

INTERVENÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO DE IR E VIR EM TEMPOS DE PANDEMIA

POLICE POWER INTERVENTION IN FUNDAMENTAL RIGHTS: RIGHT TO COME AND GO IN PANDEMIC TIMES

Guilherme Augusto Riqueti¹

Erika Giovanini Reupke²

Resumo: Esse estudo versa sobre poder de polícia e direitos fundamentais em situações de excepcionalidade. Busca-se demonstrar a legalidade das medidas administrativas ante os direitos fundamentais. Apresenta-se uma análise histórica do poder de polícia, suas características e limitações. Discute-se acerca das atribuições do Estado

Democrático de Direito em regimes de exceção, com especificidade em relação ao direito de ir e vir. O método utilizado é o dedutivo, com investigação em livros, artigos e análise de legislação.

Palavras-chave: Poder de polícia. Direitos fundamentais. Estado de exceção. Pandemia.

- 1 Bacharel em Direito, graduado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). E-mail: griqueti@hotmail.com
- 2 Mestranda pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em Acesso à Justiça e Formas Alternativas de Resolução de Conflitos. Professora da Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC) e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC) em Direito Administrativo. Juíza Federal. E-mail: erika.reupke@trf4.jus.br

Abstract: This study deals with police power and fundamental rights in exceptional situations. The aim is to demonstrate the legality of administrative measures regarding fundamental rights. A historical analysis of police power, its characteristics and limitations is presented. The role of the Democratic State of Law in ex-

ception regimes is discussed, with specificity in relation to the right to come and go. The research uses the deductive method, with investigation in books, articles and analysis of legislation.

Keywords: Police power. Fundamental rights. State of exception. Pandemic.

1. INTRODUÇÃO

A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, o qual apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves, como esclarece o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020).

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) pode ser assintomática, e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, sendo que, desses casos, aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (BRASIL, 2020).

O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19, após casos registrados na China. Sua transmissão acontece de uma pessoa doente para outra por contato próximo por meio de: toque do aperto de mão; gotículas de saliva; espirro; tosse; catarro; objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc. (BRASIL, 2020).

Em atenção à potencialidade de transmissão do vírus, diversas autoridades administrativas decidiram adotar medidas

para tentar conter a pandemia, minimizar seus efeitos e evitar a calamidade pública.

No Brasil, as medidas mais significativas foram adotadas pelos governantes estaduais. Santa Catarina, por exemplo, em 17 de março, decretou situação de emergência suspendendo os transportes coletivos municipal, intermunicipal e interestadual durante sete dias em regime de quarentena (HOLLAND; CALDAS, 2020).

Dessa maneira, restou restringido pelo decreto estadual o direito de locomoção em virtude de ato proveniente do poder de polícia do Estado. Nesse contexto, o que pretende o presente estudo é justamente investigar se os decretos de emergência têm, ou não, legalidade.

Primeiramente, será feito um estudo do poder de polícia, abordando suas origens históricas e demonstrando sua evolução até o conceito atual, para verificar como se chegou a tal definição e sua importância.

Conceituado o poder de polícia, o estudo passará às suas características essenciais, o que é necessário para entender sua forma de atuar e suas limitações, bem como para que se saiba quando uma medida é autoritária ou quando se trata de atuação permitida pelo direito.

Em sequência, será reservado tópico para investigar a relação entre as medidas policiais e os direitos fundamentais, levando-se em conta as preocupações que envolvem a atuação do poder de polícia para que não ocorram regressões ao absolutismo. Assim, será visto como a doutrina administrativa enxerga a legalidade, ou não, das medidas coibitivas a direitos fundamentais.

Ainda, o estudo contornará o debate doutrinário acerca do papel do direito administrativo em tempos emergenciais e imprevisíveis. Será feito o contraponto entre entendimentos

iniciais na matéria e posições mais modernas, assim como a verificação da corrente doutrinária mais adequada no enfrentamento da crise gerada pela pandemia.

Finalmente, será feita análise específica do direito fundamental de locomoção frente ao interesse coletivo da saúde pública, bem como a legalidade das medidas adotadas pelo poder de polícia para coibir um em favor de outro.

Nesse contexto, novamente a indagação que se pretende responder, agora colocada de outro modo, é se há possibilidade de a polícia administrativa limitar o direito fundamental à locomoção ou se o último é constitucionalmente inatingível.

O objetivo geral se concentrará em compreender as interações entre as medidas administrativas, os direitos fundamentais e os interesses coletivos.

A justificativa para a discussão do tema está, primeiramente, em sua atualidade e no impacto à sociedade brasileira, já que as medidas adotadas pelas autoridades administrativas afetam diretamente os cidadãos em seus direitos fundamentais.

Para tanto, pretende-se utilizar os seguintes referenciais teóricos específicos na matéria: BINEBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador (2016); MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo (2010); Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo (2019).

