



A ORDENAÇÃO ESTATAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Thiago da Silva Cabreira¹

RESUMO

Este estudo analisa em que medida é legítima a restrição de direitos fundamentais, por meio de atos normativos expedidos pela Administração Pública, no contexto da pandemia do coronavírus. A pesquisa, por meio de uma abordagem indutiva e utilizando-se de um procedimento investigativo preponderantemente bibliográfico, busca verificar a hipótese de que as limitações aos direitos fundamentais, pela Administração ordenadora, são legítimas quando se ajustam às possibilidades semânticas e aos valores subjacentes ao Texto Constitucional, de onde são extraídos os parâmetros de justiça consubstanciados na necessidade de demonstração de igual respeito e consideração pela vida de todos os membros da comunidade política. Palavras-chave: Poder de polícia. Supremacia constitucional. Juridicidade de excepcionalidade. Igual consideração e respeito. Legitimidade.

“É realmente admirável ver como, nessas coisas de nonada, impõe o costume com facilidade e rapidez a sua autoridade.”

(Michel de Montaigne)

¹ Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes. Assessor Jurídico na Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, Ministério Público Federal (PRRJ-MPF).

1 INTRODUÇÃO

Considerando a progressiva alteração na relação entre o Estado e os cidadãos, especialmente no que toca ao fundamento da ordenação social e econômica, o presente estudo busca responder à seguinte inquietação: em que medida é legítima a restrição de direitos fundamentais, por meio de atos normativos expedidos pela Administração Pública, no contexto da pandemia do coronavírus?

Sob tal ótica, esta pesquisa pretende verificar a hipótese de que as limitações aos direitos fundamentais, pela Administração ordenadora, são legítimas quando se ajustam às possibilidades semânticas e aos valores subjacentes ao texto constitucional, de onde são extraídos os parâmetros de justiça consubstanciados na necessidade de demonstração de igual respeito e consideração pela vida de todos os membros da comunidade política, especialmente em contextos de excepcionalidade.

Nessa linha, o referencial teórico utilizado para análise dos dados coletados alinha-se ao estado da arte do Direito Constitucional, bem como do Direito Administrativo ordenador, a partir dos estudos de juristas como Luís Roberto Barroso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Gustavo Binenbojm, Carlos Ari Sundfeld e Ronald Dworkin.

Com efeito, o desenvolvimento deste trabalho decorre da necessidade de reinterpretar a relação entre a sociedade e a Administração Pública, buscando as conformações possíveis entre os direitos fundamentais e a ordenação estatal, a partir do apontamento de parâmetros para a legitimidade dos atos do Poder Executivo em situações de excepcionalidade.

Para tanto, o artigo se divide em quatro seções. Em um primeiro momento, busca-se identificar as principais características da relação entre a Administração Pública e a sociedade, a partir das concepções de poder de polícia historicamente delineadas. Nessa etapa inicial, o foco do trabalho é dirigido à delimitação das principais características do instituto pelo prisma de sua evolução histórica.

Ainda, em sua segunda fase, a partir da identificação da relação Estado-indivíduo, a pesquisa visa a caracterizar, no cenário brasileiro, a alteração progressiva na fundamentação do poder de polícia em sentido estrito, a partir do processo denominado de *giro democrático-constitucional*.

Partindo para sua terceira seção, o estudo busca realizar um cotejo entre os limites impostos à ordenação pelos direitos fundamentais e pela democracia, e as possibilidades de

promoção e proteção desses valores pela regulação estatal. Assim, são abordados aspectos relacionados à vinculação da Administração Pública à juridicidade, bem como de sua influência nos limites e possibilidades relacionados aos direitos fundamentais no contexto da ordenação estatal.

Por fim, com base em todo arcabouço teórico desenvolvido, a pesquisa analisa a legitimidade da restrição de locomoção interestadual e intermunicipal, de maneira excepcional e temporária, bem como da determinação de vacinação obrigatória dos cidadãos e do condicionamento de aspectos da liberdade de locomoção a esta medida profilática.

2 APONTAMENTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER DE POLÍCIA

Inicialmente, com a finalidade de tornar mais clara a concepção de poder de polícia usualmente difundida na doutrina pátria, bem como de suas principais características, é imperioso fazer breves apontamentos acerca da evolução histórica da relação entre o Estado e a sociedade.

Nessa empreitada, em uma acepção que remonta à antiguidade grega, enquanto o termo *política* era utilizado para denominar a vida na cidade, em um autogoverno coletivo de membros livres e iguais, o vocábulo *polícia* “designava um modo distinto de governança, de natureza pré-política, aplicável à vida fora da *polis*, ou seja, à vida da casa e da família” (BINENBOJM, 2017, p. 27).

A partir dessa distinção, é possível afirmar que a ordenação da vida pública e privada, cada qual com suas peculiaridades, esteve associada ao exercício do poder emanado de alguma fonte de Autoridade que, *reconhecida como legítima*, impunha parâmetros comportamentais aos membros de uma comunidade específica.

Essa dualidade na distribuição do poder perdurou durante grande parte da história da civilização, sendo absorvida, ainda, pela lógica do feudalismo. Nesse sistema, como deixa consignado Gustavo Binenbojm (2017, p. 27), a polícia exercida pelo senhor feudal rompia as barreiras familiares, projetando-se sobre todos os indivíduos que viviam no feudo.

Nesse contexto, a nota fundamental do poder exercido pelo senhor feudal era a discricionariedade na escolha dos meios e medidas impostas aos vassalos, em nome da paz e ordem pública interna.

