada a previsão constitucional da atuação estatal, de modo a não descaracterizar o Estado como Organização Social, e torná-lo uma instituição autoritária, como será melhor debatido no próximo capítulo.

Nos dizeres de Streck e Morais¹⁰ a Constituição do Brasil não é apenas um enunciador de competências e regulador de processos, mas sim um plano global normativo, no qual se enuncia as diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Ou seja, a aplicação do texto constitucional se dá a partir da interpretação das finalidades, direcionando as ações ao que melhor se encaixe nos princípios e prerrogativas da Carta Magna.

3 OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE GERENCIAMENTO DE CRISES

Para o doutrinador e Ministro da Suprema Corte Alexandre de Morais¹¹, o sistema constitucional das crises consiste em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional.

A instauração da legalidade extraordinária através de institutos jurídicos constitucionais pressupõe mecanismos que salvaguardam o Estado Constitucional, com a realização de medidas coercitivas e a suspensão parcial de direitos e garantias constitucionais como meios para o alcance do Estado de normalidade. Assim, as medidas de exceção decorrentes desses institutos jurídicos constitucionais têm, por lei, caráter restritivo, suspendendo temporariamente direitos e garantias individuais e coletivas, justamente naquele lapso quando da sua decretação, direitos esses até então considerados absolutos.

Para Alexy¹², os direitos fundamentais precisam ser justificadamente

¹⁰ MORAIS, Jose Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 107.

¹¹ MORAIS, Alexandre de Morais. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2017. p. 591.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

restringidos, e, no entendimento do doutrinador, uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição.

Outro aspecto relevante é a dificuldade de mensurar o nível da restrição, Harberle¹³ descreve que não há um *numerus clausus* das dimensões de proteção dos direitos fundamentais, nem um *numerus clausus* dos perigos, visto que as situações de perigo mudam historicamente, necessitando que novos instrumentos para combatê-las sejam desenvolvidos.

3.1 MEDIDAS DE EXCEÇÃO E ESTADO DE EXCEÇÃO

Bercovici¹⁴ pontua que, para Carl Smith, somente a partir do Estado de exceção é que pode ser posta, em toda a sua profundidade, o problema da realização do direito, pois se trata da essência do Estado, da questão da manutenção da unidade política. Para o autor, o estado de normalidade não demonstra nada de fato, uma vez que somente a exceção é capaz de provar tudo, pois a regra vive da exceção. Por sua vez, é a soberania quem afirma e nega a ordem, a partir de uma decisão e não de uma norma especificamente. Assim sendo, o estado de exceção não é apenas o oposto da ordem constitucional da normalidade, mas seu fundamento, a partir da decisão do soberano.

De outra banda, nos dizeres de Marcelo Leonardo Tavares¹⁵ é o cumprimento dos pressupostos da legalidade extraordinária que torna a medida restritiva um ato legal, de forma que a ultrapassagem dos limites da legalidade teria o condão de transformá-la em medida de exceção, por consequência ilegal.

Nesse diapasão, verifica-se que a atuação do Estado frente às crises de anormalidade, sejam elas institucionais ou sociais, devem obrigatoriamente estar em compasso com os dizeres legais, de modo que a utilização de medidas extraordinárias para

¹³ HABERLE, Peter. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Nuova Italia Scientifica, 1996. p. 187.

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. The expansion of the state of exception: from the protection of the constitution to the protection of capitalism. *Boletim de Ciências Económicas*, [S.L.], v. 57, n. 1, p. 737-754, 2014. Coimbra University Press. http://dx.doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_18. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/39819>. Acesso em: 12 maio 2021.

¹⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: O Controle do Poder em Situação de Crise*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 77.

controle de crises se fundamente unicamente na lei em prol do bem comum. Por sua vez, ao tratar de direitos fundamentais, a possibilidade de restrição por ato de chefe do Executivo deve estar amparada na própria Constituição Federal.

3.2 OS LIMITES E PRERROGATIVAS JURÍDICAS DAS MEDIDAS DE EXCEÇÃO ADOTADAS NO ESTADO DE DIREITO

Quando a decisão de restringir direitos legalmente ou constitucionalmente constituídos se dá por ato de vontade do chefe de Estado, resta configurado o Estado de Exceção autoritário. No entanto, tal configuração só se torna evidente ao se esmiuçar a finalidade e motivação do ato administrativo.

Para Fernanda Marinela¹⁶, o motivo do ato administrativo representa as razões que justificam a edição do ato, devendo o motivo ser verdadeiro e compatível com a realidade fática, bem como deve estar previsto em lei, para que seja garantida a legalidade do ato. Por sua vez, a autora também descreve sobre a finalidade, definindo que é o bem jurídico objetivado pelo ato, tendo sempre o interesse coletivo como finalidade geral, e o resultado específico desde que possua previsão legal.

Dessa maneira, para analisar a legalidade das medidas restritivas adotadas pelos governantes na pandemia do novo coronavírus, faz-se necessário a investigação da motivação e finalidade dos atos praticados, atentando-se às previsões normativas acerca da implantação de medidas de exceção, para que não se configure um Estado de Exceção.