Além dessa introdução, o artigo está estruturado nas seguintes subseções: 2 Poder de polícia, contexto histórico e conceito; 2.1 Características essenciais do poder de polícia; 2.2 Poder de polícia e direitos fundamentais; 2.2.1 Poder de polícia e situações de emergência; 2.3 Poder de polícia como limite ao direito de locomoção durante a Covid-19; 3 Considerações finais. 4 Referências.

2. PODER DE POLÍCIA, CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITO

As sociedades patriarcais romana e grega introduzem o poder de polícia à sociedade ocidental, com conceito próximo ao de política, ambos associados à constituição do Estado.

Política significava viver na *polis*, submetendo-se a uma forma de governo entre membros autônomos em grau de igualdade, na qual decisões acontecem mediante compromissos e sem uso da violência. Já polícia designava a atuação fora da *polis*, a vida familiar, em que o patriarca comandava seus subordinados despoticamente, os bens e as pessoas da casa eram seus recursos, assim como o uso da violência (BINENBOJM, 2016, p. 27-28).

Essa dicotomia entre poderes adquiriu nova dinâmica durante o período feudal europeu. Ali, o senhor feudal, assemelhado ao patriarca, exercia polícia sobre seus servos, vassalos e familiares, bem como praticava política com os demais senhores feudais com os quais não possuía relação de subordinação (BINENBOJM, 2016, p. 28-29).

Percebe-se que o poder de polícia deixa o âmbito doméstico, passando a atuar também na vida dentro da *polis*, vez que se concentram na mesma figura, Estado e patriarca, pelo menos em relação ao feudo independente.

Essa ampliação do poder de polícia é intensificada durante o período absolutista europeu, sistema político contraposto ao modelo feudal, no qual o rei, embora considerado primeiro entre iguais, tinha poder bastante limitado ou até mesmo figurativo. O poder político era, na verdade, fragmentado entre a igreja, o monarca e a nobreza (ASSIS, 2016, p. 3-4).

Diferente de sua contraparte feudal, o rei absolutista exercia de fato o poder. O monarca baixava leis, instituía e cobrava tributos, comandava o exército, nomeava funcionários, organizava a justiça etc. (ARRUDA, 1974, p. 61).

Essa dimensão do poder de polícia, que de fato continua toda a atividade administrativa, justificando inclusive a expressão *Estado de Polícia*, começou a ter suas primeiras restrições durante a Revolução Francesa, sendo efetivamente afetado por dois grandes giros do direito administrativo: o regime democrático constitucional, contemporâneo ao pós-guerra, que busca a legitimidade da organização e funcionamento da Administração Pública em oposição ao regime autocrático; e o pragmático, esforço concentrado na aproximação entre teorias e experiências de fato, analisando decisões ante as consequências práticas, em contexto concreto, sem referência a premissas teóricas inquestionáveis (BINENBOJM, 2016, p. 23-60).

O democrático constitucional influencia os aspectos político-jurídicos do poder de polícia, superando o conceito de seu exercício em razão de uma supremacia geral do Estado sobre o particular em favor de uma fonte de legitimidade extraída dos direitos fundamentais e da democracia, sem chegar a formar uma sujeição completa em favor do particular, mas se tratando de um conjunto de compromissos entre particular e coletividade que habilitam e delimitam a atividade ordenadora do poder de polícia (BINENBOJM, 2016, p. 63-65).

Já a contribuição pragmática implica em submeter o texto constitucional que legitima o poder de polícia a uma análise que considera as consequências práticas das decisões para enfrentamento de problemas concretos (BINENBOJM, 2016, p. 66-68). Trata-se de compromisso entre o fundamento e o caso concreto na busca pela eficiência.

Assim, o poder de polícia atualmente é entendido como ordenação econômica e social que conforma liberdade e propriedade por prescrições estatais, objetivando proteção aos direitos fundamentais e coletivos definidos democraticamente de acordo com a Constituição, erigindo um sistema de incen-

tivos a comportamentos sociais desejáveis e desestimulando indesejáveis de acordo com finalidades político-jurídicas pre-determinadas (BINENBOJM, 2016, p. 71). Esse sentido amplo abrange os poderes Legislativo e Executivo.

Numa interpretação mais restrita, poder de polícia se dá nas intervenções estatais gerais, como regulamentos, ou específicas, como autorizações ou licenças, emanadas pelo Poder Executivo para prevenir atividades particulares de encontro ao interesse social. Esse sentido é chamado de polícia administrativa (MELLO, 2010, p. 822).

A polícia referida difere da polícia judiciária, vez que a primeira se predispõe unicamente a impedir e paralisar atividades antissociais; já a última se preocupa com a responsabilização dos violadores da ordem jurídica. Cabe ressaltar que, enquanto a judiciária observa as regras da legislação processual penal, a administrativa é regida pelas normas administrativas (MELLO, 2010, p. 835).

O Código Tributário Nacional optou por conceituar o poder de polícia por meio de seu art. 78:

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 te-

nha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966).