Com efeito, a partir do surgimento dos Estados Modernos, com a centralização dos poderes de ordenação da sociedade na figura de uma Autoridade absoluta, toda a ação estatal passou a ser direcionada à manutenção da ordem pública e do bem comum (MEDAUAR, 2014, p. 15). Para designar esta estrutura, que ampliou a lógica da discricionariedade no uso da polícia, surge a expressão *Estado de Polícia*.

Não havia, nessa estruturação, reconhecimento de direitos aos indivíduos em face do Estado, bem como qualquer via judicial de garantia. A atividade normativa, a Administração Pública e a resolução de lides estavam concentradas na Autoridade absoluta, sendo “o particular visto como um objeto do poder estatal, e não um indivíduo que se relaciona com ele” (GORDILLO, 2017, p. II.1, tradução nossa).

Em que pese a amplitude alcançada pelo instituto, é certo que as manifestações em favor da liberdade e da igualdade – ventiladas pela razão e promovidas no bojo das três revoluções liberais – reverberaram na estrutura estatal e, principalmente, na construção de mecanismos de contenção de seu poder.

Na esteira da institucionalização desses mecanismos, houve uma distribuição das competências estatais, por meio da separação dos Poderes, sendo certo que, a partir do corolário do Estado de Direito – submissão do poder estatal ao império da lei – a ordenação da sociedade passou a ser pautada por parâmetros mais precisos, ao menos em tese².

Em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, na linha da Revolução inglesa e sob forte influência do modelo norte-americano, respectivamente, é possível afirmar que houve uma *impregnação dos valores liberais* em suas estruturas, refletindo a essência da contenção do poder estatal.

Contudo, o Poder Executivo parece ter seguido em direção oposta, “dando ênfase a institutos que reforçavam o *poder de império* do Estado” (MOREIRA NETO, 2001, p. 9, destaque no original) ainda que, formalmente, sob o verniz de legalidade. Nesse ponto, é imperioso consignar que:

[...] a simples afirmação da natureza *sublegal* do poder de polícia, que a alguns pareceu a solução definitiva para seus males, revelou-se insuficiente para conter-lhe o potencial autoritário e adequá-lo aos novos parâmetros do Estado de direito. A ninguém é permitido, em nome de idealizações, ignorar a história e, menos ainda, a realidade. (BINENBOJM, 2017, p. 29, destaque no original)

2 Como anotado por Gustavo Binenbojm (2014, p. 211), ainda nesse período, a discricionariedade administrativa era entendida como externa ao direito, na medida em que havia uma ampla margem decisória acerca de praticar ou não o ato, bem como no que toca aos efeitos decorrentes da sua prática.

Nessa senda, ainda que o poder de polícia em sentido estrito³ esteja submetido à lei, é inegável que perdura, até os dias atuais e na concepção de renomados publicistas, a ideia de que a polícia administrativa está fundamentada em cláusulas abertas como a supremacia do interesse público e o bem-estar da coletividade, podendo ser executada com larga margem de *discricionariedade*. Sob essa ótica, Caio Tácito anota que:

Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais. (TÁCITO, 1952, p. 8, grafia original)

Nesse sentido, ainda que não se admita a discricionariedade característica do *Antigo Regime*, é certo que perdura, no Estado de direito, uma larga margem de apreciação acerca da motivação e do objeto do ato administrativo que operacionaliza o poder de polícia.

Ainda que se possa falar, atualmente, em controle dos atos, diversos entendimentos jurisprudenciais e construções doutrinárias parecem caminhar em sentido contrário, como, por exemplo, o princípio da insindicabilidade do mérito administrativo⁴ ou a obsoleta ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

Por essa linha de interpretação, em que pese a afirmação da submissão do poder de polícia ao império da lei, e conseqüentemente da possibilidade de controle dos atos da Administração ordenadora, é certo que a fundamentação da regulação social em cláusulas gerais derivadas do interesse público, aliada à ampla discricionariedade dos motivos e objetos, dificulta sobremaneira a contenção dos excessos administrativos.

3 Aqui, cabe ressaltar que a atividade legiferante, em regra atribuída ao Poder Legislativo, é considerada por parte da doutrina como expressão do Poder de Polícia em sentido amplo, tendo em vista sua característica mais notável de conformação da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Essa caracterização fica ainda mais evidente no contexto norte-americano, na linha dos poderes constitucionalmente conferidos aos estados-membros para regular os interesses privados, como exposto por Caio Tácito (1952) e Gustavo Binenbojm (2017). Noutro giro, há juristas que, ao referirem-se à atividade legiferante ou judicante, caracterizam-nas como funções exercidas por Poderes essencialmente políticos (MEIRELLES, 1972, p. 2).

4 Como exposto por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1991, 57), a defesa da insindicabilidade do mérito administrativo se deve a uma interpretação distorcida e encastelada da separação dos Poderes. Assim, não seria dado a qualquer Poder estatal obstar a execução de atos de competência dos demais.

Trata-se de um “atraso *juspolítico*” (MOREIRA NETO, 2001, p. 10) incompatível com o Estado contemporâneo, onde a Constituição material e axiológica ocupa uma posição central no ordenamento jurídico. Nessa linha, é inviável interpretar e fundamentar o poder de polícia em uma fórmula prefixada, onde o interesse público seja sempre considerado supremo, principalmente quando em tensão com os direitos fundamentais⁵.