Além dos pressupostos de legalidade, finalidade e motivação, especialmente, é necessário destacar que o sistema constitucional das crises é fundado nos princípios da necessidade e da temporariedade. O primeiro caracteriza-se pela ocorrência de situações de natureza grave, que fundamentam a decretação de legalidade excepcional para a manutenção e a preservação da ordem constitucional, das instituições e do bem social. Por sua vez, o princípio da temporariedade importa dizer que a exceção constitucional terá duração e prazo determinados.

Carvalho¹⁷ defende que esses princípios acarretam a decretação de medidas excepcionais, uma vez que, por traduzirem uma legalidade especial, não podem ser

¹⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 339-346.

¹⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 692.

efetivadas sem a ocorrência fundada em elementos seguros da emergência.

Em contrapartida, no entendimento de Giorgio Agamben¹⁸ a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. O autor argumenta que é através de medidas restritivas sob pretextos constitucionalmente legítimos, impostas a partir do medo causado pelo próprio Poder Público à sociedade, que os Estados encontram espaço para ingressar em um sistema autoritário de governo sub declarado.

Em conformidade com o posicionamento do autor, ainda que o motivo do ato seja legalmente previsto, há a necessidade que a medida adotada tenha caráter temporário e não se torne uma ferramenta costumaz para atuação ilegítima do governante.

A partir dos conceitos apresentados, o capítulo seguinte fará uma análise mais aprofundada acerca das políticas adotadas no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus, para posteriormente ser investigada a legalidade dos atos administrativos que restringiram o direito fundamental de locomoção como medida de enfrentamento.

4 A LEGITIMIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS NA ADOÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ENTES FEDERATIVOS DO BRASIL

É cediço que no ordenamento jurídico brasileiro os entes federativos possuem autonomia quanto a poderes e atribuições, os quais são elencados pelo próprio texto constitucional, vejamos: “*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*”¹⁹

Saliente-se que a forma federativa de Estado é cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º²⁰ da Carta Magna, ou seja, não pode sequer ser alterada através de Emenda Constitucional, o que dirá a autonomia dos entes ser suprimida nas conduções das próprias

¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

¹⁹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²⁰ Ibidem.

políticas públicas.

Quanto ao tema, Barroso²¹ pontua:

De forma Sumária, a caracterização do estado federal envolve a presença de três elementos : a) a repartição de competências, por via da qual cada entidade integrante da Federação recebe competências políticas exercitáveis por direito próprio, frequentemente classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias; b) autonomia de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração; e c) a participação na formação da vontade do ente global, do poder nacional, o que tradicionalmente se dá pela composição paritária do senado federal, onde todos os Estados têm igual representação.

Assim sendo, fica evidente que a autonomia dos entes federativos não pode ser suprimida, visto que a repartição de competências têm uma razão de ser, principalmente se levado em conta as dimensões territoriais brasileiras, de modo que a Administração local tem maior predisposição para entender e atender às necessidades da população em cada âmbito.

4.2. O CONFLITO DOS ENTES NO GERENCIAMENTO DA CRISE SANITÁRIA

Ao passo que a pandemia foi tomando proporções cada vez maiores no Brasil e no mundo, alguns gestores públicos brasileiros se mobilizaram para aplicação de medidas restritivas para conter a disseminação do vírus, atendendo a critérios recomendados por cientistas e pela Organização das Nações Unidas - ONU.

O governo federal, através da Medida Provisória nº 926/2020, dispôs sobre alguns procedimentos para aquisições destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, além disso restringia a liberdade de prefeitos e governadores na tomada de ações contra a pandemia.

Todavia, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 641²² contra a referida Medida Provisória, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que o governo federal somente pode definir sobre

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 6341. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. **Adi 6341 Mc-Ref**. Brasília, 13 nov. 2020.

serviços e atividades de interesse nacional, cabendo aos prefeitos e governadores regulamentarem a situação em seus respectivos territórios. Segue a ementa da decisão:

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. **As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente.** O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. **O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão**, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. **É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais.** O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. **O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.** 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de

1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

A partir dessa decisão os estados e municípios obtiveram maior liberdade de atuação, verificando-se a tomada de medidas excepcionais com vistas a controlar a propagação da doença.

No estado de São Paulo, o decreto nº 65.563/2021 vedou a realização de atividades religiosas coletivas durante a validade da norma, visando evitar aglomeração de pessoas em templos religiosos, como medida de enfrentamento à pandemia no estado, que estava em crescente no período. Em contrapartida, o Partido Social Democrático - PSD questionou a constitucionalidade da medida adotada pelo estado, uma vez que, em tese, seria uma violação à liberdade de cultos.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 811²³, o STF decidiu por maioria dos votos (9x2) que não havia inconstitucionalidade no decreto estadual, entendendo que a proibição não fere o núcleo essencial da liberdade religiosa e que a prioridade do atual momento é a proteção à vida.

