

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

ALINE CARVALHO RÊGO

**O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LOCOMOÇÃO
E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA**

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

ALINE CARVALHO RÊGO

**O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LOCOMOÇÃO
E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito Constitucional**, sob a orientação do Prof. Dr. **Luís Eduardo Patrone Regules**.

São Paulo

2021

Banca Examinadora

Aos meus pais a quem devo a eterna gratidão pela vida e amor incondicional, exemplos de generosidade, bondade, resiliência, amor e sabedoria.

Ao meu irmão Eric pela parceria, carinho e empatia, e por me dar a graça de ser tia do Davi e da Graziella, minhas joias raras.

À minha prima querida, Cíntia Arruda, por tanto amor, acolhimento e momentos infindáveis de conversas e aconselhamentos que levarei por toda a vida.

E às minhas amigas Yara Fernanda, Rebecca Sagula e Daniela Poslednik, por me proporcionar sorrisos diários e leveza na alma.

RESUMO

A pandemia ocasionada pelo vírus COVID-19 inegavelmente trouxe reflexos políticos, jurídicos e sociais em todo o país e no mundo, de sorte que as balizas traçadas na Constituição Federal de 1988 nunca se fizeram tão importantes e fundamentais para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos no que diz respeito ao direito social à saúde, prevista nos artigos 6º e 196, da Carta Magna. As medidas sanitárias para conter a disseminação do vírus altamente contagioso e letal, como a restrição ao direito de locomoção e circulação dos cidadãos em território nacional, envolveu o polêmico tema concernente a vulneração ao direito fundamental de liberdade, previsto não só na norma positivada no direito interno como no Tratado Internacional do Pacto de San José da Costa Rica do qual o Brasil é signatário. Assim, o presente trabalho se dedica a debater, com esteio no método de ponderação das normas fundamentais e análise de casos práticos, o conflito entre direitos fundamentais e a atuação dos Entes da Federação na resolução dos conflitos em um sistema de cooperação e harmonia entre os Poderes da República.

Palavras Chave: Direitos Fundamentais; Pandemia Covid-19; Direito de locomoção; Direito à Saúde; Método de ponderação; Repartição de competências entes federativos.

ABSTRACT

The pandemic caused by the COVID-19 virus has undoubtedly impacted the country and the world politically, legally and socially to such an extent that the objectives outlined in the 1988 Federal Constitution has never been so significant and critical to secure the fundamental rights of individuals with regard to the social right to health, provided for in articles 6 and 196, of the Brazilian Constitution. The sanitary measures to contain the spread of the highly-contagious, lethal virus, such as the restriction on the right of citizens to move and travel around the national territory, involved the controversial issue concerning the violation of the fundamental right of freedom, provided for not only in the Brazilian law, but also in the International Treaty of the San José Pact of Costa Rica, to which Brazil is a signatory. Thus, this essay is dedicated to discuss, based on the method of balancing of fundamental rights and analysis of practical cases, the conflict between fundamental rights and the role of the Federated States in the resolution of conflicts in a system of cooperation and harmony between the Powers of the Republic.

Keywords: Fundamental Rights; Covid-19 Pandemic; Freedom of movement; Right to health; Balancing method; Distribution of powers between federated states.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. O SISTEMA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
1.1. Do direito fundamental: conceito e distinções.	03
1.2. As dimensões dos direitos fundamentais	06
1.2.1. Dos direitos fundamentais da primeira dimensão.	09
1.2.2. Dos direitos fundamentais da primeira dimensão.	11
1.2.3. Dos direitos fundamentais da primeira dimensão.	13
1.3. Das garantias constitucionais.	16
2. DO DIREITO À LOCOMOÇÃO E À SAÚDE.	
2.1. Conceito e panoramas normativos do Direito à Liberdade de Locomoção e de circulação	21
2.2. Conceito e panoramas normativos do Direito Social à Saúde	31
2.2.1. Implementação do direito social à saúde no Brasil.	37
3. DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM ÉPOCA DE CRISE SANITÁRIA: PONDERAÇÃO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE <i>VERSUS</i> DIREITO À SAÚDE	39
4. DA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE RESTRIÇÕES DE DIREITOS EM TEMPOS DE PANDEMIA.	
4.1. Da repartição dos entes federativos.	48
4.2. A Lei nº. 13.979/2020 e a cooperação dos entes federativos: ADI 6343 e ADPF 672.	52
4.2.1. Do bloqueio de acessos aos Municípios por Decretos Municipais e da restrição do exercício da liberdade de locomoção por decisão judicial de magistrados de Municípios contíguos de rodovias interestaduais e intermunicipais: Legalidade ou abuso de poder.	62
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

O sistema constitucional vigente compreende no conjunto de normas jurídicas que regulam a ordem e a paz pública do Estado. Prestigia as liberdades, a forma federativa de governo, a autonomia, harmonia e cooperação entre os Entes Federativos na busca de um Estado justo, igualitário e fiel ao princípio da dignidade humana.

Além do compromisso assumido no sistema normativo positivado, o Estado se comprometeu institucionalmente com as Convenções e Tratados Internacionais que definem preceitos e obediência a regras traçadas que visam assegurar os direitos humanos.

Nesse aspecto, serão aprofundados os temas relativos aos direitos fundamentais e a sua evolução como regras definidoras que limitam o poder de interferência do Estado sobre o indivíduo, assim como estipulam ações a serem adotadas a fim de garantir a subsistência e evolução humana no aspecto social, econômico e cultural.

O breve regresso histórico dos direitos fundamentais, possibilitar-se-á analisar como e o porquê são consagrados e respeitados determinados e específicos direitos e o grau de importância que isso reflete na vida do cidadão.

Da mesma forma, será indispensável adentrar na esfera das garantias constitucionais previstas no ordenamento jurídico vigente – Constituição Federal de 1988 – como instrumentos e medidas assecuratórias previstas na legislação com o fim de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais.

Essas premissas darão o norte para a reflexão e debate do tema proposto, sobre a possibilidade de os direitos fundamentais, por serem regramentos positivados na Carta Magna do Estado e preceitos de ordem “supranacionais”, serem suplantados quando existentes outras circunstâncias que colocam em risco a vulneração de outra norma fundamental.

Atualmente a população mundial, e não só os cidadãos brasileiros, enfrentam uma grave e intensa crise sanitária com a disseminação do vírus SARS CoV-2: Covid-19, altamente contagioso e letal, que ensejou a tomadas de diversas medidas não só de prevenção ao contágio da doença, como de evitar a dissipação da contaminação, garantindo a prestação dos serviços de atendimento, de urgência e emergência da saúde pública.

Para tanto os Estados do mundo todo adotaram políticas restritivas de direitos de liberdade de locomoção e circulação dentro de seu território como forma de conter a propagação da doença consoante orientações técnicas da Organização Mundial de Saúde - OMS.

Nesse sentir, será debruçada a forma de resolução de aparente conflito firmado pela doutrina nos casos de notória colisão direta entre princípios e direitos fundamentais e a técnica de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade na busca de solucionar a questão.

Constatar-se-á, ainda, que embora determinados direitos fundamentais constitucionais não sejam absolutos, é necessário o respeito e obediência a determinados requisitos para a sua restrição ou suspensão, assim como os órgãos jurisdicionais e os Entes Federativos devem agir em atenção máxima aos postulados da cooperação e harmonia entre os Poderes, sem que um exerça sobremaneira atuação em detrimento de outro na busca de assegurar o direito à saúde.

Desta forma, para que seja verificado se os entes da federação estão adotando as medidas indispensáveis e necessárias para a resolução da ordem e que tais providências não estão dotadas de excessos, imperiosa a análise das repartições de competência legislativa no Estado Federal e análise profícua de casos práticos sobre eventuais violações às competências dos Poderes da República na administração da crise sanitária e exacerbação de violação aos direitos individuais.

1. O SISTEMA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1.1. Do direito fundamental: conceito e distinções.

O direito consiste no conjunto de sistema normativo, cujas normas estabelecem divisões dogmáticas do universo jurídico conhecidas como ramos da ciência jurídica, sendo o direito constitucional pertencente ao núcleo do Direito Público.

A especificidade do seu objeto e peculiaridade dos princípios norteadores do direito, tornam o direito constitucional a fonte de organização e funcionamento do Estado, *“e suas normas constituem uma ordem em que repousam a harmonia e a vida do grupo, porque estabelece equilíbrio entre seus elementos¹.”*

Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA², sendo a constituição do Estado a lei fundamental que regerá os elementos essenciais da vida em sociedade, pode-se defini-la como sendo:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Neste aspecto, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabeleceu dentro do seu conjunto de normas positivadas os direitos fundamentais, incorporando em seu Título II a temática dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, tratando em seus capítulos subsequentes sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

¹ AGESTA, Sánchez. *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37.

Não é raro encontrar entre doutrinadores, e até mesmo no direito positivo constitucional ou internacional, outras expressões utilizadas para se referir aos direitos fundamentais, tais como: “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais do homem” entre outros diversos termos para determinar a terminologia e conceito adequados para definir o que, afinal, seria direito fundamental.

Apesar de a nossa Constituição da República possuir diversidade semântica no que diz respeito as categorias dos direitos fundamentais, o direito constitucional positivado em nossa Carta Magna estabelece como terminologia no seu Título I “dos Princípios Fundamentais”, bem como no seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo certo dizer, portanto, que as demais expressões utilizadas pela doutrina se referem às espécies do direito constitucional positivado.

Além do mais, as terminologias explicitadas pouco abrangem o conceito técnico-jurídico preciso a ser dado à expressão direitos fundamentais, eis que são termos que conotam direitos individuais isolados, limitativos e insuficientes para exprimir a ideia de reconhecimento coletivo dos direitos do ser humano positivados constitucionalmente em determinado Estado de Direito.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA³ a expressão direito fundamental do homem é a mais adequada, porquanto resume a concepção de mundo e de ideologia política de cada ordenamento jurídico.

é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

Nessa ideia de direitos fundamentais da pessoa humana, dispõe o artigo 17, da Constituição Federal que *“é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos (...)”*

Embora grande parte da dogmática jurídica utilize os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos, é importante esclarecer que tais denominações e conceitos se diferem de forma tênue, talvez seja essa a razão pela qual haja confusão entre as duas nomenclaturas que regem os direitos da pessoa humana.

Segundo INGO WOLFGANG SARLET⁴, atualmente assume certa relevância a necessidade de clarificação das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

Comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspira, à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

BITTENCOURT⁵ preleciona que *“direitos fundamentais consistem em preceitos jurídicos necessários para que a pessoa humana se realize de forma plena, num ambiente de liberdade, dignidade e igualdade”*, pode-se acrescentar à lição que se trata do conjunto de regramentos institucionalmente positivados, reconhecidos e delimitados, espacial e temporalmente, dentro de uma ordem jurídica de um Estado.

A distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” reside na aplicação das normas no tempo e espaço, visto que para ambos os institutos o seu titular é o ser humano. Em sendo os direitos fundamentais normas que visam resguardar, de certa

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2008. p. 35.

⁵ BITTENCOURT, M. V. C. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 57.

forma, os direitos humanos, distingue-se deste por conter institutos mais precisos e restritos, na medida em que constituem conjunto de direitos e liberdades garantidos no direito positivo de um determinado Estado⁶, enquanto que os direitos humanos detêm contornos amplos e gerais, cujas normas são aplicáveis a todos os seres humanos indiscriminadamente, de forma que aspiram à validade universal.

O professor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁷ esclarece a distinção das expressões de direitos do homem e direitos fundamentais constantemente utilizadas como sinónimos pela doutrina.

As expressões “direito do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Os **direitos fundamentais**, portanto, se consubstanciam na ordem jurídica indispensável para assegurar à pessoa humana a existência de forma digna, livre e igualitária, e tem seu alicerce no direito reconhecido no âmbito do direito constitucional positivo do Estado, por tal razão eles são considerados **inatos, absolutos, invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis**.