Portanto, é tempo de buscar novas concepções de ordenação da sociedade e da economia, especialmente considerando a complexidade das relações sociais contemporâneas, marcadas pela dicotomia entre o autogoverno de uma comunidade política – onde todos devem ser *igualmente considerados e respeitados* – e a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

3 ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De fato, a reflexão crítica acerca da legitimidade do poder de polícia caminha ao lado da busca por novas concepções do instituto. Assim, o desenvolvimento de uma noção contemporânea de ordenação estatal deve ser pautado pelos valores fundamentais da sociedade, institucionalizados por meio da Constituição, de onde são extraídos os parâmetros de justiça para os atos de um governo coercitivo.

Nessa linha, para que se possa afirmar a legitimidade da regulação proveniente da Administração Pública, é preciso delinear dois fenômenos distintos, porém interdependentes: a constitucionalização do direito administrativo e a sua ascensão ao texto constitucional.

Assim, torna-se imperioso tecer algumas palavras sobre o fenômeno da americanização do direito constitucional, compreendido como a difusão do modelo norte-americano por diversos países (BARROSO, 2010).

Com efeito, no modelo de constitucionalismo norte-americano, a Constituição foi considerada como um documento jurídico desde as primeiras horas. A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, pelo Poder Judiciário, de leis que fossem contrárias à Constituição foi inicialmente aventada por Alexander Hamilton⁶ (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 381 – 382) e, posteriormente, consagrada no célebre caso *Marbury v. Madison*⁷.

5 Nessa linha, é interessante pontuar que, para o Professor José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 446), os direitos, liberdades e garantias constituem medidas de valoração para a atividade finalística da Administração Pública, especialmente no que toca à densificação de conceitos indeterminados.

6 No bojo do artigo o Federalista nº 78, onde Hamilton aponta que os atos normativos contrários não podem ser *validos*. Nessa linha, é possível depreender, inclusive, em que plano de validade o vício de inconstitucionalidade estaria situado.

7 Nesse particular, Luís Roberto Barroso (2019, p. 31 – 32) anota que *Marbury v. Madison* representou o

A partir da difusão desse modelo, teve início um grande processo de irradiação do conteúdo material e axiológico da Constituição por todo o ordenamento jurídico, condicionando a validade, sentido e alcance dos dispositivos e normas infraconstitucionais, inclusive no que toca às possibilidades de intervenção nos direitos individuais por parte do Estado.

No Brasil, o marco político-jurídico dessa transformação foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A refundação do Estado brasileiro tem em seu cerne, desde a elaboração da Constituição, o *sistema de direitos fundamentais e a democracia*, “que se apresentam, simultaneamente, como seus elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade.” (BINENBOJM, 2017, p. 38).

Nesse cenário, a constitucionalização do direito, especialmente no que toca ao direito administrativo ordenador, diz respeito à impregnação dos valores e consensos básicos da comunidade no âmbito da hermenêutica e aplicação das normas relacionadas à organização, funcionamento e regulação levada a cabo pela Administração Pública.

Esse é justamente um dos aspectos do chamado *giro democrático-constitucional* do direito administrativo, como deixou consignado Gustavo Binjenbojm:

O que aqui se denomina por *giro democrático-constitucional* do direito administrativo é um processo multifário e pluridimensional, que opera por dois caminhos distintos, porém complementares: (i) a disciplina da organização e funcionamento de inúmeros setores da Administração Pública em normas do próprio Texto Constitucional; e (ii) a eficácia *irradiante* dos sistemas democrático e de direitos fundamentais, como elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado democrático de direito – e, por conseguinte, também do Estado Administrativo – nos termos delineados pela Constituição. (BINENBOJM, 2017, p. 43, destaques no original)

Considerando que a constitucionalização do direito administrativo traduz a redefinição do sentido e alcance das normas que regem a relação entre o Estado e a sociedade; e a inserção de normas do Direito Administrativo no texto constitucional representa “o cerne da vinculação da Administração Pública à juridicidade” (BINENBOJM, 2017, p. 44), não há como sustentar a visão de que o poder de polícia seja intrinsecamente discricionário, legitimado unicamente pela supremacia do interesse coletivo sobre o privado.

nascimento do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, sendo, contudo, inquestionavelmente uma decisão política da Suprema Corte norte-americana, a fim de demarcar seu poder.

Portanto, o princípio legitimador do poder de polícia, no Estado democrático de direito, deixa de ser a supremacia do interesse público, transmutando-se na Supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais.

Nessa senda, diante da complexidade da relação entre a Administração Pública e o cidadão, em um sistema de governo onde a todos deve ser dispensado *igual respeito e consideração*, abandona-se o padrão consagrado no *Estado de Polícia*, como apontado por Gordillo (2017, p. II.1), pautando-se, de fato, o Estado contemporâneo, pela vinculação da ordenação ao texto e valores constitucionais.

É preciso, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 16), “enviar para o museu não só a expressão poder de polícia, como a noção que recobre”, adotando-se, conseqüentemente, a concepção de Administração ordenadora, derivada da ideia de que o Poder Executivo teria, dentre outras, a função de regular os contornos dos direitos fundamentais a partir de uma moldura pré-fixada, originariamente, pela lei e pelas normas constitucionais.

A definição dessa concepção é proposta por Sundfeld nos seguintes termos:

A exata compreensão da administração ordenadora demanda, assim, que fiquem evidenciados seus caracteres fundamentais: a) trata-se de exercício de função administrativa; b) voltado à organização da vida privada; c) dentro de relação genérica; d) com a utilização do poder de autoridade. (SUNDFELD, 2003, p. 20)

Por essa ótica, a possibilidade da conformação dos direitos fundamentais pela Administração Pública, no campo privado, decorreria de mandamento legal específico e com autorização para regulamentação conferida pelo Legislativo ao Poder Executivo.