Outras políticas restritivas comumente adotadas pelos entes federados no combate à disseminação da doença são o *lockdown* e o toque de recolher. Em relação às medidas, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) ajuizou, no STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 806) contra a decretação de *lockdown* e toque de recolher por governadores e prefeitos de todo o país como forma de combater a disseminação do novo coronavírus e o colapso do sistema de saúde. Segundo o partido, as medidas são arbitrárias e violam o direito constitucional à liberdade de locomoção em tempo

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Adpf 811**. Brasília, 07 abr. 2021.

de paz.²⁴

Por sua vez, a petição inicial foi indeferida, sob o argumento de que o pedido não atende aos requisitos da Lei das ADPFs (Lei 9.882/1999), na qual está previsto no artigo 4º que esse tipo de ação só é admitida quando não houver outro meio processual eficaz para sanar a lesividade do ato apontado. Além disso, o Ministro Marco Aurélio destacou que a petição inicial não contém a indicação do ato questionado e que os documentos juntados são reportagens de veículos de comunicação.²⁵

Já em maio deste ano, o Presidente da República Jair Bolsonaro ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6855)²⁶ em face dos Decretos emitidos pelos governadores dos Estados do Rio Grande do Norte, Pernambuco e Paraná os quais determinavam a observância de *lockdown* e toque de recolher.

A ação alegava que as normas impugnadas impunham restrições severas a direitos fundamentais relacionados com a subsistência da população, tais como a liberdade de trabalho, a liberdade de iniciativa econômica e a liberdade de locomoção. Além disso, a referida ação argumentou que as determinações impostas pelos Decretos estaduais não harmonizavam a proteção da saúde com os demais direitos fundamentais, considerando desproporcionais as medidas impostas pelos estados.

O pedido liminar foi rejeitado em razão da ausência de ligação entre o direito alegado e grave *periculum in mora* inverso, consistente no risco de agravamento de contágio e morte, em razão da pandemia. Quanto ao mérito, o Procurador-Geral da República emitiu Parecer defendendo a rejeição da Ação por perda do objeto, considerando que os decretos tinham prazo de vigência que já haviam sido encerrados, o que foi acatado pelo Supremo.

4.3. A TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA COMO COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA

²⁴ STF, Notícias. **PTB contesta decretação de lockdown e toque de recolher em todo o país**. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462409&ori=1>. Acesso em: 21 maio 2021.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 806. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. **Adpf806**. Distrito Federal, 19 mar. 2021.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 6855. Relator: Min. Gilmar Mendes. **ADI 6855**. Brasília, 28 mai. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=DECRETO&numProcesso=6855>. Acesso em 22 set. 2021.

A atuação dos gestores públicos se pauta pela competência administrativa, cuja definição se dá pelo conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos, fixados pelo direito positivo, representando a esfera de exercício de cada um deles, formando um círculo definido por lei dentro do qual podem os Administradores exercer legitimamente sua atividade. (MARINELA, 2017²⁷)

A competência administrativa decorre de previsão legal ou constitucional, onde devem estar disciplinados expressamente o titular da atividade a ser desempenhada, sendo tal exercício irrenunciável, salvo em casos de avocação ou delegação, sendo estes últimos aspectos não relevantes para a discussão em tela.

Quanto à saúde pública, a Constituição brasileira prevê em seu art. 23, inciso II²⁸, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado que constitui competência administrativa comum da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Portanto, a saúde pública é administrada através de um federalismo solidário, no qual todos os entes são responsáveis, ainda que haja a organização regionalizada desse direito.

O direito à saúde é retratado pela Constituição como um direito social²⁹, o qual deve ser assegurado através de políticas públicas que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, além disso devem visar a redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196, BRASIL³⁰).

Para José Afonso da Silva³¹, a competência comum dos entes federativos ocorre de modo que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência administrativa de outra, uma vez que a tutela da saúde pública encontra-se no campo da competência-dever, como cumprimento da função pública de prestação de serviços à

²⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 332.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 273.

população.

Além da competência administrativa há a competência legislativa no âmbito da Administração Pública, cuja função é definir qual ente deve estabelecer as normas que regulam determinadas matérias, podendo ou não haver hierarquia entre as esferas administrativas.

O art. 22³² da Constituição trata acerca das competências privativas da União, e dentre elas não consta nenhuma previsão de regulação para ações e serviços de saúde. Entretanto, o art. 24, inciso XII³³ da Carta Magna destaca a competência da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal em legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde.

Quanto ao tema, Rey Filho e Pereira³⁴ se posicionam:

Dessa forma, na defesa e proteção do direito à saúde, caberá à União, Estados e DF editarem normas de forma concorrente. A competência da União se restringe à edição de normas gerais, diretrizes e princípios essenciais (art. 24, § 1º). Nesse caso, temos, como exemplos, a própria Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90) e a Lei nº 8.142/90.

A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º). Caso não exista lei federal sobre normas gerais, os Estados e DF podem exercer sua competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º). A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

Já a competência legislativa dos Municípios em matéria de saúde será exclusiva quando se tratar de assuntos de interesse local (art. 30, I) e suplementar, quando houver legislação federal ou estadual sobre a questão de saúde (art. 30, II). A expressão interesse local é de difícil conceituação, mas pode ser entendida como decorrente dos interesses diretamente relacionados às necessidades imediatas do Município, mesmo que, secundariamente, atinjam interesses regionais (Estados) ou geral/nacional (União). Na maioria das hipóteses, somente no caso concreto é que se poderá verificar qual o interesse predominante.