1.2. As dimensões dos direitos fundamentais.

A teoria do direito fundamental advém de longo período, evolução histórica da sociedade, transformação das instituições políticas e jurídicas. Surge da necessidade do

⁶ Pères Luño. A. E. Pères Luño, **Los derechos fundamentales**, p. 46-7. *Apud.* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2008. p. 37

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. p. 461.

moderno Estado constitucional reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do homem⁸ contra o abuso absoluto do poder soberano.

ALEXANDRE DE MORAES⁹ leciona que os direitos fundamentais “*surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural*”

Nesse contexto, as primeiras constituições do Estado emergiram das necessidades básicas dos cidadãos e, a partir de então, passaram por diversas mutações umbilicalmente vinculadas às transformações geradas pela evolução do Estado Liberal para o moderno Estado de Direito, além do cenário de industrialização, impacto tecnológico, científico e descolonialização¹⁰.

Para resguardar o homem do poderio do Estado, garantindo-lhe o respeito, a dignidade e preservação de suas necessidades individuais, sociais, econômicas e culturais, é que surgiram as diversas dimensões dos direitos fundamentais. Nas palavras de VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR e LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO¹¹:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Os direitos naturais inerentes ao ser humano nas primeiras constituições se transmudaram de acordo com o processo gradativo de crescimento e desenvolvimento das sociedades, e como tal, se tornou indispensável o seu reconhecimento progressivo,

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. op. cit. p. 42.

⁹ MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. op. cit. p. 43.

¹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

cumulativo e complementar, daí a concepção de “dimensões” dos direitos fundamentais positivados¹².

De acordo com a doutrina de NORBERTO BOBBIO¹³ há diversas fases do desenvolvimento dos direitos do homem e essas fases correspondem ao processo de conversão dos direitos naturais em positivos.

A primeira fase corresponde a teoria filosófica atinente aos direitos do homem “*são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para o futuro legislador*”.¹⁴

Para o doutrinador a segunda fase é correspondente a transição da teoria para a prática, sendo que a “*afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece*”.¹⁵

E a terceira fase se apresenta como universal e positiva:

universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em momento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.¹⁶

A partir da positivação dos direitos fundamentais individuais houveram transmutações de gerações, e os direitos, até então positivados, já não atendiam aos

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. Ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2008. p. 52.

¹³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 29.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 30.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 30.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 30.

contornos e anseios da sociedade notadamente nos aspectos liberais, sociais, solidários e econômicos.

Neste contexto, surgiu a concepção de “dimensões” dos direitos fundamentais, e a terminologia utilizada se deve ao fato de que, embora as mudanças tenham sucedido em gerações diversas, os direitos individuais positivados não deixaram de existir, tampouco perderam sua eficácia, mas passaram a coexistir com os demais direitos novos consagrados pelo Estado.

São dimensões dos direitos fundamentais porquanto não se nega o caráter progressista e complementar dos contemporâneos direitos fundamentais com as novas gerações, razão pela qual o melhor termo para definir essas mudanças são direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.

1.2.1. Dos direitos fundamentais da primeira dimensão.

A doutrina classifica os direitos fundamentais de primeira dimensão como sendo aquelas normas que norteiam as liberdades do indivíduo em relação ao Estado.

Surge com o Estado Liberal do século XVIII, cujo marco foi a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os quais instituíram os direitos do homem e não somente os deveres de respeito e obediência às leis. Grandes pensadores, tais como Montesquieu, Thomas Jefferson, Locke, Kant e Rosseau lutaram contra o poder arbitrário e despótico e afirmavam que os cidadãos possuíam direitos naturais que deveriam ser reconhecidos, protegidos e consagrados pelo Estado¹⁷

¹⁷ COSTA, André Luís Macedo Pereira da. **As dimensões dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 fev 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51672/as-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 20 fev 2021.

CELSO LAFER¹⁸ ensina que essa nova ótica não mais se refere a *ex parte principis*, passando a vigorar a ideia de *ex parte populi* como resultado do movimento revolucionário burguês, e “*são vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social*”.

Com o ingresso dos direitos de primeira dimensão na ordem jurídica, estabeleceu, consoante observa AVELAR¹⁹:

um campo de impossível ingerência do Estado. Existe aqui um puro domínio particular, onde o indivíduo é livre e senhor de si; há uma barreira de proteção do indivíduo contra o Estado. Exige-se, pois, a abstenção do Estado à intromissão na seara privada.

Para NORBERTO BOBBIO²⁰ se trata de liberdade negativa do cidadão contra o poder do Estado, representada pelos direitos civis e políticos garantidos expressamente ao homem.

A situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos. Consiste em fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido jurídico, permitem ou não proíbem (e, enquanto tal permitem não fazer).

O Estado absolutista predominante na época cedeu lugar ao Estado Liberal com o advento dos direitos civis e políticos oponíveis à opressão do indivíduo, se tornando a nova ordem positivadas nas constituições Estaduais a guardiã das liberdades individuais fundadas na liberdade, fraternidade e igualdade como condição natural do homem.

Nas palavras de VICENTE DE PAULO BARRETTO²¹, os direitos civis e políticos individuais podem ser conceituados como:

¹⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 125-126.

¹⁹ AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009. p.94.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 49.

²¹ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 243.

Direitos individuais correspondem a direitos do indivíduo. São os direitos inerentes à individualidade humana ou à individualidade social: direitos fundamentais ou constitucionais; direitos da pessoa ou do cidadão; direitos que não resultam da vontade particular, por atos ou contratos, mas da própria existência na espécie, na sociedade e no Estado.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão visam, portanto, assegurar o princípio da liberdade do indivíduo, enfatizado pelos direitos civis e políticos, impondo ao Estado a abstenção de vedar direitos básicos do cidadão no que pertine a liberdade, a vida, a religião e a participação política.

São direitos de cunho negativo assim classificados como de primeira dimensão: o direito à vida, à liberdade coletiva (o que inclui a liberdade de locomoção, expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, dentre outros), à propriedade (inviolabilidade de domicílio), à intimidade e à igualdade perante a lei.

1.2.2. Dos direitos fundamentais da segunda dimensão.

O direito fundamental da segunda dimensão adveio dos gravames oriundos do impacto industrial e capitalismo gerado com o desenvolvimento da sociedade no século XX. Isso se deu em virtude da ausência de mecanismos para assegurar os direitos fundamentais originados nas constituições da primeira dimensão. Enquanto a primeira dimensão preocupou-se em garantir as liberdades individuais e o não intervencionismo do Estado nos assuntos particulares, a segunda, agora, destinou-se a equilibrar a balança da desigualdade social e garantir, de fato, o gozo dos direitos da primeira dimensão.

A distinção desses direitos reside na sua dimensão positiva e de “liberdades sociais”, na medida em que não se busca evitar a intervenção do Estado na vida do indivíduo (primeira dimensão – liberdades negativas clássicas), mas sim de assegurar o direito de prestações sociais e de liberdade por intermédio do Estado²².

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. op. cit. p. 55.

Essa fase está diretamente interligada com os amplos movimentos reivindicatórios e de reconhecimentos de direitos pelos trabalhadores operários e sindicais das indústrias contra a exploração da classe burguesa dominante, ante a indiferença e inércia do Estado frente a opressão da burguesia que gerou grandes injustiças sociais e desigualdade na distribuição de riquezas.²³.

Nesse contexto, a classe operária e trabalhadora exigiu a intervenção do Estado garantidor das políticas públicas asseguradas no conteúdo normativo das constituições da primeira dimensão, no sentido de possibilitar as conquistas sociais e econômicas por intermédio de leis trabalhistas e previdenciárias.

Ou seja, não se tratava de apenas admitir a existência dos direitos jusnaturalistas, mas a exigência de atuação positiva do Estado para o bem-estar social.

Os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais que resultam da superação do individualismo possessivo decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do século XIX e início do século XX, especialmente pela crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução Industrial.²⁴

Segundo a doutrina de NORBERTO BOBBIO²⁵ a segunda dimensão dos direitos fundamentais consiste na concepção de igualdade em estrito material, e *“a expressão igualdade de direito é usada em contraposição da igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material.”*

Para PAULO BONAVIDES os direitos fundamentais da segunda dimensão abrangem os clássicos direitos de liberdade e igualdade, porém num sentido material²⁶. Isso quer dizer que abrange muito mais do que os direitos de cunho prestacional, abarcam os

²³ OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A era dos direitos em Norberto Bobbio: fases e gerações**. 2010. 253 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 69. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/11843>>. Acesso em: 21 fev 2021.

²⁴ GUERRA, Saldivar. **Direitos Humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.166

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. op. cit. p. 30.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2017. p.518

direitos sociais em sentido amplo à pessoa individual, como por exemplo a liberdade de sindicalização, do direito de greve, férias remuneradas, repouso semanal, limitação do salário mínimo, além de outras prerrogativas consagradas nessa fase de direitos econômicos, sociais e culturais.²⁷

A segunda dimensão constitui, portanto, uma nova concepção de Estado no ideário de igualdade, garantindo ao indivíduo as prestações como assistência social, saúde, educação e trabalho digno, partindo do Estado Liberal de garantias abstratas e formais para o Estado pós-guerra com liberdades materiais e concretas com vistas a compensar a desigualdade gerada entre as relações de empregados e empregadores.

Com o reconhecimento do direito a seguridade social e trabalho como direitos fundamentais individuais de caráter material, a sociedade necessitou reconhecer direitos fundamentais de caráter universal, passando a incorporar a concepção de uma nova dimensão de direitos fundamentais.

1.2.3. Dos direitos fundamentais da terceira dimensão.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão são também conhecidos como direitos da fraternidade e solidariedade, e estão vinculadas ao fim da Segunda Guerra Mundial e as necessidades das entidades de garantir a paz e proteção aos direitos coletivos dos povos.

Após a Primeira e Segunda Guerra Mundial ficou cada vez mais clarividente a imprescindibilidade de internacionalização de direitos a fim de estabelecer mecanismos de controle e manutenção de diálogos entre as nações com o objetivo de manter a paz, evitar a guerra e a consequente violação de direitos contra a vida.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. op. cit. p. 55.

É nesse contexto que surge a terceira dimensão dos direitos fundamentais, com o ideal de fraternidade entre os povos, caracterizando como titulares os sujeitos de direito difuso:

Os direitos humanos de terceira geração são aqueles direitos de titularidade coletiva. O titular destes direitos deixa de ser a pessoa singular, passando a sujeitos diferentes do indivíduo, ou seja, os grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.²⁸

Segundo LIGIA GALVIS ORTIZ²⁹ o *“sujeito de direito internacional é aquele que tem capacidade de ser titular de direitos e obrigações na ordem internacional e reivindicar seus direitos ante a jurisdição internacional”*

Com essa internacionalização dos direitos do homem criou-se a concepção que o único sujeito de direito internacional era o Estado, sendo os indivíduos apenas o objeto a ser tutelado, contudo essa teoria foi se transformando com o transcurso do tempo para também estabelecer como sujeito garantidor de direito internacional dos homens as organizações mundiais, tais como: Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Internacional do Trabalho (OIT), Cruz Vermelha, dentre outros.

No mesmo movimento de desenvolvimento das sociedades na primeira e segunda dimensão, incumbiu aos Estados, além de estabelecer e positivizar direitos naturais e as liberdades individuais, adotando medidas para garantir a sua aplicabilidade e executoriedade, implementar políticas no que se referem aos interesses difusos e da humanidade.

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão se destacam o direito à paz, ao meio ambiente e qualidade de vida. A distinção dessas fases reside na sua titularidade coletiva que, por vezes, pode ser indefinida e indeterminável, motivo pelo qual são usualmente conhecidos como direito de solidariedade, pois compreende *“de modo especial,*

28 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 131

29 ORTIZ, Ligia Galvis. **Comprensión de los Derechos Humanos**. Bogotá: Autora, 2005. p. 93. *Apud* OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A era dos direitos em Norberto Bobbio: fases e gerações**. 2010. 253 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 121.