Contudo, por uma questão de racionalidade aplicada ao ordenamento jurídico, se à lei é conferido o poder de autorizar limitações levadas a cabo pela Administração ordenadora, com muito mais propriedade poderá a Constituição fundamentar esse exercício.

Insere-se, nesse ponto, a questão dos graus de vinculação dos atos ordenadores à juridicidade, segundo aspecto do *giro democrático-constitucional* do direito administrativo.

Nessa esteira, seguindo a classificação proposta por Gustavo Binenbojm (2017, p. 89), os atos ordenadores podem ser balizados por regras, por conceitos jurídicos indeterminados ou diretamente por princípios⁸.

8 Trata-se de um espectro de vinculação à estruturas normativas distintas. No que toca à estrutura das regras, há uma densidade normativa maior condicionando a prática do ato administrativo, impondo balizas mais rígidas à sua consecução, sem que haja uma grande margem de escolhas possíveis ao administrador. Noutro giro, a vinculação aos princípios confere uma margem de apreciação maior acerca do conteúdo do ato

Com efeito, no Estado democrático de direito, não há discricionariedade ou vinculação absoluta dos atos administrativos que operacionalizam as determinações da Administração ordenadora, mas sim um cotejo de natureza político-jurídica entre a situação que se apresenta e a densidade da norma a ser regulamentada.

Nessa linha, Gustavo Binenbojm anota que:

Em outras palavras, essa nova concepção de discricionariedade *vinculada* à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o “ato administrativo vinculado” e o “ato administrativo discricionário”, sendo a diferença o *grau de vinculação*. (BINENBOJM, 2014, p. 224, destaques no original).

Essa forma de vinculação ampla ao Direito, por meio do estabelecimento de diferentes graus, na medida em que exclui a conclusão apriorística em favor da supremacia do interesse estatal, está intimamente relacionada à interpretação dos limites impostos à ordenação pelos direitos fundamentais e pela democracia, bem como às possibilidades de promoção e proteção desses valores pela regulação estatal.

4 CONFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA

Diante da delimitação dessa concepção de ordenação, especialmente centrada nos *valores constitucionalmente estabelecidos e no regime democrático*, é possível vislumbrar novos contornos para a regulação adequada da sociedade.

Nessa tênue linha entre os direitos fundamentais e as metas coletivas prescritas em atenção à deliberação democrática, simultaneamente, há o estabelecimento de uma força delimitadora e habilitadora da ordenação social e econômica. Trata-se de uma estrutura de *conformações possíveis* (BINENBOJM, 2017, p. 44), concretizadas por meio da *interpretação constitucionalmente adequada* dos atos regulatórios.

ordenador, que decorre de interpretações de valores insertos na Constituição ou em dispositivos infraconstitucionais (até mesmo infralegais). Já no que tange à vinculação por conceitos jurídicos indeterminados, é possível afirmar que se trata de uma solução intermediária, representada por Gustavo Binenbojm (2017, p. 89 – 90) pela figura de dois círculos concêntricos, onde o círculo menor representa uma zona de certeza, com maior vinculação à juridicidade, e a zona externa ao menor círculo representa uma zona de incerteza, onde a Administração exercerá sua prerrogativa mediante motivação adequada. A zona externa aos dois círculos representa uma zona de certeza negativa.

No que toca às limitações à ordenação estatal, é importante ressaltar que os direitos fundamentais possuem, intrinsecamente, uma força bloqueadora contra qualquer interferência externa a seu âmbito de proteção. De fato, os direitos são considerados prerrogativas dos cidadãos em face das metas coletivas e da ordenação social.

Contudo, não se trata de uma posição de sujeição absoluta do Estado aos direitos fundamentais, onde nenhuma regulação seria possível, mas sim de uma proteção garantida ao cidadão frente aos excessos e arbitrariedades perpetradas pelas maiorias de ocasião. É dizer: os direitos estabelecem zonas onde a interferência estatal seria, a princípio, ilegítima.

Nessa toada, os direitos assumem estruturas normativo-semânticas distintas⁹, podendo ser delineados como princípios jurídicos, ou seja, padrões abertos que estabelecem parâmetros de justiça derivados da moralidade política, ou em estruturas mais rígidas, como regras aplicáveis na medida do *tudo-ou-nada*¹⁰.

Cabe à Administração ordenadora, assim, identificar o direito que será regulado bem como a estrutura normativa e semântica que abriga esse valor, buscando demonstrar a legitimidade da ordenação a partir do oferecimento de justificativas especiais, como apontado por Ronald Dworkin:

Na maior parte dos casos quando nós dizemos que alguém tem o “direito” de fazer algo, nós subentendemos que seria errado interferir na execução de suas ações ou, pelo menos, que alguns fundamentos especiais são necessários para justificar qualquer interferência. (DWORKIN, 1978, p. 188, tradução nossa)

Esses fundamentos especiais para a restrição dos direitos fundamentais são denominados por Dworkin (1978, p. 82) como *argumentos de princípio*¹¹. Nisso reside que os atos estatais de conformação dos direitos do cidadão, para serem legítimos, devem respeitar a *dignidade* dos cidadãos, demonstrando *igual consideração* pelo destino de todas as pessoas que estão inseridas dentro da comunidade política regulada; bem como respeitando de maneira

9 Essa característica decorre da própria origem dos direitos. Nessa linha, considerando a abordagem unissistemática de Direito e moral, proposta por Ronald Dworkin (2011), os direitos seriam, em suma, o reflexo dos valores da moralidade política na dimensão jurídica. Dessa forma, por sua textura essencialmente aberta, os direitos se apresentariam como princípios jurídicos e, em um plano de maior densidade normativa, em aspectos específicos, poderiam ser estruturalmente desenhados como regras.