Conforme visto, para definir a competência dos entes federativos em legislar sobre matéria de saúde pública observa-se as necessidades locais e a existência de normas

³² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³³ Ibidem.

³⁴ REY FILHO, Moacyr; PEREIRA, Sylvia Patrícia Dantas. As responsabilidades solidária e subsidiária no federalismo brasileiro: contextualização em matéria de saúde e posicionamento do supremo tribunal federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S.L.], v. 8, n. 3, p. 155, 24 set. 2019. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v8i3.574>.

gerais sobre o tema, havendo uma competência tanto concorrente como suplementar entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

No que tange às normas editadas durante a pandemia do COVID19 para a tutela da saúde pública, sejam elas pela União, pelos Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios, a observância continua sendo a mesma, devendo a União editar normas gerais, diretrizes e princípios essenciais, e os demais entes devendo se preocupar com as necessidades específicas de seus territórios, com vistas a melhor atender às peculiaridades locais.

Nesse contexto, é válido ressaltar que durante a pandemia a situação epidemiológica de Estados e Municípios divergiam constantemente, em razão das diferenças locais, tais como, exposição da população em razão de trabalho, maior risco de contágio por fluxo local de pessoas de âmbito global, ausência de aplicação de medidas de biossegurança, dentre outros.

Os gráficos divulgados pelo Boletim Informativo do Congresso em Foco³⁵ contendo os dados sobre o coronavírus no Brasil, conforme exposto no Anexo A, apontam uma enorme disparidade nas taxas de contaminação e de mortes entre Estados e entre Municípios, o que demonstra a necessidade de adoção de políticas públicas sanitárias diferentes em cada local, sendo inviável uma política nacional única para controle da pandemia.

Apesar de haver a possibilidade e a evidente necessidade de atuação do governo federal no combate ao vírus, esse exercício é insuficiente para alcançar as demandas locais de modo satisfatório, e por essa razão não afasta a legitimidade dos demais entes em amparar os interesses regionais, o que resulta numa necessária atuação solidária e complementar da Administração Pública em suas três esferas.

No próximo capítulo, será abordado acerca da implantação de medidas excepcionais de limitação ao direito de ir e vir, determinadas por Estados e Municípios brasileiros na contenção da propagação do vírus da COVID19.

5 A RESTRIÇÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LOCOMOÇÃO DURANTE A PANDEMIA

³⁵ FOCO, Congresso em. Painel COVID-19. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/covid19/index.html>. Acesso em: 09 set. 2021.

5.1 AS EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS DO ISOLAMENTO SOCIAL COMO MEDIDA EFICAZ DE ENFRENTAMENTO À COVID19

Para entender a gravidade da pandemia do novo coronavírus, é necessário observar os dados alarmantes do número de mortes atingidos no Brasil. A partir da análise dos números registrados pelo *Our World in Data*, a BBC³⁶ apontou que em março de 2021 a Covid matou mais no Brasil do que na pandemia inteira em 109 países juntos. Por sua vez, no mesmo período, apesar de o Brasil possuir 3% da população mundial, o país alcançava 33% das mortes por Covid do mundo inteiro.

As projeções no mês de março eram de que até maio de 2021 fosse alcançado o número de 500 mil mortes no país. A terrível marca foi atingida no mês de junho, conforme Boletim do Observatório Covid-19 Fiocruz³⁷, divulgado em 25 de junho de 2021.

De acordo com o referido Observatório a taxa de óbitos no Brasil é 4,7 vezes maior do que a global, sendo o pior resultado dentro do grupo de países grandes em termos populacionais. Para os cientistas do Observatório, muitas vidas teriam sido salvas com medidas de saúde pública baseadas em evidência científica, de modo a conter, por exemplo, a transmissão comunitária.

A transmissão da doença infectocontagiosa se dá através de gotículas respiratórias contaminadas com o vírus, de modo que se exige certa proximidade física para que ocorra o contágio. Dessa forma, medidas de isolamento e de distanciamento social, que podem reduzir até 60% dos contatos sociais, têm o condão de diminuir a transmissão da doença, foi o que justificou o Conselho Nacional de Saúde na Recomendação nº 36, de 11 de maio de 2020³⁸, para recomendar a adoção de medidas de distanciamento social mais rigorosas.

Assim, fica evidente que a decretação de medidas de isolamento social se

³⁶ MAGENTA, Matheus. Um terço das mortes no mundo: 3 gráficos fundamentais para entender a pandemia no Brasil. **Bbc News Brasil**. Londres, p. 0-0. 02 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56607007>. Acesso em: 09 set. 2021.

³⁷ PILAR, Ana Flávia; CASTRO, Regina. Boletim destaca marco de 500 mil mortes por Covid-19 no Brasil. **Fiocruz**. Rio de Janeiro. 28 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/boletim-destaca-marco-de-500-mil-mortes-por-covid-19-no-brasil>. Acesso em: 09 set. 2021

³⁸ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, **Recomendação nº 36**, Fernando Zasso Pigatto. Brasília-DF. 11 mai. 2020. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em: 09 set. 2021.

justifica como forma de controle na disseminação do vírus, dado o modo de transmissão da doença, bem como pela ausência de outras formas de enfrentamento conhecidas até o desenvolvimento da vacina.