*em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”.*³⁰

Nessa senda, se busca tutelar os direitos do ser humano enquanto gênero espécie humana, não se limitando ao indivíduo ou determinada sociedade. Assim esclarece PAULO BONAVIDES³¹

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

os direitos da terceira geração são aqueles ligados a fraternidade, a solidariedade e, surgiram para atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e as subdesenvolvidas, por meio da colaboração dos países ricos com os países pobres.

Não diferente são as perspectivas postas por PIETRO DE JESUS LORA ALARCON³², sobre a necessidade de tutelar em caráter universal os direitos fundamentais difusos ante os progressos tecnológicos.

a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**op. cit. p. 57.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2017. p.523

³² ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 81. *In* LURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/os-direitos-fundamentais-suas-dimensoes-e-sua-incidencia-na-constituicao/#_ftn23. Acesso em: 21 fev 2021.

Assim, na corrente da positivação de direitos fundamentais por intervenção do Estado, nessa terceira dimensão buscou tutelar os interesses difusos, notadamente aqueles direitos referentes aos grupos mais vulneráveis como a criança, o idoso, o deficiente físico, cujos núcleos detêm interesse da humanidade.

1.3. Das garantias constitucionais.

As garantias consistem nas disposições que visam assegurar a defesa dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, porquanto ocorrerão situações em que as prerrogativas conferidas pelo legislador ordinário serão questionadas e violadas³³ pelo Estado.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade [...]”*

Enquanto os direitos fundamentais se consubstanciam em normas dotadas de garantias para a coexistência da pessoa humana de forma livre, digna e igualitária, as garantias se revestem de normas de caráter assecuratório na limitação do poder em defesa dos direitos fundamentais³⁴.

Segundo SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA³⁵:

aos direitos fundamentais associam-se as chamadas *garantias*, direitos instrumentais que servem à sua proteção e efetivação. Elas consistem geralmente em ações – extrajudiciais (como o direito de resistência) ou judiciais (v.g. *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*) – a princípio pertinentes à jurisdição

³³ HAURIOU, Maurice. *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p.186

³⁴ Como ensina Sampaio Dória *“os direitos são garantias, e as garantias são direitos, ainda que se procure distingui-los.”* *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 186.

³⁵ CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. **Fundamentos de direito constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 186.

(v.g. o art. 5º XXXV da CB 88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e ao modo como se exerce a ação em juízo (v.g. plenitude da defesa, direito ao contraditório”;

As garantias dos direitos fundamentais se classificam em dois grupos: 1) as garantias gerais e 2) as garantias constitucionais, estas, por sua vez, se dividem em dois subgrupos de *garantias constitucionais gerais* e *garantias constitucionais especiais*.

JOSÉ AFONSO DA SILVA³⁶ distingue-as como sendo garantias que asseguram a eficácia social e outras que garantem a defesa de direitos mediante procedimentos garantidos na própria Constituição.

(1) *garantias gerais*, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais “se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais”; o conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais, trata-se de estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada agora no art. 1º.

(2) *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, terminações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais.

Assim o ilustre doutrinador conceitua garantias constitucionais como sendo o conjunto de normas que “*caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais*”.³⁷

Na mesma linha, PAULO BONAVIDES³⁸ delinea que tais garantias estão no topo do ordenamento jurídico, motivo pelo qual todos os titulares dos Poderes da República devem obediência.

A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam,

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 188.

³⁷ *Idem, Ibidem*, p. 189.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. op. cit. p. 586.

tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege.

As garantias constitucionais são, portanto, os remédios assecuratórios que protegem e amparam os exercícios das liberdades dos cidadãos e que tem seu alicerce no direito reconhecido no âmbito do direito constitucional positivo do Estado³⁹. Desta forma, tem por escopo restringir o poder na defesa das normas e direitos que formam o sistema constitucional, seja de forma geral ou específica.

Conceitua-se as *garantias constitucionais gerais* como sendo aquelas destinadas a garantir o respeito aos direitos fundamentais relativos à toda extensão da pessoa humana. Enquanto que as *garantias constitucionais especiais* são garantidas por intermédio de normas e procedimentos técnicos específicos que impõe restrição ao Estado ou à particulares a fim de proteger a eficácia do direito fundamental.

Nesse sentido conceitua JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴⁰ sobre os tipos de garantias constitucionais.

Garantias constitucionais gerais são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão. *Garantias constitucionais especiais* que são prescrições constitucionais estatuidas técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos.

E, ainda, afirma que as garantias constitucionais especiais “*são os autênticos direitos públicos subjetivos, no sentido da doutrina clássica, porque, efetivamente, são concedidas pelas normas jurídicas constitucionais aos particulares para exigir o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto*”⁴¹, o que, em última

³⁹ BRUNIALTTI, Attilio. **Guia para o Estudo do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 148.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 188

⁴¹ *Idem, Ibidem*, p. 189.

análise, corresponder-se-á a certa imposição ao Estado de fazer ou não fazer atuações e vedações com vistas a garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais positivados.

Para PAULINO JACQUES⁴² na classificação das garantias especiais se destacam:

- a) as garantias criminais preventivas, que são a legalidade da prisão a comunicabilidade da prisão, a plenitude da defesa, a inexistência de foro privilegiado, o júri;
- b) as garantias criminais repressivas, que abrangem a individualização, a personalização e a humanização da pena, a inexistência de extradição de brasileiro e de estrangeiro por crime político ou de opinião.
- c) as garantias tributárias, que abarcam a legalidade do tributo e a de sua cobrança;
- d) as garantias civis, abrangendo o mandado de segurança, a assistência judiciária gratuita, o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a ciência dos despachos e informações respectivas, a expedição de certidões, o direito de representação e a ação popular”.

Não obstante os tipos de garantias constitucionais esclarecidas alhures, oportuno destacar a existência de duas classificações de garantias constitucionais de caráter individual e a de caráter coletivo, social e político.

A garantias constitucionais individuais, segundo José Afonso da Silva, consagra-se na positivação jurídica dos direitos do homem que se reveste de garantia preconizada na Carta Magna em uma relação jurídica entre governado (sujeito ativo) e o Poder do Estado (sujeitos passivos). Logo, são os meios, instrumentos, procedimentos e instituições com vistas a garantir o respeito, efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais⁴³ estabelecidos nos incisos do artigo 5º, da Constituição da República.⁴⁴

Têm por objetivo garantir o princípio da legalidade, proteção judiciária, estabilidade dos direitos subjetivos e segurança jurídica por meio de remédios

⁴² JACQUES, Paulino. **Do Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 453

⁴³ Os direitos individuais são classificados como aqueles direitos positivados no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, no qual institui como objeto imediato a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade, como garantias assecuratórias.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 419.

constitucionais, tais como o direito de petição; *habeas corpus*; mandado de injunção; *habeas data*; e mandado de segurança individual.

Já as garantias constitucionais coletivas se destinam a assegurar os direitos coletivos, caracterizados como direitos sociais, neles incluídos o direito à energia, saneamento básico, ao meio ambiente equilibrado, preservação histórica e cultural da coletividade, direito de reunião e sindicalização, dentre outros tantos direitos assegurados nos incisos do artigo 5º., da Carta Magna, cujas positivizações são garantidas por intermédio do mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação popular⁴⁵.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁴⁶ esclarece que, sob o ponto de vista da proteção jurídica constitucional, as garantias coletivas não garantem ao particular os direitos no plano subjetivo autônomo, eis que estes estão inseridos no espaço existencial do cidadão, independentemente da exequibilidade imediata.

É uma distinção clássica da doutrina alemã. As chamadas *garantias institucionais* (*Einrichtungsgarantien*) compreendiam as garantias jurídico-públicas (*Institutionnelle Garantien*) e as garantias jurídico-privadas (*Institutsgarantien*). Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos a uma pessoa directamente; as instituições *como tais* têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autónoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia académica, são instituições protegidas directamente como realidades sociais objectivas e só, indirectamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais. [...]

No entanto, o sentido da proteção das garantias institucionais aproximava-se da proteção dos direitos fundamentais quando se exigia, em face das intervenções limitativas do legislador, que permanecesse intocável o “mínimo essencial” das instituições.

Nesse aspecto se tem que as garantias constitucionais individuais e coletivas estabelecidas pelo constituinte ordinário são instrumentos que proporcionam a segurança jurídica, asseguram o gozo de direitos violados ou em vias de serem ofendidos, seja por órgão público ou por particulares.

⁴⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 127.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. p. 432-433

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E À SAÚDE.

2.1 Conceito e panoramas normativos do Direito à Liberdade de Locomoção e de Circulação.

A liberdade se reveste de imenso caráter histórico, visto que se transmuda e amplia a sua concepção à medida que a atividade humana evolui e se fortalece como sociedade.

Por um breve histórico dos últimos séculos, revela-se que a liberdade nasce em berço aristocrático e cresce pela burguesia. O Estado moderno surge do aniquilamento do feudalismo associado ao poder real absoluto do monarca, cujo poder, por sua vez, foi sucedido historicamente pelo surgimento do Estado Liberal com a deflagração da Revolução Francesa de 1789, marco do advento de nova ordem de direitos individuais com a positivação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão no mesmo ano, constituindo caráter universal e divulgando nova ideologia baseada na separação de poderes e nos direitos fundamentais individuais⁴⁷.

Como visto, o direito à liberdade é emanado da evolução histórica a partir da concepção dos direitos da primeira dimensão, os quais visavam proteger o indivíduo contra o autoritarismo estatal, no sentido de este se abster de praticar atos atentatórios ao livre exercício de liberdade da sociedade.

Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado. Esse estado de coisas alterou-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, em que as massas operárias assumem relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de reivindicações: o sindicato. A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender o bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade.** In Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, 2000.p. 37.

fundamentais e, em última análise garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos – sociais complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um dare, prestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.⁴⁸

A liberdade sendo considerada direito fundamental da primeira dimensão constituída a partir do marco da Revolução Francesa, pode ser definida como autoridade legítima que consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral⁴⁹. Assim, JOSÉ AFONSO DA SILVA conceitua que liberdade “*consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*”⁵⁰.

O direito fundamental de liberdade, além de norma jurídica internalizada e positivada no Estado Democrático (artigo 5º, *caput*, da Carta Magna), também se constitui de preceito de direitos individuais garantidos de forma universal, estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução nº. 217 A (III) no ano de 1948, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que o Brasil aderiu por meio do Decreto nº 678/92.

A consagração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, revestiu de caráter universal os direitos fundamentais de liberdade, estabelecendo em seu preâmbulo a liberdade como direito da maior essencialidade para garantir a dignidade da pessoa humana no gozo de seus direitos iguais e inalienáveis contra os abusos, tiranias e opressões do poder dos Estados, promovendo-se, assim, a paz no mundo⁵¹.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 36-37.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 232.

⁵⁰ *Idem, Ibidem*, p. 232.

⁵¹ “Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Estabelece o artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.*”, assim como preconizou expressamente em seu artigo 3º que “*todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*”.⁵²

Na mesma toada, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁵³, da qual o Brasil é signatário, dispõe em seu artigo 1º, §1º, a obrigação dos Estados-Partes de respeitar os direitos e liberdades dos indivíduos sem embargo de cor, credo, raça e opinião política, econômica e social de qualquer natureza.

Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos.

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A liberdade na concepção pós-moderna volta-se ao elemento do poder de escolha e decisão do indivíduo dentre as diversas possibilidades condicionadas às circunstâncias

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.”

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução nº. 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 28 fev. 2021.

⁵² Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução nº. 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 28 fev. 2021.

⁵³ Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 28 fev. 2021.

naturais, culturais, econômicas, sociais e históricas, e que envolvem o aspecto objetivo de decidir, de forma que seria possível estabelecer, em sentido amplo, que a liberdade pressupõe a consciência do homem no poder de decisão. Nos dizeres de MARILENA CHAÚÍ⁵⁴ “a liberdade é a consciência simultânea das circunstâncias existentes e das ações que, suscitadas por tais circunstâncias, nos permitem ultrapassá-las”.