O conceito adotado pelo legislador foi ao encontro das definições atuais de poder de polícia em sentido amplo, abrangendo atividades legislativas e executivas, que são exercidas pelo Estado, respectivamente, por meio de:

Atos normativos, onde se criam limitações administrativas ao exercício de direitos a atividades individuais, estabelecendo normas gerais e abstratas, bem como infrações, sanções e previsão de medidas preventivas e repressivas, relaciona-se ao princípio da legalidade; e atos administrativos e procedimentos de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo a execução de medidas preventivas e repressivas (DI PIETRO, 2019, p. 154).

2.1. Características essenciais do poder de polícia

Os principais atributos relacionados ao poder de polícia são: a discricionariedade, a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado.

A discricionariedade, muito presente nas medidas do poder de polícia, não é regra absoluta. Primeiramente, a lei dá a margem de liberdade quanto à apreciação de determinados elementos, como o motivo ou o objeto.

Da mesma forma, em grande parte dos casos concretos, a Administração decide o melhor meio e momento de agir ou a sanção aplicável diante das previstas legalmente. Nessas circunstâncias, o poder de polícia é discricionário. Entretanto, em face de determinados requisitos, a solução previamente estabelecida deve ser adotada. Nesse momento, o poder é vinculado (DI PIETRO, 2019, p. 154-155).

Logo, o poder de polícia pode ser tanto discricionário (frequentemente o será) quanto vinculado (DI PIETRO, 2019, p. 154-155).

Em relação à autoexecutoriedade, a maioria das medidas da polícia administrativa carrega essa característica, segundo a qual a Administração pode adotar, independente de autorização judicial, as medidas coativas necessárias. Obviamente, o particular sempre pode recorrer ao Judiciário para sustar providência da qual tenha fundado receio de ilegalidade ou para receber indenizações por medidas ilegais (MELLO, 2010, p. 841-843).

A coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade, e o ato de polícia é autoexecutável, porque é dotado de força coercitiva (DI PIETRO, 2019, p. 155).

Quanto à indelegabilidade do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência, incluído o Supremo Tribunal Federal (STF), tem reconhecido essa vedação sob o argumento de que se trata de atividade típica do Estado. Os atributos referidos anteriormente somente podem ser exercidos por quem seja legalmente competente (DI PIETRO, 2019, p. 157).

Ainda, como todo ato administrativo, mesmo que predominantemente discricionário, o poder de polícia tem limitações impostas pela lei quanto à competência, à forma, aos fins e até mesmo em relação aos motivos ou ao objeto. No que concerne a estes dois últimos, ainda que domine a discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites legais (DI PIETRO, 2019, p. 158).

Em relação aos fins, o poder policial somente pode ser exercido para atender ao interesse público. Assim, quando usado para benefício ou prejuízo de particulares, há desvio de poder. O objeto sofre limitação quanto à proporcionalidade do

meio, não podendo ir além do necessário para a satisfação do interesse público (DI PIETRO, 2019, p. 158).

Pelo exposto neste tópico, percebe-se que o poder de polícia, em função de sua origem no âmbito doméstico, de característica mais “privada”, era exercido pelo patriarca sem qualquer tipo de restrição.

Com o declínio da democracia grega e da república romana, em que os cidadãos livres eram considerados como “iguais”, em favor do sistema feudal, que instituía o rei como superior a seus servos e vassalos, o poder de polícia doméstico, com sua ausência de limitação, passou a ser exercido no âmbito público, intensificando-se durante os governos absolutistas, que sucederam o feudalismo.

Essa origem tornou o exercício do poder estudado intimamente ligado a uma atuação autoritária, tornando laboriosa a imposição de limites adequados. Atualmente, entende-se que seu exercício se dá pelo balanceamento entre interesses individuais e coletivos, bem como entre liberdade e propriedade, sendo criadas descrições conceituais de características e limites dos poderes a fim de legitimar sua aplicação.

Como visto, a contribuição democrática constitucional do direito administrativo transformou o poder de polícia, que passou a retirar sua legitimidade da democracia e dos direitos fundamentais. Porém, conforme já citado, o pragmatismo demanda a análise do caso concreto, com atenção ao princípio da eficiência.

No entanto, como procede a Administração quando os direitos fundamentais que legitimam o poder de polícia entram em conflito com as medidas a serem adotadas? Ou quando a medida mais eficiente para a coletividade importa em restrições desses direitos fundamentais? Como evitar um retrocesso às origens patriarcais do poder de polícia? Até onde podem avançar as medidas preventivas e restritivas necessárias?

O tópico seguinte é dedicado a um estudo do confronto entre poder de polícia e direitos fundamentais, com maior especificidade em relação ao direito de ir e vir em atenção ao momento ímpar experimentado pela sociedade brasileira em razão da pandemia global.

2.2. Poder de Polícia e Direitos Fundamentais

Existem três situações em que os direitos fundamentais atuam como um limite ao poder de polícia, sendo seu exercício efetivamente inconstitucional.