10 Expressão utilizada por Dworkin (1978, p. 24) para conceituar as regras, no tocante à sua aplicação, decorrente da estrutura binária do enunciado normativo.

11 Em breves palavras, os argumentos de princípio são destinados a estabelecer ou justificar decisões que protegem ou promovem direitos de indivíduos ou de grupos de indivíduos, em contraponto às metas políticas coletivas decorrentes da deliberação das maiorias de ocasião.

plena a *responsabilidade* de cada indivíduo pelas suas escolhas e riscos (DWORKIN, 2011, p. 02).

Com base nesses parâmetros, dois são os cenários possíveis para a relação entre a Administração ordenadora e os direitos fundamentais. Primeiramente, cabe explorar a possibilidade de conformação da liberdade do cidadão, quando positivada em uma estrutura de regra constitucional.

Assim, por exemplo, eventual ato de ordenação expedido pela Administração Pública estadual, sob o fundamento de regulamentar lei, que imponha obrigação aos servidores de um estado-membro de associarem-se a determinado sindicato será ilegítima, tendo em vista a *contrariedade expressa a um direito fundamental* inserto no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal, sendo certo que assume, nesse caso, a feição de uma *regra constitucional*¹².

Noutro giro, é possível que haja tensão entre a ordenação estatal que visa a restringir um direito fundamental estruturado sob a forma de princípio – com baixa densidade normativa – e outros direitos fundamentais titularizados pelos cidadãos.

Nesses casos, quando a disciplina normativa do direito não estabelece claramente um núcleo onde seja ilegítima a regulação, é necessário que a Administração Pública analise os direitos envolvidos, em busca de justificações especiais insertas nas possibilidades semânticas e axiológicas da Constituição, pautadas essencialmente pelos vetores da *igual consideração e respeito* pelos membros da comunidade.

Além de demonstrar a legitimidade do ato, a justificação permite um controle judicial mais preciso acerca da regulação estatal, considerando que a partir da vinculação do ato a sua fundamentação, é possível que os Tribunais analisem a compatibilidade entre os meios utilizados, os fins almejados e a justificativa apresentada.

Ainda, é interessante notar que, sendo a legitimidade da ordenação estatal decorrente de normas Constitucionais de baixa densidade, eventual discrepância entre os meios, os fins e a fundamentação da regulação poderá dar ensejo à declaração de inconstitucionalidade material do ato.

12 Trata-se de um direito fundamental decorrente da liberdade de escolha do cidadão em associar-se ou permanecer associado. Sua estrutura semântica delimita com precisão uma zona de certeza positiva e negativa, sendo aplicável, portanto, na medida *tudo-ou-nada*. Nessa hipótese, ainda que a Administração Pública estadual fundamentasse a regulação da liberdade dos cidadãos em razão de uma suposta proteção material conferida aos indivíduos associados, como uma espécie de seguro abstrato contra eventuais contingências, *não seria legítimo restringir a liberdade de associação*, considerando que o Estado suprimiria a responsabilidade ética do cidadão pelas suas escolhas, bem como a assunção dos próprios riscos inerentes ao seu projeto de vida.

Com efeito, caso haja uma situação de excepcionalidade assolando o Estado, com a necessidade de regulação de direitos fundamentais em tensão, a prática interpretativa levada a cabo pela Administração Pública, bem como o controle judicial desses atos, deve ser promovidos de forma ainda mais meticulosa.

Como é corrente na doutrina, a Constituição atua como um pilar assecuratório do pré-compromisso celebrado pela sociedade quando da fundação ou refundação do Estado. O maior e mais importante papel da Constituição é justamente manter as instituições democráticas e os direitos fundamentais salvaguardados em momentos de grave crise. Esse papel torna-se imprescindível em situações onde a Administração Pública é chamada a regular, promovendo ou restringindo, os direitos fundamentais.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 instituir mecanismos de flexibilização controlada da ordem jurídica¹³, não há, no ordenamento brasileiro, nenhuma hipótese que permita a atuação extraordinária da Administração Pública¹⁴.

Nessa linha, como deixa consignado Gustavo Binimbojm (2017, p. 81), a legitimação de medidas restritivas dos direitos fundamentais, em situações emergenciais, pode ser fundamentada a partir de um regime de juridicidade que extrapola a Lei, desde que o faça em favor da Constituição¹⁵, e que deve ser pautado pelos seguintes requisitos cumulativos:

Tal regime tem os seguintes elementos estruturantes: (i) a excepcionalidade do perigo, atual ou iminente; (ii) o seu caráter necessariamente transitório; (iii) a boa-fé das autoridades administrativas; (iv) a proporcionalidade das medidas adotadas à essencialidade dos bens, direitos ou interesses a preservar; (v) a sua sujeição a mecanismos de *accountability*, inclusive mediante responsabilização civil do Estado pelos danos eventualmente resultantes para terceiros. (BINENBOJM, 2017, p. 140, destaque no original)

Para além desses requisitos, em momentos de crises institucionais, econômicas ou de emergências de saúde pública, os atos de conformação dos direitos fundamentais devem ser

13 Na Constituição Federal de 1988 são previstos o Estado de Defesa e o Estado de Sítio como mecanismos de flexibilização controlada da ordem jurídica, a fim de promover a defesa do Estado e das instituições democráticas. Não obstante, somente podem ser acionados em situações de grave e iminente instabilidade institucional, calamidades de grandes proporções na natureza, comoção grave de repercussão nacional, declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

14 Entendida como atuação legítima vinculada a um regime de juridicidade *praeter legem* ou *contra legem*.

15 Nesse ponto, insere-se a discussão acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e da restrição interpretativa ao conteúdo jurídico desses direitos, especialmente quando não há autorização expressa da Constituição, sendo necessário, para tanto, um esforço argumentativo com a finalidade de demonstrar sua legitimidade (CANOTILHO, 2003, p. 450).

balizados pelos *parâmetros de justiça* insertos na Constituição, pelas possibilidades semânticas e axiológicas de suas normas, bem como pelo teor de seus *mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas*¹⁶.