JEAN RIVERO⁵⁵ define o direito à liberdade como “o poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Essa concepção adveio da reação da burguesia contra as violações absolutistas e desmandos do Estado às liberdades individuais.

Essa ideia de direito fundamental de liberdade é subjetiva e inerente ao homem. Para os jusnaturalistas o direito de liberdade subjetivo é um direito natural, eterno e absoluto, válido para todos os homens, em todos os tempos e lugares, sem interferências externas. É, pois, a perseguição da felicidade pessoal em harmonia com a consciência de cada indivíduo.

O direito de liberdade encontra, portanto, uma dicotomia entre o direito de liberdade interno (subjetivo) e externo (objetivo), pois enquanto o primeiro é idealizado pelo *livre-arbítrio* e manifestação de vontade do mundo interior do homem, a segunda liberdade (objetiva) são as condições legalmente impostas ao indivíduo para sua atuação frente à opção escolhida⁵⁶, cabendo ao Estado assegurar a esses grupos a liberdade por meio de regras e leis objetivas.

A liberdade subjetiva é a liberdade do querer entre duas possibilidades opostas colocadas exclusivamente ao campo de escolha do indivíduo, porém essa liberdade encontra limitação, obstáculo ou coação pela liberdade objetiva, leis destinadas a estabelecer freios ao agir livremente do homem para que não ocorra o aniquilamento dos indivíduos mais fracos.

⁵⁴ CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**, 1999, p. 357 e ss *Apud* BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade**. In Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, 2000.p. 36.

⁵⁵ RIVERO, Jean. **Les libertés publiques. Droits de l'homme**. *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 233.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 231.

PLÍNIO DE OLIVEIRA CORRÊA⁵⁷ compara as duas liberdades como sendo a primeira ampla e abstrata, e a segunda como restrita e objetiva, estando interligada ao bem comum coletivo, num contexto social, e não exclusivamente ao direito individual do ser humano.

Considerando que a liberdade consiste na ausência de coação anormal e ilegítima do homem, as leis gerais e absolutas que limitam de certa forma esse direito fundamental há de ser moralmente legitimadas e consentidas pela sociedade. MONTESQUIEU, esclarece:

A liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer. **Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem.**⁵⁸

Essa noção de liberdade está positivada no inciso II, do artigo 5º, da Constituição da República, que, na mesma toada, também estabelece o princípio da legalidade, pelo qual *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Trata-se referida norma de preceito constitucional da liberdade objetiva no direito brasileiro em que, para LUIS ROBERTO BARROSO⁵⁹, *“se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.”*

Cogitada norma expressa no texto constitucional brasileiro é considerado como um dos preceitos mais importantes dentro da normativa constitucional, por estabelecer num só momento a liberdade de ação (liberdade-base), que consiste na liberdade geral de poder

⁵⁷ CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 15

⁵⁸ CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998. p. 139.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade**. op. cit. p. 44.

atuar, fazer e agir do indivíduo⁶⁰, como também confere mecanismos e fundamentos jurídicos objetivos controladores à essas liberdades individuais, impondo freios e limites legítimos a estas garantias por meio de leis formadas mediante consentimento popular e regular processo legislativo.

a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico. A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico. Desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada. Nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos.⁶¹

Portanto, o indivíduo que escolher viver em uma comunidade socialmente organizada terá o dever conciliar a sua liberdade individual e se submeter à vontade das garantias individuais coletivamente legítimas e provenientes do Poder Legislativo dentro desse contexto social.

Nesse aspecto, o direito fundamental de liberdade no sistema constitucional de caráter objetivo e positivado podem ser distinguidos em *formas de liberdades* nos grupos de: (i) liberdade da pessoa física; (ii) liberdade de pensamento; (iii) liberdade de expressão coletiva; (iv) liberdade de ação profissional; e (v) liberdade de conteúdo econômico e social.

Assim, uma das formas de liberdades garantidas como direitos fundamentais individuais que interessa a esse estudo se refere à liberdade da pessoa física, consistentes nas as liberdades de locomoção e de circulação.

⁶⁰ Nos dizeres de José Afonso da Silva se trata da liberdade-matriz, do qual decorre do princípio de que *todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine o contrário.* (In **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 237)

⁶¹ *Idem, Ibidem*, p.236.

O Pacto de São José da Costa Rica⁶², instituiu em seu artigo 7º sobre o direito à liberdade pessoal e estabelece em seus parágrafos primeiro e segundo que toda pessoa humana tem direito à liberdade física.

ARTIGO 7. Direito à Liberdade Pessoal.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos preconiza em seu artigo 22 sobre o direito de circulação e de residência da pessoa humana, estabelecendo em seu parágrafo primeiro que *“toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir conformidade com as disposições legais.”* E, em complemento, no seu parágrafo segundo, sedimenta que *“toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio”*⁶³

Tais disposições se coadunam às normas positivadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos sobre o direito fundamental individual de locomoção e circulação de pessoas perante território nacional e estrangeiro⁶⁴, no qual estabelece que ninguém será embaraçado de sua liberdade física de se locomover dentro das fronteiras dos Estados-Partes, assim como todo indivíduo detém o assegurado direito de poder regressar à sua Pátria.

JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶⁵ delinea noção de liberdade da pessoa física como sendo a *“possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território*

⁶² Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 28 fev. 2021.

⁶³ Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 28 fev. 2021.

⁶⁴ “Artigo 13.

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.”

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 237.

nacional”, o que, neste contexto, inclui a possibilidade de todo ser humano consciente e detentor do seu direito de liberdade, poder entrar e sair de território nacional.

Constitui como conteúdo das liberdades pessoais: (i) a liberdade de locomoção; e, (ii) a liberdade de circulação (ir e vir).

A liberdade de locomoção e circulação está preconizada em nossa Carta Magna no artigo 5º, inciso XV, no qual consagra que “*É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.*”⁶⁶

Isso significa dizer que a todos os cidadãos é garantido o direito de se locomoverem livremente, em território nacional, nas ruas e lugares públicos, sem receio de serem tolhidos de sua liberdade de locomoção, eis que tal prerrogativa se caracteriza como direito individual essencialmente fundamental para o exercício das liberdades da dignidade da pessoa humana.⁶⁷

A liberdade de locomoção é o direito do cidadão nato, naturalizado e do estrangeiro – este último desde que em consonância com as normas vigentes – de ir e vir, se deslocar e migrar, assim como de ficar e permanecer, de forma livre, dentro do território nacional, sendo dispensável qualquer autorização, salvo em tempos de guerra.

Distingue-se o direito de locomoção com liberdade de circulação, sendo este segundo considerado manifestação característica da liberdade de locomoção.

Direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: *direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar. O direito de circular (ou liberdade de circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público.* Em tal caso, a utilização da via ‘não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legar exercitável *erga omnes*.

⁶⁶Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁶⁷ SAMPAIO DORIA, Antônio. **Direito constitucional: comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1960. p. 651. *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 238.

Em consequência, a Administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia.⁶⁸

De acordo com entendimento firmado pela doutrina, qualquer indivíduo tem o direito público subjetivo de transitar livremente pelas ruas, caminhos, praças, avenidas e rodovias, assim como podem exigir que os órgãos públicos se abstenham de coagi-los no livre trânsito das vias que são disponibilizadas ao povo.

Nas palavras de PEDRO ESCRIBANO COLLADO⁶⁹ define-se direito de circulação pública como um ato praticado por um conjunto indeterminado de usuários que atuam *iure proprio* em razão de um poder que lhes foram conferidos legalmente pelo Estado e utilizam espaço afetado ao uso de domínio público.

Isso quer dizer que, independentemente do meio através do qual se circula por uma via pública, o transeunte terá um direito de passagem e de deslocamento por ela, por constituir esta forma de deslocamento a manifestação primária e elementar do direito de uso de uma via afetada.

O constituinte originário estatuiu o direito de liberdade de locomoção como cláusula pétrea, e qualquer lei que atente contra essa prerrogativa será considerada inconstitucional, com exceção da expressa flexibilização normatizada pelo próprio constituinte originário relativo aos tempos de guerra, desde que, porém, não elida o direito fundamental de liberdade como instituição universalmente garantida ao homem.

Essa ressalva constitucional, no entanto, não quer significar *ipsis litteris* que a entrada e saída no território nacional estejam proibidas e interditas, mas que estar-se-ão submetidas aos critérios discricionários de conveniência e oportunidade estabelecidas pelas autoridades do Poder Estatal que poderão acender ao interesse individual de entrada e saída do País após avaliação da segurança nacional e individual do cidadão⁷⁰.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 239.

⁶⁹ COLLADO, Pedro Escribano. **Las vías urbanas**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1973. p. 358. *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 239.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit.. p. 238-239.

Além disso, essa restrição imposta às liberdades fundamentais dos indivíduos no que pertine ao seu direito de locomoção e circulação não pode ser considerado aplicável em qualquer estado de beligerância, mas apenas, e tão somente, nos casos de guerra em sua posição juridicamente semântica da palavra, aquela declarada à luz das normativas previstas no texto constitucional em seus artigos 21, inciso II e 84, incisos XIX e XX⁷¹.

Para restringir direitos e garantias fundamentais como a liberdade de locomoção no Estado brasileiro, a guerra, portanto, deve ser declarada pela União, por intermédio do Presidente da República, após autorização, ou referendo, do Congresso Nacional, cujo estado somente será cessado igualmente com a celebração da paz pelo Presidente da República e autorizado pelo Congresso Nacional.

Nesse diapasão, o termo “tempo de guerra” deve ser compreendido como a época de beligerância juridicamente declarada entre o Estado brasileiro e um país estrangeiro até a assinatura da celebração da paz. Exceto este tempo de guerra, todo o resto é considerado tempo de paz, e, sendo assim, quaisquer outras circunstâncias que atentem contra os direitos fundamentais individuais e coletivos positivados dentro da ordem jurídica não podem ser tolerados pelo Estado Democrático.

A respeito da limitação ou restrição dos direitos fundamentais CANOTILHO⁷² leciona que *“todas as limitações de direitos fundamentais devem encontrar o seu fundamento na Constituição, motivo pelo qual deve haver particular cuidado na aceitação de limitações não escritas (ungeschriebene Grundrechtsbegrenzungen).”*

⁷¹ **Art. 21.** Compete à União:[...]

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:[...]

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

(Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07. mar. 2021)

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. p. 468

Sendo o direito de locomoção considerado um segmento das liberdades pessoais, a sua limitação ou restrição não é permitida dentro do Estado democrático, cuja violação a esse direito fundamental pode ser garantida por meio de *habeas corpus* visando mitigar a ameaça à liberdade de ir e vir.

Desta forma, a liberdade somente poderá sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas as quais impõe uma conduta positiva, e por normas proibitivas, que são aquelas que impõe um dever de abster-se de determinadas condutas, sendo tais limitações legítimas quando provenientes do consentimento popular intercedido pelo Poder Legislativo e pautados nos ditames constitucionais, de modo que o indivíduo somente será privado do seu direito constitucional de locomoção e de ir e vir caso tenha maculado o princípio da legalidade de fazer ou deixar de fazer determinada ação contrária ao próprio ordenamento jurídico vigente que impõe regras objetivas às liberdades individuais.

2.2 Conceito e panoramas normativos do Direito Social à Saúde.

Ao passo que o direito de liberdade se trata de norma da primeira dimensão, e por isso direitos limitadores e de abstenção do Estado para sua efetiva consagração, o direito social se enquadra no dever de agir do Estado, prestacional, e integra a gama de direitos fundamentais da segunda dimensão.

Os direitos sociais advieram da Revolução Francesa, marco da declaração e positivação de normas objetivadas a garantir uma prestação do Estado aos indivíduos (direito do homem). A evolução e transformação da sociedade com sobressaltos nos setores econômicos e industriais clamou pela positivação de limites contra a classe burguesa e garantias às minorias e trabalhadores, obrigando ao Estado o dever de prestar assistência contra as desigualdades já então latentes.