A primeira ocorre quando a medida adotada contraria literalmente o âmbito de proteção de um direito fundamental. Dentro desse âmbito, estão os fatos, os atos, os estados ou as posições jurídicas pela norma que o garante (BINENBOJM, 2016, p. 117).

Ou seja, quando a própria norma estabelece o campo de atuação do direito fundamental, não pode o poder de polícia tentar limitá-lo, tanto por ato normativo quanto administrativo. Ainda, no caso do Brasil, onde grande parte dos direitos fundamentais encontra-se prevista no texto constitucional (CF/88, arts. 5º a 17), pode-se dizer que medida policial que busque diminuir o campo predeterminado é inconstitucional.

Dentro dessas situações, tem-se, por exemplo, suposta medida que pretenda estabelecer regime de licença prévia para realização de reunião pacífica e desarmada em local público, em afronta ao art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal. Embora os direitos fundamentais sejam restringíveis, a restrição pelo uso do poder de polícia está excluída pelo conteúdo do texto legal (BINENBOJM, 2016, p. 117-118).

O STF, inclusive, já decidiu sobre esse limite em relação ao Decreto distrital nº 20.098/99, que vedava realização de manifestações públicas com uso de carros de som ou assemelhados

na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti. Contra o Decreto, foi ajuizada a ADI nº 1.947. Do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski se extrai:

[...] a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas, encontrando expressão, no plano jurídico, a partir do século XVIII, no bojo das nas lutas empreendidas pela humanidade contra o absolutismo monárquico. [...] A chamada Constituição cidadã, promulgada em 1988, [...] garantiu a liberdade de reunião, no art. 5º, XVI, estabeleceu, no próprio texto magno, de forma parcimoniosa, os limites e condições para o seu exercício, quais sejam, “reunir-se pacificamente”, “sem armas”, “que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local” e o “prévio aviso à autoridade competente”. Não se ignora, é verdade, que liberdade de reunião não é um direito absoluto. Nenhum direito, aliás, o é. Até mesmo os direitos havidos como fundamentais encontram limites explícitos e implícitos no texto das constituições. O Decreto distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, “local aberto ao público” [...] a legitimidade de eventual medida restritiva a direitos fundamentais há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (*Zweck-Mittel Zusammenhang*), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais. [...] Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098. (BRASIL, 2007).

Da decisão, conclui-se que os direitos fundamentais são restringíveis, porém essas limitações estão previstas no texto constitucional, que estabelece o campo de restrição e o “espaço in-

violável”. Cabe destaque para a menção do Ministro Relator em relação ao esforço para afastar-se de características absolutistas.

A segunda hipótese ocorre quando a pretensão ordenadora não ultrapassa máximas inerentes ao dever de proporcionalidade, a intervenção do poder de polícia situa-se na área de proteção de direito fundamental, mas com a finalidade de garantir outro direito fundamental ou princípio de interesse geral, também de valor constitucional. A medida policial atua no sentido de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais que concorram entre si ou mesmo com interesses gerais (BINENBOJM, 2016, p. 119).

A legitimidade de tais medidas dependerá da observância da proporcionalidade em seus três exames sucessivos:

De adequação, exige que a medida seja apta a promover razoavelmente o direito fundamental ou interesse geral em oposição; de necessidade, a medida não pode ser substituída por outra que atinja a mesma finalidade com menor prejuízo ao direito restringido; e de proporcionalidade em sentido estrito, exige que o grau de importância da promoção do direito fundamental ou interesse geral justifique a gravidade da limitação imposta ao direito fundamental. Existe efeito recíproco, as normas que intervêm em direitos fundamentais limitam e são limitadas pelos mesmos (BINENBOJM, 2016, p. 119-120).

A terceira hipótese trata das situações em que os direitos fundamentais impõem uma prestação negativa do Estado, em que a medida policial, efetiva ou potencialmente, reduza o direito ao ponto de torná-lo inexistente. Trata-se de um núcleo irreduzível desses direitos, um conteúdo essencial de determinado direito, que será afetado quando o poder de polícia produzir como efeito o tolhimento significativo de sua finalidade, frustrando as expectativas legítimas do titular (BINENBOJM, 2016, p. 122-128).

Junto à eficácia bloqueadora, como visto, há também a habilitadora ao poder de polícia no sentido de proteção do direito fundamental, que muitas vezes exige restrição desse mesmo direito ou outros direitos fundamentais a terceiros. A eficácia horizontal de tais direitos demanda atuação protetiva da polícia administrativa nas relações entre particulares (BINENBOJM, 2016, p. 128-130).

2.2.1. Poder de Polícia e Situações de Emergência

O direito historicamente tem dificuldade em antecipar excepcionalidades, algo que coloca em perigo o próprio Estado de Direito em situações de emergência. Também é colocado sob pressão o direito administrativo e sua capacidade de submeter as ações estatais, nesse período, a controle jurídico democrático (BINENBOJM, 2016, p. 144-145).