5 ORDENAÇÃO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

A partir do estabelecimento de certos parâmetros para a atuação da Administração ordenadora, derivados do procedimento denominado de *giro democrático-constitucional*, torna-se possível analisar a legitimidade da restrição de direitos fundamentais durante o período de excepcionalidade decorrente da pandemia do coronavírus.

Como é de notório saber, no início do ano de 2020 diversos países noticiaram casos de infecção pelo vírus SARS-CoV-2 que, em razão de sua alta taxa de transmissibilidade, levou as Autoridades especializadas na área da saúde a sugerirem aos governantes a adoção de medidas de contenção da disseminação do vírus e controle da pandemia.

Nesse contexto, visando a conter a transmissão do vírus, as Autoridades estatais promoveram medidas de restrição dos direitos fundamentais de seus cidadãos, notadamente da liberdade de locomoção, inclusive com a imposição de isolamento social e confinamento domiciliar.

No Brasil, o primeiro ato normativo acerca da matéria foi a Lei Federal nº. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Posteriormente, esse ato normativo foi alterado pela Lei Federal nº. 14.035, de 11 de agosto de 2020.

Dentre as medidas previstas em Lei, saltam aos olhos a possibilidade de restrição da locomoção interestadual e intermunicipal, de maneira excepcional e temporária, por meio de rodovias, portos ou aeroportos, bem como a determinação de realização compulsória de coleta de amostras clínicas, tratamentos médicos específicos, vacinação e outras medidas profiláticas.

Com efeito, trata-se de legislação que visa conter uma situação de excepcionalidade, a partir do cotejo entre direitos individuais e coletivos, especialmente no que toca à liberdade individual e à saúde pública.

16 Nessa linha, eventuais restrições aos direitos fundamentais, em situações de excepcionalidade, não poderiam ultrapassar os limites impostos pelos mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas.

Ainda que a Lei Federal nº. 13.979/2020 tenha estabelecido medidas específicas para contenção da situação de excepcionalidade – vinculando a Administração à normas de alta densidade – é certo que permitiu a adoção de medidas atípicas, desde que dentro dos parâmetros de justiça constitucionalmente estabelecidos, evidenciando outro aspecto da vinculação à juridicidade.

Nessa esteira, a Lei de regência (Lei Federal nº. 13.979/2020) delegou à Administração Pública federal, estadual e municipal, cada qual nos limites de sua competência, o poder de *adotar medidas não previstas em Lei*, desde que tenham por base *evidências científicas e informações estratégicas em saúde*, devendo, ainda, ser *delimitadas no tempo e no espaço* ao mínimo indispensável à promoção e preservação da saúde pública.

Uma vez que essas medidas atípicas se encontram limitadas pelas normas constitucionais, notadamente pelos valores consubstanciados em direitos fundamentais e pela democracia, é possível afirmar que a Administração está vinculada à juridicidade, nesse particular, por dispositivos de baixa densidade normativa, estruturados na forma de princípios ou cláusulas abertas.

Para tanto, a Lei de regência fixou limites de legitimidade para os atos de ordenação, consubstanciados na *limitação temporal e espacial* das medidas ao *essencial para a promoção e preservação da saúde pública*, frente a excepcionalidade do perigo real e iminente, assegurados o pleno respeito à *dignidade* e às *liberdades fundamentais*.

Percebe-se, portanto, que a Lei Federal parametrizou a atuação da Administração ordenadora com base em requisitos especiais para situações de excepcionalidade¹⁷ que, alinhados aos influxos do *giro democrático-constitucional*, devem estar em harmonia com as exigências da dignidade dos indivíduos¹⁸, a partir de uma justificação interpretativa constitucionalmente adequada¹⁹, demonstrando que a ordenação dispensa igual consideração e respeito pelos cidadãos²⁰.

17 Com efeito, os requisitos estabelecidos pela Lei Federal nº 13.979/2020, alterada pela Lei Federal nº. 14.035/2020, em muito se assemelham aos requisitos de juridicidade *praeter legem* ou *contra legem* em favor da Constituição, delineados anteriormente. Nessa senda, a excepcionalidade do perigo real e iminente e a boa-fé das autoridades administrativas é próprio do objeto da Lei; o caráter transitório das medidas, que devem ser limitadas no tempo e no espaço configuram requisitos legais, sendo certo que a *proporcionalidade das medidas, a responsabilização civil do Estado e o controle dos excessos administrativos* estão positivados em sede constitucional, seguindo os influxos do segundo aspecto do *giro democrático-constitucional* do direito administrativo.

18 Extraído não somente da teoria moral substantiva de Ronald Dworkin, mas reconhecida pela Constituição Federal brasileira de 1988 como fundamento e valor supremo da República (SILVA, 1998, p. 91).