5.2. A LIMITAÇÃO AO DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

O art. 5º, inciso XV da Constituição Federal³⁹ prevê que “*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*”, havendo a previsão de limitação desse direito nos termos do art. 139, inciso I⁴⁰, quando decretado estado de sítio.

Analisando os dispositivos constitucionais supramencionados, observa-se que o texto normativo não vincula, obrigatoriamente, a limitação do direito de locomoção à decretação de estado de sítio, mas sim descreve a obrigação de permanência em localidade determinada como uma das medidas a serem tomadas quando decretado estado de sítio.

A própria Carta Magna traz outras hipóteses de limitação ao direito de locomoção, como nos casos de prisão em flagrante delito ou por ordem fundamentada do juiz (art. 5º, inciso LXI) e prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia (art. 5º, inciso LXVII)⁴¹.

Nesse sentido, é possível que haja a restrição ao direito de ir e vir por outras razões e por outros meios que não o estado de sítio ou estado de defesa, tendo em vista que não há direito fundamental absoluto. Considerando o impacto da Pandemia no Brasil, bem como as recomendações científicas quanto à atuação do Estado para conter o vírus, a restrição de tal direito se mostrou indispensável para a preservação da vida.

De acordo com a definição encontrada no art. 2º, III, do Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010⁴², referente à Defesa Civil, a Situação de Emergência se caracteriza pela

³⁹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁰ 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. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴² BRASIL. Decreto nº 7.257, de 04 de agosto de 2010. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

existência de uma situação anormal provocada por desastres, com danos superáveis pela comunidade, tendo o reconhecimento legal pelo poder público; já o Estado de Calamidade Pública, além do reconhecimento como sendo uma situação anormal provocada por um desastre, compromete, com sérios danos, à segurança e a vida das pessoas da comunidade.

Ambos institutos jurídicos são medidas de enfrentamento de crises previstas no plano infraconstitucional, e buscam abarcar situações afetas ao cumprimento orçamentário e de plano econômico, em razão de situações de anormalidade locais.

Em março de 2020, em sessão inédita, o Senado Federal aprovou o projeto de decreto legislativo nº 6/2020⁴³, que reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil, em decorrência da pandemia do coronavírus, sob justificativa de que o Brasil precisaria gastar mais em saúde do que o inicialmente previsto na Lei Orçamentária Anual, ficando temporariamente dispensado de cumprir a meta fiscal determinada para o ano.

É inegável que no contexto pandêmico a situação de calamidade pública é evidente, e tal situação não se restringe ao aspecto orçamentário e financeiro, na gestão de recursos para combater a situação de calamidade, mas também deve servir como justificativa para a atuação dos entes na tomada de decisões administrativas.

5.2.1. Medidas de *lockdown* e toque de recolher

A maior polêmica da atuação governamental de determinados entes durante a pandemia ocorreu em razão de Decretos expedidos por Chefes do Executivo que impunham medidas restritivas quanto à locomoção de pessoas, sem que houvesse a decretação de um Estado de sítio ou Estado de defesa.

Em vários estados e municípios foram impostas medidas que limitavam a circulação de pessoas em determinados horários, proibiam a abertura de comércios que não abrangessem serviços essenciais, impediam a entrada de pessoas de outros locais, colocavam barreiras sanitárias nas entradas das cidades, dentre tantas outras.

Ao analisar o tema é preciso, inicialmente, entender a conceituação de *lockdown* e toque de recolher. O *lockdown* ocorre quando há o total isolamento das pessoas em suas residências em período integral, só podendo sair para atividades essenciais, tais como hospital, farmácia ou supermercado. Por sua vez, o toque de recolher se dá quando

⁴³

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 18 de março de 2020. Senado Federal.

existe restrição para o fluxo de pessoas em horários determinados, geralmente em período noturno e finais de semana.

São alguns exemplos de Estados que instituíram medidas excepcionais para limitação do direito de ir e vir: Distrito Federal, citadas na ADPF nº 806⁴⁴: O Governo decretou, no dia 26 de fevereiro de 2021, lockdown, suspendendo todas as atividades comerciais e industriais durante todo o dia, bem como impondo toque de recolher (das 22h às 5h, é vedado o exercício do direito de ir e vir); Rio de Janeiro: O Governo do estado decretou, a partir do dia 12 de março de 2021, toque de recolher, vedando o exercício do direito de ir e vir das 23h às 5h, impondo também restrições ao exercício de atividades econômicas; Piauí: O Governo do estado decretou (14 de março de 2021) toque de recolher a partir das 21h até às 5h, bem como impondo medidas restritivas ao exercício de diversas atividades; Bahia: O Governo do estado decretou toque de recolher entre às 20h e 5h, até 1º de abril, em todos os municípios baianos, bem como medidas de fechamento do comércio; Pernambuco: O Governo do estado decretou toque de recolher em 63 municípios, proibindo atividades econômicas e sociais das 20h até às 5h durante a semana, e das 17h às 5h nos finais de semana; Rio Grande do Sul: O Governo decretou no dia 15 de março de 2021 que a fase “bandeira preta” vigorará até o final do mês de abril de 2021, com vários municípios tendo decretado lockdown e toque de recolher; Minas Gerais: O Governo do estado impôs medidas restritivas a dezenas de municípios, com toque de recolher entre 20h e 5h, bem como medidas que afetam o comércio; e Mato Grosso do Sul: O Governo do estado instituiu toque de recolher a partir do dia 14 de março de 2021, vigente entre às 20h e 5h, por 14 (quatorze) dias.