Nesse sentido, Adrian Vermule (*apud* LIMA, 2016, p. 261) cita Carl Schmidt sobre a impossibilidade de as democracias liberais especificarem as condições materiais que envolvam as situações de emergência e anteciparem os processos para a tomada de decisão nesses contextos, visto que a característica essencial das emergências é a imprevisibilidade. O máximo que o Direito poderia fazer é declarar a quem cabe a competência para decisões nessas circunstâncias.

Vermeule (2009 *apud* LIMA, 2016, p. 262) afirma que o direito administrativo, inevitavelmente, contém: buracos negros, quando a lei dispensa a administração de seguir quaisquer requisitos legais; e buracos cinzentos, buracos negros disfarçados, em que os requisitos legais são tão insignificantes que a administração praticamente pode agir como bem entender, não havendo sentido em tentar tapá-los, usando destes o Judiciário para manter uma fachada de juridicidade.

A abdicação de controle às ações do Estado em situações de exceção implica em dois problemas diferentes: a necessária

arbitrariedade do exercício do poder na excepcionalidade, não sujeita a limites jurídicos; e o risco de perpetuação da situação de excepcionalidade, convertendo-se em “estado de exceção permanente” (BINENBOJM, 2016, p. 151).

No entanto, ainda que reconhecidos esses dois problemas, essa postura “fatalista” não oferece caminho seguro para preservação do constitucionalismo democrático, ao contrário, essa posição resignada da inevitabilidade desses buracos contribui para o risco de regressão em relação ao Estado Democrático de Direito (BINENBOJM, 2016, p. 147).

Tal postura seria a entrega do poder de polícia à autoridade ilimitada do soberano, como no tempo do patriarcado grego (BINENBOJM, 2016, p. 151).

Uma postura mais promissora parece ser a aposta em soluções jurídico-institucionais que permitam o surgimento de uma juridicidade de excepcionalidade, viabilizando respostas adequadas da Administração sem abandono aos parâmetros do ordenamento jurídico.

Trata-se de modelo dualista, em que o estado de necessidade obedece à normatividade distinta, traço característico de regimes ocidentais não absolutistas (BINENBOJM, 2016, p. 148).

Nesse sentido, destacam-se as previsões da Constituição Federal, que estabelece normatividade distinta durante o estado de defesa:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

[...] § 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

[...] § 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa. (BRASIL, 1988).

O texto constitucional traz regramento distinto ampliando as possibilidades da Administração até em relação a direitos fundamentais, mas também existem requisitos que claramente não se tratam de “buracos cinzentos” com esforço genuíno para evitar o estado de exceção permanente.

Nesses moldes, ainda há o dispositivo constitucional referente ao estado de sítio, a ser decretado em casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fato que comprove ineficácia de medida tomada durante estado de defesa, bem como em casos de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira. (BRASIL, 1988).

Entretanto, o estado de sítio difere do estado de defesa por não ter duração máxima estabelecida:

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. (BRASIL, 1988).

Ainda, o estado de sítio possibilita uma amplitude maior de medidas restritivas de direitos fundamentais, como:

Obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; requisição de bens. (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, as atitudes tomadas extraordinariamente pela Administração podem ser legitimadas se devidamente seguidos os seguintes elementos estruturantes:

Excepcionalidade do perigo, atual ou iminente; seu caráter transitório; boa-fé das autoridades administrativas, principalmente em relação aos motivos; proporcionalidade das medidas adotadas à essencialidade dos bens, direitos ou interesses a preservar; sujeição a mecanismos de prestação de contas em relação às atitudes tomadas. Esse regime excepcional é uma tentativa de preservar o elo entre o poder e o direito em situações excepcionais, sendo sacrifício necessário para evitar mal maior (BINENBOJM, 2016, p. 149-151).

2.3. Poder de Polícia como limite ao Direito de Locomoção durante a Covid-19

A pandemia da Covid-19 fez com que diversos países adotassem medidas rigorosas para impedir a propagação da

doença. Os Estados Unidos, por exemplo, suspenderam todas as viagens internacionais provenientes de China, Irã e, posteriormente, toda a Europa, à exceção do Reino Unido (TRUMP..., 2020).

As medidas mais drásticas podem ser observadas na Itália. No dia 9 de março, controles policiais entraram em vigor em estradas, aeroportos, pedágios e estações de trem do norte da Itália. Somente era permitida a movimentação entre cidades por motivos de trabalho, saúde ou retorno ao domicílio. Autorizados precisavam preencher uma autodeclaração de saúde junto à polícia (MONTENEGRO, 2020).

No Brasil, diversos estados suspenderam viagens interestaduais e mesmo intermunicipais. Santa Catarina, por exemplo, em 17 de março, decretou situação de emergência suspendendo os transportes coletivos municipal, intermunicipal e interestadual durante sete dias em regime de quarentena (HOLLAND; CALDAS, 2020).