19 Decorrente do aspecto da constitucionalização do direito administrativo, inserto no bojo do processo multifário do *giro democrático-constitucional*.

20 Vetores de justiça que, simultaneamente, são considerados como condições de legitimidade dos atos de um

Assim, à medida que as restrições impostas pela Administração ordenadora aos direitos fundamentais titularizados pelos cidadãos são mais contundentes, bem como se afastam do que é expresso em Lei, maior é a necessidade de aprofundamento na justificativa que deverá ser oferecida.

Caso a Administração Pública municipal decida, nessa toada, que a melhor medida é a restrição temporária da locomoção intermunicipal, por meio de rodovias, portos ou aeroportos, deverá justificar sua medida em estratégias de saúde e evidências científicas, como previsto em Lei.

A vinculação do Estado ordenador à juridicidade por meio de normas de alta densidade, que especificam e delimitam a ação regulatória, requer, para legitimidade da ordenação, o cumprimento das exigências legais que, ressalte-se, *devem estar em harmonia com os valores constitucionais*.

Não obstante, a justificação interpretativa para operacionalização do mandamento legal pode ser mais superficial, o que não importa dizer que seja inexistente, na medida em que o Poder Legislativo, em tese, já realizou as ponderações necessárias à restrição dos direitos fundamentais.

Noutro giro, caso a Administração Pública decida pela imposição combinada de medidas típicas e atípicas, a legitimidade dos atos ordenadores deve ser fundamentada não somente pelas balizas legais, mas também pela justificação interpretativa minuciosa em relação à restrição dos direitos fundamentais, demonstrando que a regulação dispensa igual respeito e consideração pela vida dos cidadãos.

Nessa esteira, eventuais regulações consubstanciadas na imposição de medidas de caráter invasivo – como a obrigatoriedade da vacinação – ou do condicionamento do exercício de aspectos da liberdade à adoção dessa medida profilática, devem ser fundamentadas a partir do grau de restrição imposto à liberdade.

No que tange à obrigatoriedade da vacinação, ou seja, da imposição estatal de uma profilaxia invasiva, mediante utilização de seu poder de coação, forçando os cidadãos à vacinarem-se, é certo que tal medida de império afigura-se inconstitucional, como declarado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586/DF, o Relator Min. Ricardo Lewandowski asseverou que a obrigatoriedade da vacinação

governo coercitivo que se diga justo (DWORKIN, 2011).

não pode ser operacionalizada por meio de medidas coativas, sendo materialmente inconstitucional qualquer *lei ou ato normativo* com a finalidade de implementar a vacinação sem o *consentimento informado* do cidadão.

Ainda que por prisma diverso, foi ventilada, na fundamentação da decisão, que a vacinação forçada dos membros de uma determinada comunidade política afigura-se ilegítima por violar a responsabilidade ética de cada indivíduo, ou seja, a plena responsabilidade de cada cidadão pelas suas escolhas e riscos.

De fato, as decisões tomadas pelos indivíduos devem ser baseadas em um sistema de responsabilidade reflexiva que evidencie “a capacidade de formar crenças verdadeiras e de combinar nossas decisões aos nossos valores” (DWORKIN, 2011, p. 226, tradução nossa).

Qualquer deliberação acerca da tomada de decisão, especialmente quando relacionada à integridade física, deve ser produzida com base em uma capacidade epistêmica, destinada a formar crenças reais e coerentes relacionadas aos fatos e eventos que ocorrem no mundo.

Essa capacidade epistêmica, com efeito, é regulada por uma capacidade de compatibilizar as decisões tomadas com base nas crenças reais e coerentes ao conjunto de valores individuais normativos, ou seja, às convicções e planos que o indivíduo considera como essenciais ao viver bem.

Essa responsabilidade reflexiva, de natureza estritamente ética, que corresponde à própria concepção de dignidade, entretanto, é destruída “quando outros indivíduos se apoderam da minha capacidade de tomar decisões, para servir aos seus próprios interesses” (DWORKIN, 2011, p. 245, tradução nossa).

Assim, quando a Administração Pública se substitui à capacidade decisória do cidadão, determinando que todos os membros da comunidade sejam vacinados e utilizando-se de todo o aparelho repressivo disponível para que a ordenação seja cumprida, há uma violação da dignidade do cidadão, consubstanciada na responsabilidade ética reflexiva de cada indivíduo pelas suas escolhas e riscos conscientes²¹.

Nessa linha, é interessante notar que o Supremo Tribunal Federal deixou consignado, no julgamento da ADI 6586/DF, a necessidade de *consentimento informado* do cidadão para que a Administração Pública proceda à vacinação, alinhando-se ao entendimento apresentado nesta pesquisa.

21 Essa aplicação da responsabilidade reflexiva, consubstanciada no respeito dispensado pelo Estado ao cidadão, em pleno uso de suas capacidades epistêmicas e regulatórias, consubstancia a dimensão moral do princípio do igual respeito pela vida de cada indivíduo da comunidade política. Trata-se de um aspecto da moralidade política delineada por Ronald Dworkin (2011).

Em outro passo, caso a Administração Pública decida condicionar certos aspectos do exercício da liberdade do indivíduo à imunização, é necessário que a justificativa interpretativa que fundamenta a restrição do direito esteja balizada pelos vetores de igual respeito e consideração pela vida de todos os membros da comunidade regulada, *para além dos parâmetros de excepcionalidade dispostos em lei*.

Com efeito, a demonstração de igual consideração pelos membros da comunidade política operacionaliza-se, neste caso, pela distribuição igualitária dos recursos para imunização e assistência da população, não sendo legítima eventual restrição à liberdade do cidadão que não teve acesso ao imunizante.