Em sua maioria, os referidos decretos tomaram como base a Lei nº 13.979/2020⁴⁵, que traz em seu art. 3º uma série de medidas que podem ser utilizadas pelas autoridades para conter o vírus, dentre elas há a previsão de isolamento, quarentena e restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos. O parágrafo 1º do art. 3º dispõe que “*As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com*

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 806. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. **Adpf806**. Distrito Federal, 19 mar. 2021.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.797, de 08 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, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Como discutido nos capítulos anteriores, a decretação de medidas restritivas de direitos fundamentais devem se atentar às constitucionalidade, necessidade e temporariedade do ato. Portanto, o marco final da restrição deve estar previsto na própria norma que decretou a excepcionalidade de acordo com a necessidade trazida pelo caso concreto, sob risco de ingresso num Estado de Exceção subdeclarado, deturpando o Estado Democrático de Direito.

As medidas sanitárias de *lockdown* e toque de recolher adotadas pelos governantes, não tolheram absolutamente o direito de locomoção dos administrados, uma vez que as atividades essenciais permaneceram funcionando, e o acesso à tais serviços foi garantido. Além disso, os referidos decretos tinham marco temporal para seu funcionamento, que era calculado com base nos dados epidemiológicos de cada localidade, de forma que houve apenas uma limitação temporária do direito de ir e vir, e não uma restrição absoluta como alegado pelos opositores da medida.

Visando burlar as medidas de controle, várias normas ampliaram o rol atividades essenciais, incluindo atividades comuns, tais como funcionamento de academias de ginástica, barbearia e salões de beleza, a exemplo do Decreto nº 10.344/2020⁴⁶. Esse tipo de política interferiu nos resultados que as medidas restritivas buscavam obter, uma vez que a finalidade era limitar a circulação de pessoas com o fito de diminuir as taxas de contaminação, o que não pode ser efetivado considerando o alto número de atividades que prosseguiram funcionando sob a falsa caracterização de essenciais.

5.3. A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ADOÇÃO DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS NO COMBATE AO VÍRUS

A pandemia do novo coronavírus trouxe inúmeros conflitos de direitos fundamentais num contexto de urgência, fazendo com que os gestores públicos precisassem tomar decisões eficientes, rápidas e dentro da legalidade, e para isso foi necessário a

⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 10.344, de 11 de maio de 2020. Atos do Poder Executivo. Ed. 88-A. Seção 1-Extra. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.html>. Acesso em 04 out. 2021.

ponderação dos direitos em colisão.

Segundo Barroso,⁴⁷ os princípios indicam qual direção deve ser seguida, no entanto, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que indicam para decisões, valores ou fundamentos diversos, que por muitas vezes são controversos. O autor argumenta que a colisão de princípios é algo inerente do sistema, que é dialético, de modo que somente ao dimensionar o peso e a importância do princípio naquele caso concreto será possível chegar à decisão mais acertada.

O Ministro do STF e doutrinador analisa⁴⁸:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada.

Em relação a pandemia em específico, observa-se que o direito de ir e vir entrou em conflito com o direito à saúde e o direito à vida, posto que a circulação de pessoas e o contato humano são os principais modos de disseminação comunitária da doença. O direito à locomoção precisou ser aplicado em menor intensidade para que o direito à vida ficasse em evidência, dado as condições sanitárias.

Assim, a ponderação é a forma de solucionar esse choque com vistas a causar o menor impacto possível ao sistema democrático de direito, fazendo com que, apesar da oposição, não ocorra a supressão total de um direito em razão do outro.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32.

Para Ana Paula de Barcellos⁴⁹ os principais critérios que vão orientar a ponderação são a quantidade de elementos normativos em prol de determinada solução e o peso que eles assumem diante das circunstâncias concretas, somado ao princípio da proporcionalidade.

Analisando-se a situação pandêmica é possível perceber que os elementos que pesam na tomada de decisão são, prioritariamente, a situação fática da localidade em relação taxa de contágio e número de leitos de UTI disponíveis; e a orientação técnica da comunidade científica especializada sobre a necessidade de medidas restritivas.

Barroso e Barcellos⁵⁰ enfatizam que o sistema, em tese, por si só não pode oferecer a solução adequada, visto que a própria Constituição traz uma soma de princípios que podem se contrapor, a resposta só pode ser obtida à vista dos elementos do caso concreto, os quais permitem afirmar qual desfecho corresponde à vontade constitucional.

Dessa forma, uma vez que as medidas adotadas no Brasil para conter a circulação de pessoas, e conseqüentemente do vírus, tiveram prazo determinado, respaldo científico, limitação apenas parcial do direito de ir e vir, garantindo-se o funcionamento de atividades essenciais e o acesso da população a esses, resta demonstrado a proporcionalidade das decisões tomadas com ênfase na preservação da vida.