Como visto anteriormente, as medidas do poder de polícia, em razão das revoluções administrativas constitucional democrática e pragmática devem ser sempre analisadas sob a ótica de sua legitimidade e eficiência.

A coibição desses transportes restringe o direito fundamental de locomoção. Dessa maneira, necessário analisar se a Administração tinha legitimidade para adotar a medida e se a restrição imposta eficientemente protege outro direito fundamental ou o interesse coletivo.

O primeiro teste à legitimidade das medidas tomadas pelos governadores estaduais se dá em relação à competência estadual sobre a matéria. Esse aspecto foi esclarecido pelo STF, que reconheceu a competência concorrente para legislar sobre saúde pública entre os entes da Administração direta, declarando que as medidas adotadas pela União não afastam as pro-

vidências normativas e administrativas estaduais, distritais e municipais (BRASIL, 2020b).

Entretanto, como visto anteriormente, a análise de legalidade de medida policial que envolve direitos fundamentais vai além de critérios de competência.

A questão da restrição ao direito de locomoção foi enfrentada pelo STJ no HC nº 570.079-BA. No caso, indivíduos contratados para prestar obras no Estado de Minas Gerais encontravam-se impossibilitados de retornar a seus respectivos domicílios em virtude de decretos estaduais impedindo serviços de locomoção interestadual.

Nesse contexto, foi publicado, em Sergipe, o Decreto nº 40567: “a circulação de transporte interestadual, público e privado, de passageiros com origem nos estados em que a circulação do vírus foi confirmada ou a situação de emergência decretada.” (SERGIPE, 2020).

Também, no Maranhão, foi promulgada norma similar, qual seja, o Decreto nº 35672, que estabelece que: “fica vedado, por 15 (quinze) dias, o trânsito interestadual de ônibus ou similares, em todo o território do Estado do Maranhão, a partir da nona hora do dia 21 de março de 2020.” (MARANHÃO, 2020).

Em relação a esses decretos, em decisão monocrática, o Ministro Mauro Campbell Marques ponderou:

[...] relativamente aos Governadores dos Estados do Maranhão e de Sergipe, conforme se depreende dos trechos dos decretos acima reproduzidos, vislumbra-se a prática de atos de efeitos concretos de vedação de transporte coletivo interestadual que levam à configuração do justo receio quanto ao exercício do direito previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal, motivo pelo qual é de se conceder a ordem no presente *habeas corpus* relativamente aos pacientes domiciliados nessas unidades fede-

rativas e que para lá se dirigirão em razão da suspensão dos trabalhos de construção civil nas localidades onde atualmente se encontram. Ademais, importante enfatizar que a concessão da ordem, nos termos acima, visa assegurar o trânsito dos pacientes até as unidades federativas onde se encontram domiciliados, porém, SEM O AFASTAMENTO DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA DAS DIVERSAS AUTORIDADES FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS ENGAJADAS NA PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA AO LONGO DO PERCURSO DOS ÔNIBUS FRETADOS ATÉ SEUS DESTINOS FINAIS. Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus aqui requerida para assegurar o salvo-conduto tão somente em relação aos pacientes listados nos documentos de fls. 21 a 24-e que são domiciliados nos Estados do Maranhão e do Sergipe, de forma tenham seu trânsito assegurado, [...] desde as localidades onde se encontram atualmente até seus destinos finais, [...] e sem embaraços por parte de órgãos de policiamento e de fiscalização federais e estaduais, com jurisdição nesses trajetos, que tenham como fundamento somente a vedação do transporte interestadual de passageiros. FICA RESSALVADA, ENTRETANTO, A APLICAÇÃO DAS NORMAS FEDERAIS DE NATUREZA SANITÁRIA RELACIONADAS AO TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS (v.g. PORTARIAS INTERMINISTERIAIS) QUE TRATEM DO USO DE MÁSCARAS PELOS PASSAGEIROS, DA HIGIENIZAÇÃO DOS VEÍCULOS ETC, BEM ASSIM DAS NORMAS DE IGUAL NATUREZA EDITADAS PELOS ESTADOS AQUI REFERIDOS NO QUE IMPORTA AO DESEMBARQUE DOS PASSAGEIROS NELE DOMICILIADOS – OU SEJA, QUANDO CONCLUÍDOS SEUS RESPECTIVOS TRAJETOS Jurisprudência/STJ – Decisões Monocráticas Página 13 de 14 -, QUE DISPONHAM SOBRE TRIAGEM DE PESSOAS, ME-

DIÇÃO DE TEMPERATURA CORPORAL, DENTRE OUTRAS MEDIDAS DO GÊNERO. Comunicuem-se, com urgência, os Governadores dos Estados do Maranhão e de Sergipe, bem assim o Governo do Estado de Minas Gerais, o Diretor-Geral da Polícia Rodoviária Federal e a Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT sobre o inteiro teor da presente decisão, com remessa de cópias dos documentos de fls. 21 a 24-e e das petições juntadas aos autos em que informados os veículos que serão utilizados e as rotas que serão percorridas. Publique-se. Intimem-se. (BRASIL, 2020a, grifo nosso).