Essa fase se caracteriza pelo protesto das classes minoritárias por um Estado ativo e interventor de políticas públicas, com exigências de prestações materiais – serviços e atividades – em prol de melhores condições de vida digna, sobrevivência e desenvolvimento da sociedade.

Os direitos fundamentais da segunda dimensão, tem, pois, por primado, proteger dignamente os indivíduos contra arbítrios estatais, impõe a análise de um valor maior como pressuposto da justiça social: a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável⁷³.

É a positivação dos direitos da teoria jusnaturalista acerca do direito natural, que segundo qual estaria relacionado àquilo que por natureza deveria ser o justo ou simplesmente que existem direitos que, pela sua própria natureza, pertencem ao homem, e estão acima de outros regramentos, pois são universais e indisponíveis.

Significa dizer que a evolução do Direito guarda relação direta com a evolução das sociedades humanas, que passam a reconhecer que cada ser humano possui, por sua natureza, direitos básicos, fundamentais para uma existência digna. Foi justamente nesse processo de reconhecimento progressivo dos Direitos Humanos que a saúde foi expressamente reconhecida como um Direito fundamental do homem. A partir desse reconhecimento, os sistemas jurídicos constroem um subsistema normativo necessário para garantir a sua efetiva proteção, e é justamente esse subsistema de proteção do Direito à saúde que compõe o Direito Sanitário.⁷⁴

Os direitos sociais, portanto, como segunda dimensão de direitos fundamentais “*significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)*”⁷⁵

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. op. cit. p.60.

⁷⁴ ABUJAMRA AITH, Fernando Mussa. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro. Volume 1**. f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 71.

⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 384.

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA⁷⁶ “*são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.*”

Nesse aspecto, os direitos sociais como normas arraigadas dos direitos do homem como ser humano, foi elevada ao patamar de direitos universais, no qual estabelece que para todo indivíduo será assegurada a saúde, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis ao seu bem-estar.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”⁷⁷

São normas positivadas que disciplinam direitos subjetivos pessoais ou coletivos dos indivíduos que estão intrinsecamente ligados ao direito econômico, pois se tratando de direitos que para serem garantidos e tutelados há a observância do Estado em promover as políticas públicas sociais, a ordem econômica ingressa no ordenamento jurídico como dimensão institucional e pressuposto de existência dos direitos sociais.

Para resguardar os direitos sociais cabe ao Estado, por intermédio de seus órgãos públicos, executar mecanismos e providências ativas e intervencionistas para promover o princípio da igualdade material, que consiste no dever de garantir o patamar mínimo de vida e dignidade para os cidadãos mais fracos e pobres que não tem acesso a esses direitos, sendo o da saúde o que se encaixa no grupo de obrigações que urgem atenção e atuação eficaz e total do Estado.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 286.

⁷⁷ Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução nº. 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 17 mar. 2021.

No estudo de FERNANDO MUSSA ABUJAMRA AITH⁷⁸, o direito vem dando atenção especial aos direitos humanos desde o fim da segunda guerra mundial, estabelecendo princípios norteadores dos direitos inerentes a pessoa humana como a liberdade, igualdade e fraternidade, que juntos formam a tríade de princípios axiológicos supremos voltados às dimensões dos elementos essenciais dentro do Estado de Direito.

A igualdade formal, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos, necessita, para se tornar realmente efetiva, do terceiro princípio axiológico supremo, ou seja, a solidariedade. (...) A fraternidade, ou solidariedade, se expressa como o conjunto de regras voltadas a um escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõe o grupo social, determinando que um dos grandes objetivos do ser humano é possuir uma sociedade que ofereça a todos os seus integrantes a igualdade material.

A Constituição da República se preocupou em estabelecer dentre as normas definidoras dos direitos fundamentais aquelas capazes de garantir a dignidade da pessoa humana que não fossem consideradas normas meramente programáticas, mas de cunho eficaz e aptas a estabelecer a implantação de políticas sociais aos cidadãos.

Constituindo, nos termos do art. 5, § 1º, da CF, direito imediatamente aplicável, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, independentemente da forma de sua positivação (...), por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais (ainda mais quando definidoras de direitos fundamentais) destituídas de eficácia e, portanto, de aplicabilidade.⁷⁹

Os direitos sociais, que tem por objetivo promover a igualdade social, estão estabelecidos na Constituição Federal Brasileira nos seus artigos 6º a 11, e podem ser classificados como (i) direitos sociais do trabalhador; (ii) direitos sociais relativos à seguridade social – aqui compreendido o direito à saúde, previdência e assistência social; (iii) direitos sociais relativos à educação e cultura; (iv) direitos sociais de moradia; (v) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; e (vi) direito social do meio ambiente.

⁷⁸ ABUJAMRA AITH, Fernando Mussa. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro. Volume 1.** f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 88-89.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988.** Revista Eletrônica de Direito Bancário. *Apud* CARVALHO, Mariana Siqueira. **A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1998.** Revista de Direito Sanitário, vol. 4, n. 2, julho de 2003. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/81181/84812/112531>. Acesso 17. mar. 2021

Aqui neste trabalho interessa-nos a análise do direito fundamental social relativo à seguridade social, especificamente o direito à saúde do cidadão, que foi reconhecido como direito do homem e uma das formas de promover a igualdade formal e material, por meio da fraternidade, estabelecendo as condições minimamente possíveis para proteger a existência da pessoa humana, especialmente as minorias fracas e hipossuficientes.

Em 07 de abril de 1948 foi fundada a Organização Mundial de Saúde - OMS, originada com o fim das guerras mundiais e destinada a promover o máximo possível a nível de saúde a todos os povos, com a implantação de políticas públicas sanitárias e coordenação de controles de surtos de doenças, além de apoio, desenvolvimento e distribuição de vacinas seguras e eficazes.⁸⁰

Segundo a OMS a saúde pode ser conceituada como “*o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades*”⁸¹. A saúde não está apenas associada a inexistência de doenças no campo individual, o conceito abrange caráter coletivo de prevenção e promoção de medidas para tratar doenças, prolongar vidas e garantir a integridade física por meio de esforços conjuntos das sociedades.

CHARLES EDWARD WINSLOW⁸² defendeu a definição de saúde pública que hodiernamente é utilizada para estabelecer uma concepção clara e clássica a respeito da saúde, a qual pretende-se tutelar.

A saúde pública é a ciência e a arte de prevenir as doenças, de prolongar a vida e de promover a saúde e a integridade física através de esforços coordenados da comunidade para a preservação do meio ambiente, o controle das infecções que podem atingir a população, a educação do indivíduo sobre os princípios de higiene pessoal, a organização dos serviços médicos e de saúde para o diagnóstico precoce

⁸⁰ Sobre a Organização Mundial de Saúde – OMS. Disponível em <https://www.who.int/es/about>. Acesso em 18 mar. 2021.

⁸¹ “La OMS mantiene su firme compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución” Disponível em <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>. Acesso em 18 mar. 2021.

⁸² WINSLOW. C.E.A. **The Evolution and Significance of the Modern Public Health Campaign**, New Haven, Yale University Press, 1923. *Apud.* ABUJAMRA AITH, Fernando Mussa. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro. Volume 1**. f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 56.

o tratamento preventivo de patologias, o desenvolvimento de dispositivos sociais que assegurem a cada um nível de vida adequado para a manutenção da saúde.

Na Constituição Federal Brasileira a saúde está disciplinada expressamente em seus artigos 6º e 196⁸³, além de convalidar os tratados e convenções internacionais dos quais é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece a saúde como direito humano fundamental. Assim, o reconhecimento da saúde como direitos humanos indisponíveis deu origem a normas que tem por escopo a garantia de uma vida digna, tutelando a parte específica da ciência jurídica no que pertine a promoção, proteção e recuperação da saúde no Estado Brasileiro, constituindo, portanto, o Direito Sanitário formando por uma organização de regramentos básicos destinados a garantir o direito humano fundamental à saúde.

Desta forma o direito social à saúde comporta dois aspectos: a primeira de natureza negativa consistente no dever de abstenção do Estado ou terceiros de praticar atos que prejudiquem a saúde, e a segunda de natureza positiva para que sejam adotadas medidas e providências prestacionais com o fim de salvaguardar a saúde, prevenindo-a de doenças, bem como tratando-as⁸⁴.

O direito à saúde positivado na Carta Magna regula de maneira programática o direito público subjetivo do dever de o Estado de promover políticas públicas que assegure a saúde quanto a redução de riscos de doenças e gravames, garantindo o acesso a todos os cidadãos de forma igualitária, mediante adoção de políticas econômicas que possibilitem a execução das políticas sociais.

⁸³ **Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

(Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18. mar. 2021)

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 309.

Portanto, no exímio cumprimento da ordem constitucional o Estado não pode se escusar de criar mecanismos necessários para o combate às doenças e enfermidades, garantindo a aplicação do princípio da igualdade (formal e material), possibilitando o fornecimento de medicamentos e serviços essenciais, tampouco pode se furtar à responsabilidade de implantação de medidas eficazes à prevenção e proteção epidemiológicas a toda a coletividade.

2.2.1 Implementação do direito social à saúde no Brasil.

No Brasil, essas políticas públicas de caráter social consistente no zelo e tutela à saúde foram constituídas de normas programáticas no texto constitucional, cuja normativa estabeleceu a criação do sistema único de saúde (SUS), no qual seria responsável pela estruturação das ações e serviços relativos à saúde de forma descentralizada e integral para toda a sociedade. Para tanto, foram instituídas leis concretizadoras de implantação desse sistema para assegurar a garantia dos direitos fundamentais da saúde.

O legislador promulgou a lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990, no qual regula as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como a organização e o funcionamento dos serviços essenciais correspondentes ao respectivo direito fundamental, e preconiza em seu artigo 2º, que *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*.

Nessa linha de promover o princípio da igualdade que rege os direitos fundamentais sociais, o §1º do referido regramento da mesma forma estabelece que é dever do Estado garantir a saúde por intermédio da *“(...) formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”*

Referida legislação ordinária disciplina, ainda, os objetivos, atribuições, organização, princípios e diretrizes necessários para a regulação das atividades e funções do sistema único de saúde – SUS, consagrado na Carta Magna em seu artigo 200, assentando que tal sistema consiste no conjunto de ações e serviços executados por órgãos e instituições públicas da administração direta ou indireta, e das fundações mantidas com o Poder Público, objetivando a identificação, divulgação de fatores ligados à saúde, assim como a formulação de políticas destinadas à promoção da saúde, como assistência à população com a realização integrada de prestações assistenciais de vigilância sanitária e epidemiológica e atividades preventivas.

O Sistema Único de Saúde (SUS), consiste, portanto, em arranjo organizacional fundada na Constituição Federal responsável pela tarefa de fornecer suporte à efetivação da política de saúde pública no Brasil, e além de operar na distribuição de medicamentos com base na política nacional de saúde, também executa atividades tendentes a prevenir a ocorrência doenças e enfermidades.

Como visto a lei não faz distinção de indivíduos que devem ser assegurados pelo Estado no que se refere ao direito à saúde, ratificando o conteúdo pragmático contido na Declaração dos Direitos Humanos e regramentos consagrados pela Organização Mundial da Saúde.

3. DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM ÉPOCA DE CRISE SANITÁRIA: PONDERAÇÃO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE *VERSUS* DIRETO À SAÚDE.

O cenário atual de crise sanitária eclodida pela propagação do novo vírus *SARS-CoV-2: Covid-19*, trouxe ao cotidiano das sociedades novas medidas de contenção da crise epidêmica que assolou o Brasil e o mundo, impondo diretrizes e circunstâncias pouco vivenciadas na história da humanidade.

Tem-se de um lado o direito de locomoção, corolário dos direitos fundamentais de liberdade tão fortemente preservado e estabelecido como marco dos direitos da primeira dimensão após lamentável período da história mundial de ausência de prerrogativas e direitos dos indivíduos, do outro há a consagração dos primados sociais, deveres de atuação do Estado na defesa do princípio da igualdade social e garantias básicas da pessoa humana, reconhecendo o direito social à saúde.