6 CONCLUSÃO

A existência de decretos que limitam um direito fundamental pressupõe um Estado de Legalidade Extraordinária, o qual tem sua existência fundada na necessidade de reorganização social por um fato externo. No presente caso, a pandemia que ceifou milhares de vidas no Brasil, e milhões no mundo inteiro, justifica a restrição do direito de locomoção em proteção à vida.

A legalidade extraordinária implantada durante a pandemia não pode ser considerada um Estado de Exceção subdeclarado, tendo em vista que a finalidade, a motivação e a temporariedade dos atos administrativos foram preenchidos de forma

⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 118.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 333

satisfatória, visando de forma ampla a proteção da vida, seguindo protocolos sanitários indicados por especialistas.

Nesse diapasão, importante destacar que a restrição de um direito fundamental só deve ocorrer como última medida de enfrentamento, quando outras políticas públicas se mostrarem insuficientes para preservar outro direito fundamental, que no caso da pandemia é o direito à vida.

Em relação a competência dos Estados e Municípios na decretação dessas medidas extraordinárias, ficou evidente que a competência solidária para tutela da saúde pública é razão suficiente para embasar a atuação dos entes de acordo com as necessidades locais, visto que as dimensões territoriais do Brasil e os dados epidemiológicos da Covid19 apontam para a inviabilidade de uma atuação única para todo o país, sem a suplementação dos gestores regionais.

É bem verdade que cabe à União a edição de normas gerais, mas somente os governantes locais podem entender as necessidades das suas comunidades, e, portanto, prestar a melhor assistência à população. Quanto à pandemia, a sistemática é a mesma, uma vez que a crise sanitária se deu em proporções diferentes nas diversas localidades do país.

Assim, esclarecido que a atuação de governadores e prefeitos no combate à disseminação do vírus não se pautou na inconstitucionalidade, mas na ponderação de direitos fundamentais, onde quem prevaleceu foi o direito à vida, se consolidando por meio da limitação de direitos fundamentais de modo temporário.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDIN, Gilmar Antonio; LUCAS, Douglas Cesar; RAMOS, André de Carvalho; CRETELLA NETO, José. (Org.). **Estado de Direito, Jurisdição Internacional e Terrorismo**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **The expansion of the state of exception: from the protection of the constitution to the protection of capitalism**. Boletim de Ciências Económicas, [S.L.], v. 57, n. 1, p. 737-754, 2014. Coimbra University Press. http://dx.doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_18. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/39819>. Acesso em: 12 maio 2021.

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

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 18 de março de 2020. Senado Federal.

BRASIL. Decreto nº 7.257, de 04 de agosto de 2010. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.344, de 11 de maio de 2020. Atos do Poder Executivo. Ed. 88-A. Seção 1-Extra. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.html. Acesso em 04 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.797, de 08 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, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.797, de 08 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, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 6341. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. **Adi 6341** Mc-Ref. Brasília, 13 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 806. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. **Adpf 806**. Distrito Federal, 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Adpf 811**. Brasília, 07 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 6855. Relator: Min. Gilmar Mendes. **ADI 6855**. Brasília, 28 mai. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=DECRETO&numProcesso=6855>. Acesso em 22 set. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HABERLE, Peter. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Nuova Italia Scientifica, 1996.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAGENTA, Matheus. Brasil tem em 1 dia mais mortes por covid19 do que 133 países em 1 ano de pandemia. **BBC**. Londres. 07 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56661590>. Acesso em: 07 abr. 2021.

MORAIS, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2017.

MORAIS, Jose Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, Jose Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PASOLD, Cesar Luis, **A função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Editora do Autor, 1984.

PILAR, Ana Flávia; CASTRO, Regina. Boletim destaca marco de 500 mil mortes por Covid-19 no Brasil. **Fiocruz**. Rio de Janeiro. 28 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/boletim-destaca-marco-de-500-mil-mortes-por-covid-19-no-brasil>. Acesso em: 09 set. 2021.

REY FILHO, Moacyr; PEREIRA, Sylvia Patrícia Dantas. **As responsabilidades solidária e subsidiária no federalismo brasileiro**: contextualização em matéria de saúde e posicionamento do supremo tribunal federal. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S.L.], v. 8, n. 3, p. 155, 24 set. 2019. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v8i3.574>.