O Ministro foi claro no sentido de não caber limitação ao direito de locomoção dos indivíduos mesmo diante da pandemia. Ainda que se trate de motivo específico relacionado a retorno ao domicílio, o fundamento da decisão declarou que as vedações ao transporte coletivo interestadual configuram justo receio quanto ao exercício do direito.

Entretanto, entende-se que a decisão, nos termos em que foi fundamentada, foi omissa ao levar em conta somente a existência de direito fundamental à locomoção, sem observar a presença de interesse coletivo relativo à saúde pública.

Como visto nos tópicos anteriores, a teoria contemporânea de direito administrativo, em relação ao poder de polícia, permite limitações excepcionais a direitos fundamentais em favor de interesses coletivos desde que preenchidos os requisitos: excepcionalidade do perigo, atual ou iminente; seu caráter transitório; boa-fé das autoridades administrativas, principalmente em relação aos motivos; proporcionalidade das medidas adotadas à essencialidade dos bens, direitos ou interesses a preservar; sujeição a mecanismos de prestação de contas em relação às atitudes tomadas.

Ainda, cabe a lembrança de que a proporcionalidade se entende em sentido amplo, subdividindo-se em: adequação,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme explicitado anteriormente.

Dessa maneira, parece a decisão estar em desconformidade com a teoria administrativa exposta neste artigo ao reconhecer, apenas, a existência de direito fundamental e determiná-lo inatingível pela Administração.

Não se afirma aqui, também, a aplicação cega dos decretos, devendo o direito de locomoção dos pacientes ser tolhido. Parece até ser justificável que seja permitido aos trabalhadores retornarem a seus domicílios, considerando a circunstância do caso, porém o fundamento deveria envolver, em caso de entendimento nesse sentido, a ausência de necessidade ou mesmo perigo concreto, no caso específico de esses indivíduos sofrerem restrição à locomoção, bem como a eficiência da medida.

Considera-se que a decisão, nos termos em que foi prolatada, sem delinear circunstâncias específicas à situação dos trabalhadores, subtrai os efeitos dos decretos estaduais em questão, podendo falar-se até mesmo em invasão à competência executiva estadual.

As medidas do poder de polícia adotadas pela Administração em relação ao momento ímpar que vive a sociedade inevitavelmente interagem com o direito fundamental da locomoção, causando sua restrição. Entretanto, tal limitação se dá em razão de interesse à saúde coletiva.

Ressalta-se que essa hipótese de restrição a direito fundamental pela polícia administrativa foi exposta em tópico anterior. A análise para esclarecer se há possibilidade dessa limitação envolve critérios pré-estabelecidos pela técnica administrativa, justamente para evitar regresso ao absolutismo e ao patriarcado sem tornar o regime jurídico democrático constitucional completamente ineficaz perante imprevisibilidades.

Fazendo-se uma reflexão sobre as medidas impostas, pontua-se que: existe perigo excepcional atual, qual seja, o vírus Covid-19; há o caráter essencialmente transitório, sendo que todos os decretos analisados continham prazos de vigência determinados; há boa-fé das autoridades administrativas, devendo ser comprovada má-fé para afastar tal presunção; a Constituição Federal prevê o sistema de *freios e contrapesos*, havendo controle posterior das medidas pelo Legislativo e pelo Judiciário.

A verdadeira incógnita se desdobra, no entanto, em relação à proporcionalidade do ato em sentido amplo. Quanto à adequação, entende-se que restringir momentaneamente a locomoção interestadual promove o interesse geral de saúde pública, pois, conforme a própria Organização Mundial da Saúde atesta, o isolamento social é de suma importância no que diz respeito à excepcionalidade enfrentada (OMS..., 2020).

A necessidade demanda que a medida não possa ser substituída por outra menos gravosa que atinja a mesma finalidade. Trata-se de critério bastante relacionado à discricionariedade do Administrador. Entende-se inexistir medida menos gravosa óbvia. Não se nega a possibilidade de sua existência, porém, em razão de sua obscuridade, presumem-se as restrições a viagens interestaduais como as menos gravosas, cabendo ao restringido ou ao interessado demonstrar o contrário.

Finalmente, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, ainda que reconhecida a importância da liberdade de locomoção, sua restrição parcial e momentânea é absolutamente justificável em razão da saúde pública no caso concreto de uma pandemia.

Dessa maneira, as medidas adotadas pela polícia administrativa durante a pandemia global, sacrificando em parte o direito de ir e vir dos indivíduos, tem caráter de legalidade sob a ótica administrativa, não representando uma regressão ao ab-

solutismo, e sim uma manifestação do procedimento teórico para enfrentamento de imprevisibilidades.