Na colisão de direitos fundamentais e princípios norteadores de direitos universais e constitucionais do Estado diante de embates e crises nacionais e internacionais que envolvem o direito sanitário, é importante a cautela, diálogos e ponderação em meio a celeuma.

É necessário estabelecer ponto de partida para o reconhecimento da valoração dos princípios entre os bens jurídicos a serem tutelados, definir qual será o bem maior a ser prestigiado, garantido e considerado inviolável frente a colisão de princípios e direitos fundamentais.

O direito de locomoção e circulação encontra respaldo no artigo 5, inciso XV, da Constituição Federal e dispõe que "*É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*". Afora esse dispositivo, há outras normas constitucionais que tutelam também,

ainda que indiretamente, o direito de liberdade, a exemplo do artigo 5º, inciso LXI, que veda a prisão ilegal.

JEAN JAQUES ROUSSEAU⁸⁵, foi um dos grandes defensores do direito de locomoção, ir, vir e permanecer do indivíduo, firmando a concepção de que os homens nascem livres e a liberdade é inerente da natureza humana, cujos direitos são inalienáveis e mantém em equilíbrio a igualdade e a liberdade.

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo. Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembleia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de cidade e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado, quando é passivo; soberano, quando é ativo; autoridade, quando comparado a seus semelhantes. No que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassalos, quando sujeitos às leis do Estado. Todavia, esses termos frequentemente se confundem e são tomados um pelo outro. É suficiente saber distingui-los, quando empregados em toda a sua precisão.

Assim, como direito fundamental, a liberdade de locomoção e circulação possui as características típicas dessa natureza de direito, tais como: a universalidade, a indivisibilidade, a complementaridade, a interdependência e a imprescritibilidade. Não obstante isso, sua força normativa atinge tanto o Estado, através de suas atividades políticas, administrativas, judiciais e legislativas, como aos particulares.

O direito social à saúde, por sua vez, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana e o inexorável reconhecimento do direito à vida. Assim, compete ao Estado a elaboração de políticas públicas tendentes a possibilitar a máxima eficácia do direito público subjetivo e fundamental à pessoa humana consistente no direito à saúde.

⁸⁵ *Apud* SILVA. Humberto Jose da. **O direito constitucional de ir e vir em tempos de pandemia**. Jus Navigandi, 12fev.2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87184/o-direito-constitucional-de-ir-e-vir-em-tempos-de-pandemia> Acesso em: 19 mar. 2021.

Assim, sendo a dignidade humana o valor fundante de todo ordenamento constitucional cinge-se a estruturar e nortear a proteção dos direitos fundamentais, podendo ser inclusive classificada como super princípio. O que não se pode olvidar, entretanto, é que a mesma é matriz estruturante de todo ordenamento jurídico, condicionado a leitura, releitura e interpretação da norma. A dignidade humana reveste o ser humano do viés de pessoa humana. (...)

Se considerarmos que a saúde está associada com a paz e a segurança (é seu pressuposto), que os progressos na promoção e proteção da saúde possuem um inexorável caráter coletivo, e que as diferenças de desenvolvimento dos países (referentes à promoção da saúde e combate às doenças) constitui um perigo comum, fica evidenciado o caráter da saúde como bem coletivo.⁸⁶

A questão, no entanto, e de debate, é a possibilidade de vedação, suspensão ou restrição dessa primazia constitucional de liberdade de locomoção diante da evolução do quadro de crise epidemiológica que afetou não só o País, como o mundo. A livre circulação entre pessoas e o direito de se locomoverem livremente em território nacional, considerado como norma de caráter universal e indisponível da pessoa humana, poderá ser mitigado e suprimido diante de circunstâncias de crise sanitária mundial?

Não há liberdade sem vida. E não há vida sem saúde. Como não há garantia de saúde sem ordem econômica. E não há ordem econômica sem garantir a liberdade.

Inexiste dúvida de que valores devem ser sopesados, o cerne é identificar o limite de atuação, suspensões e violações às normas engendradas e de natureza universal com o escopo de proteger a vida e saúde dos indivíduos, para que não seja permitida a restrição indiscriminada e indeterminada de direitos fundamentais nas hipóteses de situações de exceção.

LUÍS ROBERTO BARROSO⁸⁷, estabelece que a técnica de ponderação surge pela ausência de outros elementos para lidar com os casos que envolvam a colisões de

⁸⁶ RODRIGUEIRO, Daniela Aparecida; MOREIRA, José Cláudio Domingues. **O direito social à saúde na perspectiva da constituição de 1988: um direito individual, coletivo e em construção**. RIPE –Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.50, n.66, p.143-159, jul./dez. 2016. p. 7. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RIPE_n.66.07.pdf Acesso em: 19. Mar. 2021.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 374

princípios ou de direitos fundamentais. Portanto, é indispensável identificar as normas pertinentes, selecionar os fatos relevantes e *“apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso”*.

O momento atual da história se encontra em rota de colisão com direitos fundamentais consagrados em declarações e tratados de direitos humanos (direito de liberdade de locomoção *versus* direito à saúde), é imperativo que para a resolução conflito sejam utilizadas as regras da hermenêutica, ponderação e proporcionalidade.

Nesse sentido, GEORGE MARMELSTEIN⁸⁸ (2008, p. 385) assenta sobre o princípio da proporcionalidade e ponderação para resolução de conflitos:

“o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito. (...)

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores”

A proporcionalidade está conectada ao princípio da ponderação, tendo em vista que a proporcionalidade reclama a detida análise das vantagens e desvantagens na escolha de determinada providência. Para tanto, deve ser ponderado se o benefício obtido com a conduta restritiva de direitos fundamentais alcançou o objetivo da medida que buscou preservar outra norma fundamenta.

De que adiantaria uma sociedade livre, porém sem vida? Para uma sociedade ser livre e independente é indispensável, antes, ter meios de garantir a sua sobrevivência, torna-

⁸⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 385-386.

la forte e preparada, fornecer meios aptos e eficazes para assegurar a sua subsistência e proteger o bem maior: a vida.

Para DANIEL SARMENTO⁸⁹:

“apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.”

O método de ponderação deve ser aplicado no caso concreto sempre quando patente a colisão de direitos fundamentais da mesma hierarquia e validade, competindo a análise do bem jurídico de maior valor que deve ser tutelado na circunstância prática, cuja decisão deverá buscar a harmonia e cooperação das instituições envolvidas.

Considerando que a saúde tem a característica de indissociabilidade do direito à vida, por certo que compete ao Estado assegurar-la por meio de normas jurídicas eficazes e aptas à garantia do direito fundamental nas linhas traçadas não só pelo constituinte originário, mas como também pela Organização Mundial da Saúde, consoante lição de ANDRÉ DA SILVA ORDACGY⁹⁰

“A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais”.

A propagação do vírus SARS-CoV-2, originado na China, já aniquilou, atualmente, cerca de 2.692.833 (dois milhões, seiscentos e noventa e dois mil e oitocentos e trinta e três) pessoas no mundo, e no Brasil atinge a totalidade de 287.931 (duzentos e oitenta e sete mil, novecentos e trinta e um) casos de óbito. A quantidade de casos de contração da doença é ainda mais assustadora, alcançando a marca de 121.978.638 (cento e vinte e um

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 293

⁹⁰ ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Artigo disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 18. mar.2021.

milhões, novecentos e setenta e oito mil, seiscentos e trinta e oito) casos mundialmente, enquanto no Brasil a contaminação do vírus atingiu o número de 11.793.865 (onze milhões, setecentos e noventa e três mil, oitocentos e sessenta e cinco)⁹¹.

Nesse aspecto, a adoção de medidas mais restritivas impostas pelo Estado com o fim de combater a disseminação do vírus refletiu diretamente no livre exercício de direitos fundamentais, especialmente o direito de liberdade de locomoção e circulação prestigiados no inciso XV, do artigo 5º, da Carta Magna, ao estabelecer a vedação de circulação (*lockdown*) total ou parcial dos indivíduos e o confinamento em suas residências, cujas condutas e ações de restrição de direitos fundamentais da primeira dimensão foram duramente criticados por serem considerados atos inconstitucionais.

Contudo, deve-se estabelecer a premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto, e de certo que o direito de liberdade de locomoção e circulação, embora norma definidora de direitos e garantias do homem, também não é e comporta limitação quando em conflito com demais direitos e garantias igualmente fundamentais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, não só consagrou os direitos fundamentais firmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como também estabeleceu as situações excepcionais em que os direitos protegidos pelo Tratado e deveres impostos ao Estado poderão ser suspensos, sem que isso configurem em violação aos direitos individuais e coletivos.

Artigo 27 - Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

⁹¹ Dados obtidos do sítio eletrônico Dasa Analytics. Disponível em: <https://dadoscoronavirus.dasa.com.br/>
Acesso em: 19. Mar.2021.

A disposição normativa contida no Pacto de San José da Costa Rica preconiza que em caso guerra, perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado, como é o caso da disseminação do SARS CoV-2 (Covid-19), vírus altamente letal caso em contato com seres humanos, fica consentido que o governo poderá adotar medidas e providências que interrompam direitos fundamentais concretizados na Convenção para restauração da ordem, desde que seja por tempo absolutamente limitados àquela situação desencadeadora da restrição temporária.

Não se nega que a crise sanitária representa grande risco à toda população mundial, o que leva aos Estados a imposição de regras restritivas às liberdades e autonomia da pessoa humana e a indiscutível incompatibilidade com os ideais de liberdade e promoção da igualdade de direitos fundados na Convenção e Tratado de Direitos Humanos, porém é certo também que tais medidas restritivas de direitos fundamentais não podem ser reconhecidas eternamente, assim como não são aplicáveis aos chamados núcleo puro dos direitos humanos.

Nesse sentido, PEDRO BOHOMOLETZ DE ABREU DALLARI⁹² esclarece as situações que comportam a suspensão temporária dos direitos fundamentais e explicita que há direitos humanos puros que, mesmo em situações de perigo excepcionais, não podem ser objeto de restrição pelo Estado.

a princípio não pode haver a suspensão, mas em situações excepcionais essa suspensão é admitida. Primeiro, como já disse, ela tem que ser adotada qualquer medida de suspensão de direitos, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, não podem perdurar indefinidamente. Uma segunda ressalva importante, não pode haver discriminação entre indivíduos na aplicação dessas medidas de restrição de direitos. O próprio art. 27 do Pacto de San José diz que as medidas não podem implicar em discriminação alguma fundada em motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. O terceiro aspecto importante é que as medidas de restrição não podem alcançar determinados direitos que são chamados na doutrina dos direitos humanos do núcleo puro dos direitos humanos, aqueles direitos que em hipótese alguma podem ser restringidos. O direito ao reconhecimento do indivíduo como ser humano, o direito à vida, o direito a integridade física e psíquica, a proibição da escravidão e da servidão, direitos da

⁹² DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Como o coronavírus afeta os direitos humanos: colunista analisa os reflexos da quarentena devido ao covid-19 para as liberdades individuais**. [Entrevista a Marcelo Rollemberg]. *Globalização e Cidadania*, 2020. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002994139>. Acesso em 19. mar.2021.

criança, direitos da nacionalidade, os direitos políticos de todas as garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

De acordo ainda com o doutrinador o direito à vida não reside somente na preservação das condições de subsistência do ser humano, mas a uma vida com dignidade, e isto implica não só a adoção de providências e medidas restritivas de direitos fundamentais, como também a realização de ações pelos governos que se traduzem na viabilização de meios para a sobrevivência em condições dignas para toda a humanidade.

Os direitos da pessoa humana são elevados ao patamar de direitos supra nacionais, de caráter universal, e compreendem as normas da terceira dimensão que refletem o engajamento e fraternidade das sociedades de tutelar os interesses difusos àqueles mais vulneráveis, mais pobres e menos favorecidos, sendo este momento atual de crise pandêmica um marco divisor de águas para se comprovar o avanço da civilização e a solidariedade entre os povos.