No que toca ao respeito pela responsabilidade ética do indivíduo, o Estado deve garantir que cada membro de sua comunidade tenha amplo acesso à informação verídica acerca da segurança e contra-indicação dos imunizantes; bem como das consequências de eventual oposição à imunização em relação a sua liberdade.

Dessa maneira, é possível que os membros da comunidade produzam crenças reais e coerentes relacionadas a todos os aspectos da medida, sendo certo que, a partir desse momento, essa capacidade epistêmica passa a ser regulada pela capacidade de compatibilizar suas decisões com um conjunto de valores individuais normativos, assumindo, conscientemente, as consequências decorrentes de suas escolhas²².

Não obstante, a seleção dos espaços públicos onde o acesso e permanência estarão condicionados à imunização deve ser feita com base em análises de informações estratégicas em saúde, não sendo legítimo à Administração ordenadora, a partir de uma limitação ampla, determinar indiretamente o confinamento domiciliar dos membros da comunidade não imunizados.

Com base em todo esse arcabouço teórico, torna-se possível afirmar a legitimidade do condicionamento do acesso e permanência em espaços públicos de uso coletivo à prévia imunização, no contexto da pandemia decorrente do coronavírus. Não obstante, é necessário que os locais com restrição de acesso e permanência sejam delimitados no tempo e no espaço a partir de análises de informações estratégicas em saúde, frente à excepcionalidade do perigo real e iminente.

22 Ressalte-se que, em situações especiais onde a oposição à imunização tem por base valores individuais normativos que assumem aspectos *religiosos, filosóficos e políticos*, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso VIII, *determina que sejam impostas prestações alternativas*. Assim, havendo oposição tanto à imunização quanto as prestações alternativas, é legítimo ao Estado restringir os direitos.

Ademais, tais atos de ordenação estatal devem observar os requisitos de excepcionalidade que a Lei de regência estipular, bem como as possibilidades semânticas e os valores subjacentes ao texto constitucional, de onde são extraídos os parâmetros de justiça consubstanciados na necessidade de demonstração de igual respeito e consideração pela vida de todos os membros da comunidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, diante da identificação, pelo prisma histórico, da relação entre o Estado e o indivíduo, o estudo buscou delinear as principais características do poder de polícia, bem como demonstrar que a fundamentação de legitimidade do instituto – a supremacia do interesse público – não se adéqua ao Estado democrático de direito, que tem o sistema de direitos fundamentais e a democracia como elementos estruturantes.

Nessa linha, a partir de um conjunto de transformações e métodos agrupados sob o manto do *giro democrático-constitucional*, tornou-se possível compreender a ordenação da sociedade por meio dos valores abrigados na Constituição. Essa base material e axiológica constitucional impõe limites à regulação dos direitos fundamentais, da mesma forma em que determina a promoção e proteção desses direitos, especialmente em contextos de excepcionalidade.

Por meio dessa abordagem constitucionalmente adequada, foram traçados parâmetros para atuação da Administração ordenadora em períodos de crises institucionais, econômicas ou de emergências de saúde pública.

Com efeito, para além da limitação temporal e espacial das medidas, frente ao perigo real e iminente, a Administração Pública deve adotar medidas alinhadas aos influxos do *giro democrático-constitucional*, harmônicas com as exigências da dignidade dos indivíduos, a partir de uma justificação interpretativa constitucionalmente adequada, demonstrando que a ordenação dispensa igual consideração e respeito pelos membros da comunidade política regulada.

Nessa esteira, com base nas prescrições da Lei Federal nº. 13.979/2020, o estudo analisou a legitimidade de medidas de restrição da liberdade de locomoção, bem como de condicionamento de aspectos dessa liberdade à imunização dos cidadãos, que se afiguram legítimas desde que dentro dos parâmetros estipulados.

Com base em todo arcabouço teórico desenvolvido, a pesquisa sustenta que a legitimidade da regulação dos direitos fundamentais, por meio da Administração ordenadora, decorre das possibilidades semânticas e dos valores subjacentes ao texto constitucional, de onde são extraídos os parâmetros de justiça consubstanciados na necessidade de demonstração de igual respeito e consideração pela vida de todos os indivíduos da sociedade, sendo certo que, em períodos de excepcionalidade, os atos ordenadores devem ser balizados, ademais, pelos mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas, bem como pelos requisitos que a Lei de regência estipular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse público*, v. 12, n. 59, p. 13 – 55, jan./fev, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: Parte general. Vol 1. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. edited with an introduction and notes by Lawrence Goldman. New York: Oxford University Press Inc, 2008.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 125, p. 1–14, 1976. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41826>. Acesso em: 27 out. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, p. 89–94, 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6586/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 17.12.2020. Data de Publicação 07.04.2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 27, p. 1–11, 1952. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238>. Acesso em: 27 out. 2021.

POLICE POWER AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE CORONAVIRUS PANDEMIC

ABSTRACT

This article aims to analyse to which extent the restriction of fundamental rights is legitimate in the context of the COVID-19 pandemic, notably through normative acts issued by the Executive branch. The research, through an inductive approach and bibliographic procedure, seeks to verify the hypothesis that limitations to fundamental rights, in this context, are legitimate when they fit the semantic possibilities and the values underlying of the constitutional text, from which are extracted the parameters of justice, as well as the requirement to demonstrate equal respect and consideration for the life of all members of the political community.

Keywords: Police power. Constitutional supremacy. Exceptional legality. Equal concern and respect. Legitimacy.