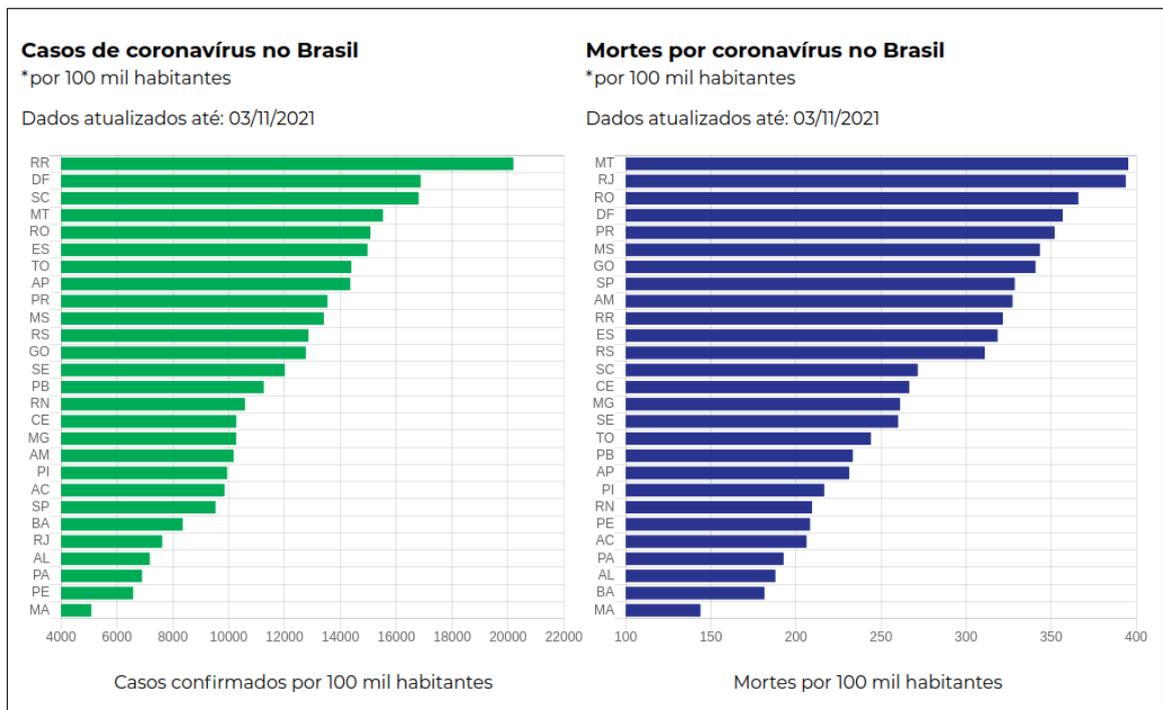
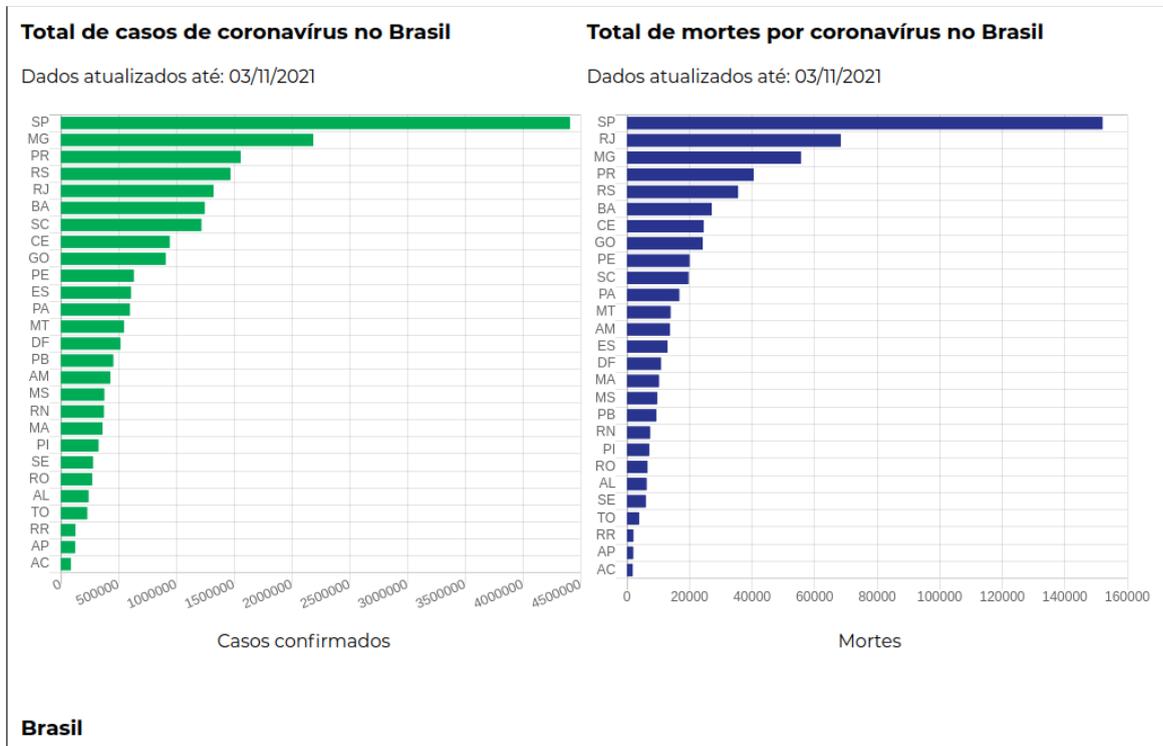
SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STF, Notícias. PTB contesta decretação de lockdown e toque de recolher em todo o país. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462409&ori=1>. Acesso em: 21 maio 2021.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de Emergência**: O Controle do Poder em Situação de Crise. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ANEXOS

ANEXO A - Boletim Informativo Do Congresso Em Foco



Fonte: Foco (2021)