Para CARLOS AYRES BRITTO⁹³ o constitucionalismo fraternal busca respostas afirmativas e assecuratórias pelos Estados às pessoas menos favorecidas, e preconiza que estando toda a civilização no mesmo barco não há como escapar das regras impostas ao coletivo ou do destino histórico.

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira

⁹³ *Apud* JABORANDY, Clara Cardoso Machado e col. **A (in)completude da teoria dos direitos fundamentais sociais: a compreensão dos direitos e deveres fundamentais a partir do princípio esquecido da fraternidade.** Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 2, pp. 235-258, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/181/237>. Acesso em 19 mar. 2021.

comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Desta forma, considerando que os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à pessoa humana e absolutamente necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual, a colisão entre eles requer o indispensável exercício de ponderação, norteado por princípios como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da supremacia do interesse público coletivo sobre o interesse privado individual e do direito à saúde em sua dimensão coletiva.

Nesse jaez, o interesse coletivo consubstanciado no direito de sobrevivência diante de uma crise sanitária mundial se sobrepõe a pretensões individuais no que concerne ao direito de liberdade individual, de modo que o direito à saúde com o fim colimado de assegurar o direito à vida há de se sobrepor ao direito de liberdade de locomoção, respeitados os limites impostos pela própria Constituição Federal e Convenção dos Direitos Humanos quanto a vedação de restrição de direitos humanos puros, assim como impossibilidade de limitação desses direitos por prazo indeterminado, sob pena de violar os direitos humanos e o princípio da solidariedade entre os povos.

Assim, na ponderação dos princípios e direitos fundamentais em colisão, a limitação do direito de locomoção e a determinação pelo Estado do estabelecimento de isolamento social e restrição de circulação pelos cidadãos com o objetivo de reduzir a disseminação da crise epidêmica e garantir a sobrevivência dos povos, prestigiando o bem maior que é o direito à vida, não configura em ato atentatório a dispositivo constitucional e aos princípios basilares e norteadores do Estado Democrático de Direito, desde que seus atos administrativos discricionários estejam baseados em dados técnicos emitidos por órgãos altamente capacitados na área da saúde, agências reguladoras ou recomendações da Organização Mundial da Saúde-OMS, atentando-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais, especialmente quanto duração do estado de restrição, ou seja, até que a crise sanitária regional e local seja reduzida ou cessada.

4. DA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE RESTRIÇÕES DE DIREITOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

4.1. Da repartição de competências dos entes federativos.

Hodiernamente a crise sanitária instigou o debate a respeito das competências dos entes federados na edição de normas tendentes a regulamentar questões que envolvem o direito à saúde e locomoção dos indivíduos em território nacional, assim como a adoção de medidas para conter o avanço do coronavírus no país. Deste modo, se faz necessária a análise perfunctória da repartição de competências da União, Estados, Municípios e Distrito Federal para a prática de atos relacionados ao enfrentamento da pandemia.

Com base nas experiências das edições normativas constitucionais anteriores, a atual Constituição da República unificou a estrutura federativa formando um sistema complexo de competências que se coexistem de maneira privativa e concorrente, possibilitando que mais de um ente regule sobre determinada matéria e também viabiliza à União a delegação de competências que lhes são próprias.

Esse sistema de repartição de poderes estabelece a enumeração dos poderes conferidos à União (artigos 21 e 22, da Constituição Federal), os poderes remanescentes atribuídos aos Estados (artigo 25, §1º, da Constituição Federal) e os poderes indicados aos Municípios (artigo 30 da Constituição Federal), combinado com a reserva da possibilidade de delegação de competências relativas a determinadas matérias que poderão ser exercidas paralelamente entre os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além das competências concorrentes entre União e Estados, sendo que relativos às políticas, diretrizes e normas gerais cabe a regulação à União, e aos Estados a competência complementar⁹⁴.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 479.

Essa forma de disposição da estrutura federativa teve como fonte inspiradora a Constituição Alemã, ensejando o aumento da autonomia do Estado frente à União Federal e uma descentralização do poder, de forma a fortalecer o pacto federativo.

Assim para a coexistência harmoniosa entre os ordenamentos que compõe o Estado, é imprescindível a repartição da competência entre eles, possibilitando que cada ente federativo tenha autonomia e ordenamento jurídico, político e constitucional próprios, porém sem colidir com normas preestabelecidas no ordenamento jurídico maior do Estado: a Constituição da República.

Este modelo de repartição é conhecido como princípio da predominância de interesses, na qual determinadas matérias terão incidência em todo território nacional enquanto outras questões ficarão distribuídas à organização parcial dos Estados-membros. Ou seja, matérias e questões de predominante interesse geral da coletividade ficam a cargo da União Federal, de modo que as matérias e assuntos preponderantemente regionais são destacadas aos Estados, e aos Municípios compete o sobejo assunto de interesse local⁹⁵.

Isso quer dizer que as competências serão fixadas, essencialmente, com base no interesse local, regional ou nacional. Não obstante, os critérios devem se basear, principalmente, nas questões políticas e sociológicas para que seja possível analisar por um viés realista dos interesses em discussão.

Nesse sentido, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO⁹⁶ preleciona sobre a predominância do interesse para o estabelecimento de competências dos entes federados.

Os interesses cuja predominância é respectivamente local ou nacional são classificados nas competências exclusivas, ora dos Estados particulares, ora do Estado federal, ao passo que os interesses mistos são discriminados nas cognominadas competências comuns.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 478.

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Publicado pela Prefeitura do município de São Paulo, 1948. P.77

JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA⁹⁷, por sua vez, insista a questão da complexidade da divisão de poder perante os Estados no que se refere a distinção dos problemas que seriam de proveniente interesse geral ou local.

As dificuldades, as dúvidas, as divergências, surgem, entretanto, na caracterização dos problemas, dos assuntos dos interesses, isto é, quando se pretende classificá-los como gerais ou locais, para, em seguida, atribuí-los ao governo central ou aos governos locais.

Realmente, onde termina o interesse geral, e onde começa o local? Quando um problema é de interesse predominantemente nacional, geral, e quando é de interesse prevalentemente regional, local?

A questão, aqui, não é jurídica, mas principalmente sociológica e política, e é com os dados, as observações, os ensinamentos da Sociologia, da História e da Ciência Política que o jurista, ao proceder à divisão das competências na elaboração constitucional, deverá necessariamente orientar-se, com visão realista das necessidades, dos problemas, dos dados de fato apresentados pelo panorama total da realidade nacional.

Para o adequado funcionamento das atividades normativas, as competências entre os entes federados são divididas em legislativas, administrativas e tributárias, conferindo autonomia aos entes federativos, com a descentralização dos poderes, o que constitui ponto nodal do Sistema Federal.

De acordo com DALMO DALLARI⁹⁸ para que não ocorra debates atinentes a distribuição de competências entre a União e Estados-Membros, é de rigor que essa repartição seja estabelecida pela Carta Magna *“para não haver o risco de que a perda ou a redução excessiva das autonomias rompa o equilíbrio federativo ou mesmo anule a federação, criando um Estado que, na realidade seja unitário pela centralização do poder”*.

Sendo a Federação formada pelo interesse nacional, cuja vontade geral deve ser estabelecida pela União, e as vontades parciais são atribuídas aos Estados-membros, tais entes federativos – que zelam pelos interesses coletivos (geral e regional) –, devem se relacionar de forma autônoma e harmônica. Autônoma no sentido de que cada Estado-

⁹⁷ MIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. P. 628-629

⁹⁸ DALLARI, Damo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Editora Ática, 1986. p.18.

membro, descentralizado de forma política, administrativa e legislativa deve se auto-organizar regido de sua própria constituição e as leis que adotarem, no entanto, estas normas devem obediência aos limites estabelecidos pela lei maior do Estado, a Constituição Federal.

Importante destacar que não se cogita vulneração à autonomia dos Estados-membros a obrigação de respeitar as competências concorrentes do governo federal e o governo estadual nos assuntos de interesse comum e de respeitar as normas fundamentais da organização política do território nacional, sendo certo dizer que a autonomia não configura liberdade absoluta, na medida em que o Estado-membro sempre deverá se subordinar à União Federal com uma fiscalização fundada para evitar abusos praticados pela coletividade regional ao entrar em rota de colisão com os interesses nacionais.

Portanto, constitui o núcleo do federalismo a divisão de competências da União (ordem jurídica central) e dos Estados-membros (ordem jurídica parcial), cujo objetivo é preservar as relações entre os entes da federação com a delimitação das prerrogativas e funções de cada ente, assim como suas competências comuns e concorrentes, evitando-se, assim, combates a causar o desequilíbrio entre os poderes.

A competência legislativa concedida às pessoas políticas para edição de leis estabelecidas de direitos e deveres das pessoas, restou repartida na Constituição Federal de 1988 da seguinte forma: *(i)* competência geral da União (artigo 21, incisos I a XXV, da CF); *(ii)* competência privativa da União (artigo 22, da CF); *(iii)* a possibilidade de delegação de competência da União para os Estados (artigo 22, § único, da CF); *(iv)* competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23, da CF); *(v)* competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (artigo 24, da CF); *(vi)* competência remanescente (reservada) do Estado (artigo 25, §1º, da CF); *(vii)* competência exclusiva dos Municípios (artigo 30, inciso I, da CF); *(viii)* competência suplementar do Município (artigo 30, inciso II, da CF); e *(ix)* competência reservada do Distrito Federal (artigo 32, §1º, da CF).

Sobre as definições de competências comuns e legislativas dos entes federados GILMAR MENDES e PAULO BRANCO⁹⁹ estabelecem que a Constituição Federal de 1988 pretendeu a junção de esforços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no zelo e administração do pacto federativo.

Para a defesa e o fomento de certos interesses, o constituinte desejou que se combinassem os esforços de todos os entes federais; daí ter enumerado no art. 23 competências, que também figuram deveres, tal a de “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”, a de proteger o meio ambiente e combater a poluição, melhorar as condições habitacionais e de saneamento básico, a de proteger obras de arte, sítios arqueológicos, paisagens naturais notáveis e monumentos, apenas para citar algumas competências/incumbências listadas nos incisos do art. 23. (...)

A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas a serem editadas pelos Estados-membros.

Dito isso, competirá à Constituição da República definir as competências da União e Estados-membros, delimitando as matérias aplicadas ao Estado Federal de forma centralizadora, ou quando essas funções serão dadas aos Estados-membros de modo descentralizado. Desta forma, a adequada repartição de competências representa o elemento essencial da construção do federalismo.

4.2. A Lei nº. 13.979/2020 e a cooperação dos Entes Federativos: ADI 6343 e ADPF 672.

Definidas as competências comuns, privativas, concorrentes e suplementares de cada ente que faz parte do pacto federativo conforme firmado pelo constituinte originário, se faz necessária a análise das leis e medidas provisórias instituídas pelos entes federativos acerca da regulação dos atos e providências organizacionais em tempos de pandemia e a usurpação ou violação às competências distribuídas pela Constituição Federal.

Como visto, o legislador ordinário regulou os limites de competências legislativas, administrativas e tributárias para cada ente federativo, repartindo as atividades

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 866

normativas de forma detalhada e enumerada, fazendo com que os Estados-membros tenham participação da ordem jurídica parcial em uma ordem jurídica nacional. Nesse sentir, a Constituição Federal de 1988 delimitou as competências dos entes sobre a regulação e execução de atos relativos às atividades voltadas à saúde pública e de transportes.

No que concerne ao dever de instituir normas relativas à saúde da população, a Constituição da República preconizou expressamente em seu artigo 23, inciso II, que a competência material e administrativa é **comum** de todos os entes da federação. Isto quer dizer que compete à União, Estados, Municípios e Distrito Federal a incumbência de zelar pela saúde e assistência pública, além de proteger e garantir as pessoas portadoras de deficiência. Da mesma forma, o constituinte originário também estabeleceu em seu inciso XII, do artigo 24, como competência **concorrente** entre União, Estados e Distrito Federal o poder de legislar sobre a matéria relativa à previdência social, proteção e defesa da saúde.