3. CONCLUSÃO

Diante do discutido, foi constatada a possibilidade de restrição ao direito fundamental de locomoção sem que necessariamente seja a medida administrativa eivada por autoritarismo.

No discorrer do trabalho, foram analisadas as origens do poder de polícia, sua relação embrionária com a ausência de limites e seu percurso até o entendimento contemporâneo, marcado por esforços contínuos em afastar sua característica primordial e substituí-la por bases de legitimidade.

Foram demonstradas as contribuições que as transformações do direito administrativo forneceram à sua polícia. Ainda, foi delineado o conceito atual, com suas características marcantes.

Em seguida, foi estudada a relação entre as medidas policiais e os direitos fundamentais, abordando as áreas inalcançáveis e as possibilidades de intervenção para harmonizar a coexistência destes com outros semelhantes e mesmo com interesses coletivos.

A atuação do direito administrativo durante as situações de emergência e excepcionais também foi analisada. Visitadas as primeiras doutrinas a abordarem o assunto, entendeu-se pelas conclusões mais modernas que propõem a existência de regime jurídico próprio em épocas imprevisíveis. Tal regime é necessariamente temporário e com requisitos preestabelecidos.

Abordado o caso concreto da limitação ao direito de locomoção especificamente em razão da pandemia, foram apresentadas as primeiras decisões judiciais sobre o assunto. A

primeira demonstrou que as medidas possuíam legalidade em relação à competência. A segunda confrontou atuação normativa estadual que restringia o direito de locomoção de determinados indivíduos, e o julgado foi criticado neste estudo por não observar as teorias administrativas em relação à contraposição entre direitos fundamentais e interesses coletivos.

Finalmente, foi realizada tentativa de expor as medidas estudadas aos requisitos estabelecidos nos tópicos anteriores para verificar sua legalidade e evitar regressões autoritárias.

Ainda que a análise não seja dotada de grande profundidade em virtude da natureza de artigo deste estudo, a posição adotada foi a de legalidade das medidas, reconhecida a necessidade de uma reflexão mais profunda sobre essas em razão dos requisitos doutrinários demonstrados.

De todo o exposto, a contribuição deste artigo para a ciência jurídica foi justamente a de incentivar um debate fundamentado na doutrina sobre o tema, auxiliando, assim, o avanço da tecnologia administrativa, principalmente em relação ao enfrentamento de crises.

Fica o estímulo às pesquisas sobre a matéria em evidência, visto que, durante a produção deste artigo, o vírus Covid-19 ainda permanece na categoria de pandemia, sendo, a cada dia, discutidas as medidas a serem tomadas para conter sua propagação.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Ática, 1974

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 969, jul. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_

produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.03.PDF. Acesso em: 22 abr. 2020.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

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/15172.htm Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus (COVID-19)**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.969-4**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi1969.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 570.079 – BA (2020/0078069-2)**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 03 de abril 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stj-permite-trafego-operarios-estradas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 672**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 08 de abril de 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HOLLAND, Carolina; CALDAS, Joana. Governo de SC decreta situação de emergência por causa do coronavírus. **G1 SC**, Florianópolis, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/>

sc/santa-catarina/noticia/2020/03/17/governo-de-sc-decreta-situacao-de-emergencia-por-cao-do-coronavirus.ghtml. Acesso em: 22 abr. 2020.

LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Discricionariedade, racionalidade e Estado de Direito. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.p. 249-274. *E-book*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%c3%a7%c3%b5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2020.

MARANHÃO. **Decreto Estadual nº 35.672, de 19 de março de 2020**. Declara situação de calamidade no Estado do Maranhão em virtude do aumento do número de infecções pelo vírus H1N1 [...]. São Luís: Governo do Estado, 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391213>. Acesso em 27 abr. 2020

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTENEGRO, Carolina. Itália em quarentena: país amplia medidas e brasileiros relatam confusão com bloqueio contra coronavírus. **BBC News Brasil**, 9 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51810508>. Acesso em: 22 abr. 2020

OMS reforça que medidas de isolamento social são a melhor alternativa contra o coronavírus. **G1**, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/30/oms-reforca-que-medidas-de-isolamento-social-sao-a-melhor-alternativa-contr-o-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 22 abr. 2020

SERGIPE. **Decreto Estadual nº 40.567, de 25 de março de 2020**. Atualiza, consolida e estabelece novas medidas de enfrentamento e prevenção à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus) no Estado de Sergipe, e dá outras providências. Aracajú: Governo do Estado, 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391536>. Acesso em: 27 abr. 2020

TRUMP suspende viagens da Europa aos EUA para conter novo coronavírus. **G1**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mun>

do/noticia/2020/03/11/trump-anuncia-suspensao-da-entrada-nos-eua-de-todos-os-viajantes-vindos-da-europa-por-30-dias.ghml. Acesso em: 22 abr. 2020.

Recebido em: 30/04/2020

Aprovado em: 10/08/2020