Aos Municípios, por sua vez, o legislador preconizou em seu artigo 30, incisos I, II e VII, a competência para instituir normas sobre assuntos de interesse local e suplementar da legislação federal e estadual, bem como prestar serviços de atendimento à saúde da população com cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Nota-se que o constituinte originário pretendeu estabelecer, em certa medida, parcelas de responsabilidades a cada um dos entes da federação no dever de promover, assistir, garantir e proteger a saúde da população, concedendo-lhes competências e prerrogativas legislativas para cuidar da saúde dado o caráter de direito fundamental social.

No que diz respeito a competência para legislar sobre restrições do direito de liberdade de locomoção e circulação, a Constituição Federal não estabelece explicitamente a competência do ente federado de legislar sobre o assunto, porém estabelece à União, privativamente, a competência para editar normas sobre diretrizes da **política nacional de transportes** (artigo 22, inciso IX); regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (artigo 22, inciso X); **trânsito** e **transporte** (artigo 22, inciso XI). Entretanto, como cediço, cabe aos Estados-membros exercer competência reservadas frente

às competências da União (artigo 25, §1º, CF), e aos Municípios àquelas de interesse local e suplementar (artigo 30, I e II, CF).

Nessa ideia de repartição de competências para legislar sobre as medidas a serem adotadas para regular a saúde em decorrência da maior crise sanitária de aspecto mundial que atingiu o país, o Estado Federal editou a Lei nº. 13.979 em 06 de fevereiro de 2020 que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Não obstante cogitada lei estabelecer normas gerais a respeito de medidas para o combate à disseminação do vírus, preconizou normas restritivas de liberdade de locomoção tanto nas esferas federais quanto nas interestaduais e intermunicipais, condicionando a atuação dos demais entes federativos à autorização do Estado Federal por intermédio do Ministério da Saúde.

De acordo com a normativa constitucional, não há margem para dúvida a respeito da repartição das competências comuns e concorrentes dos entes da Federação para assegurar o direito à saúde da população, contudo, partindo dessa premissa, necessário se faz, de igual modo, o fomento ao debate atinente a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios sobre matéria de restrições de liberdade de locomoção e outras ações destinadas ao enfrentamento da crise sanitária frente a postura da União na instituição da Lei nº. 13.979/20.

Referida lei foi regulamentada a partir dos decretos nº. 10.282/20 e 10.292/20 e da Portaria nº. 356/20 do Ministério da Saúde que, naquele momento de evolução da crise epidêmica, decretou que o **isolamento** consistiria na "*separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local*". Já a **quarentena** consistiria na "*restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus*".

E o decreto presidencial nº. 10.292/20, por sua vez, em seu artigo 3º definiu os serviços públicos e atividades consideradas essenciais e indispensáveis às necessidades da população, as quais estariam afastadas do dever de restrição de locomoção e circulação para o combate à pandemia, fundado no fato de que se tratam de atividades primordiais para a sobrevivência, saúde e segurança dos indivíduos¹⁰⁰.

Apesar da intenção do ato da Presidência da República de estabelecer parâmetros normativos a respeito da adoção de medidas e providências a serem realizadas e executadas pelos entes da federação para o enfrentamento da crise sanitária nacional, constata-se na lei nº. 13.979/20 a suplantação de sua competência em normatizar regras de cunho geral ao estabelecer regras específicas e condicionamentos aos demais entes federativos na atuação de medidas de restrição de locomoção e na área da saúde, cujo debate ensejou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6343/DF

Para o autor da ADI nº. 6343/DF, os artigos 3º, VI, §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei nº. 13.979/2020 seriam inconstitucionais, eis que condicionam aos Estados-membros e Municípios, para a adoção de determinadas medidas assecuratórias no combate à pandemia, condições específicas e autorização pelo ente federal, o que mitigaria o exercício pleno das competências comum e concorrente na questão administrativa e legislativa sobre a saúde e ofensa a autonomia do pacto federativo.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória 926/2020)

(...)

VI - restrição excepcional e temporária, **conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória 926/2020) (

(...)

b) **locomoção interestadual e intermunicipal**; (Incluído pela Medida Provisória 926/2020)

¹⁰⁰ Decreto 10.282 de 25 de março de 2020 – Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.292-de-25-de-marco-de-2020-249807965> Acesso em 21.mar. 2021.

(...)

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

(...)

§ 6º **Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput.** (Redação dada pela Medida Provisória 927/2020)

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:

(...)

II - pelos gestores locais de saúde, **desde que autorizados pelo Ministério da Saúde**, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; (...)” (grifo nosso)

Ou seja, o debate reside na ofensa à autonomia federativa por subtração de competência reservada dos Estados-membros e do Distrito Federal quanto à exploração do transporte e circulação de pessoas nas rodovias interestadual e intermunicipal de estradas estaduais; e violação à autonomia por supressão das competências comuns dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar do tema saúde e legislar sobre proteção e defesa à saúde, preconizadas nos artigos 23, II, e 24, XII, da Constituição.

A questão é que o federalismo no Brasil consiste no sistema em que os seus membros coexistem de forma autônoma e harmônica entre si, delimitando-se suas competências e áreas de atuação privativas, concorrentes e comuns. Nesse sentir, para que cada ente federativo possa exercer adequadamente as suas funções de interesse nacional, regional ou local, tais serão regidos de forma descentralizada e autônoma conforme suas próprias normas, sem perder de vista o ordenamento jurídico maior do Estado.

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA as matérias e questões de predominante interesse geral e nacional compete ao Estado Federal, ao passo que as matérias e assuntos de predominante interesse regional são tocados pelos Estados, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local. Contudo, explicita que nem sempre se torna fácil discernir se a problemática é de interesse geral-nacional ou se é de interesse regional-local.

Acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local. Muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um

Estado, por abrangerem dois ou mais deles. Os problemas da Amazônia, os do polígono da seca, os do Vale do São Francisco e do Vale do Paraná-Uruguai, são exemplos que se citam na Federação brasileira.¹⁰¹

Sem dúvida a maior crise sanitária mundial que também atingiu o Brasil é de imenso interesse nacional, porém é mais certo ainda que o constituinte originário estabeleceu a competência administrativa comum de todos os entes da federação a ação conjunta de “*cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*” e a competência concorrente e reservada aos Estados-membros todas aquelas “*competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição*” e sobre “*previdência social, proteção e defesa da saúde*”, por também se tratar de questões de interesse local e regional.

Ocorre, no entanto, que o artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal, estabelece a competência privativa da União na edição de normas concernentes ao transporte e trânsito, restando omissa a matéria específica sobre a regulamentação viária sobre rodovias estaduais, interestaduais e intermunicipais, o que, portanto, compreende a competência reservada aos Estados, por se tratarem de normativas de interesse de coletividade regional e local¹⁰².

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit. p. 478.

¹⁰² Nesse sentido é a jurisprudência consolidada do Pretório Excelso sobre a competência dos Estados na legislação de matéria sobre exploração e regulamentação da prestação dos serviços em rodovias interestaduais e intermunicipais:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º DO ARTIGO 229 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. ARTIGO 30, V DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. TRANSPORTE GRATUITO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. POLICIAIS CIVIS. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. 2. Servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. 3. A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito. 4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente”. (ADI 2.349, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 31.8.2005, DJ14.10.2005 PP-00007 EMENT VOL-02209-01 PP-00125 LEXSTF v.27, n. 323, 2005, p. 46-53)

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL. COMPETÊNCIA REGULAMENTAÇÃO. ESTADO. CF/88, ART. 30, I. 1. Ocorrência de descompasso de decreto municipal frente à legislação estadual ao impedir o embarque ou desembarque e passageiros das linhas intermunicipais fora de terminais. Inteligência do art. 30, I, da Constituição Federal. 2. Compete aos Estados-membros explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. ADI 2.349/ES. 3. Agravo regimental improvido”. (RE 549.549 AgR, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe-241 DIVULG18.12.2008 PUBLIC 19.12.2008 EMENT VOL-02346-13 PP-02923RTJ VOL-00209-03 PP-01384 RT v. 98, n. 882, 2009, p. 124-126).

Desta forma, ao condicionar à órgão diverso a autorização e o poder pelos Estados e Municípios de restringir a locomoção em rodovias e estradas interestaduais e intermunicipais, a União Federal inobservou os limites estabelecidos no pacto federativo no qual concede autonomia federativa e descentralização dos poderes aos Estados, Distrito Federal e Municípios no dever de cooperação de determinados assuntos e prerrogativas na condução das matérias dentro de suas competências regionais e locais constitucionalmente estabelecidas.

Assim não tendo o legislador originário estabelecido expressamente o poder exclusivo e privativo da União no que concerne a legislação sobre rodovias estaduais, interestaduais e intermunicipais, a condição imposta pelo ente federado de submeter a restrição de locomoção à autorização da União ou de suas Agências Reguladoras – ANVISA – viola a autonomia da federação, o princípio da predominância de interesse e o pacto federativo, na medida em que preconizam os artigos 25, §1º e 30, incisos I e II, da Carta Magna, a competência reservada e suplementar dos Estados e Municípios nessas matérias ante o inequívoco interesse regional e local, caso entendam pela necessidade de estabelecer barreiras sanitárias em tais localidades.

Nesse sentido, o Ministro ALEXANDRE DE MORAES no trecho de seu voto condutor proferido na ADI 6343/DF¹⁰³, estabeleceu que é incompatível com o princípio da autonomia dos entes federativos, a lei federal que disciplina acerca da exigência de os Estados-membros e Municípios se submeterem ao crivo e autorização da União e da ANVISA, ou outro órgão federal de controle, para que possam adotar medidas restritivas de interesse regional e local no combate à propagação da pandemia, bem como acerca da limitação de circulação em rodovias interestaduais e intermunicipais, o que desrespeita a separação de poderes.

¹⁰³ STF. ADI 6343 MC-Ref. Tribunal Pleno. Ministro Relator Marco Aurélio. Redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 06.05.2020. Publicação em 17.11.2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755> Acesso em 21. mar.2021.

(...)

Não excluo a possibilidade de a União determinar a interdição em rodovias intermunicipais para garantir abastecimentos, para garantir a chegada mais rápida de medicamentos, por exemplo, porque nesse cenário o interesse nacional, o interesse geral, em conformidade com o princípio da predominância do interesse, estaria latente. No entanto, não é possível que a União restrinja a competência dos Estados para regulamentar o transporte intermunicipal e eventualmente realizar barreiras sanitárias nas rodovias intermunicipais, se o interesse regional assim o exigir. Da forma como está o art. 3º, VI, alínea b, não há respeito à autonomia dos entes federativos. O município pode regulamentar estradas municipais - na verdade, logradouros e ruas municipais. Se houver necessidade de aplicação de medidas sanitárias de amplo alcance, a extrapolar a esfera local, a própria União poderá promover uma grande interdição de interesse geral, mas não poderá excluir a possibilidade de que o Município, assim como os Estados, promovam medidas no âmbito de suas respectivas competências. Volto a repetir: ninguém, nenhum ente federativo, nenhum Poder de Estado, nenhuma autoridade, tem o monopólio do combate à pandemia. Todos temos que nos unir, os três Poderes, no âmbito dos três níveis de federação, para tentar diminuir os efeitos nefastos dessa pandemia ao máximo.

(...)

Isso se aplica, a meu ver, da mesma forma, ao art. 3º, § 6º e § 7º, II. Não se pode exigir que os Estados-Membros e Município - aqui mais os Estados - estejam vinculados a autorizações e decisões de órgãos federais para tomar suas atitudes. O Estado só pode determinar o isolamento se tiver parecer favorável da Anvisa, do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Saúde? E a autonomia estadual? Óbvio que Estados e Municípios devem, assim como a União - e deveria seguir mais-, seguir as recomendações técnicas internacionais da OMS, dos infectologistas, dos especialistas. Agora, não se pode vincular Estados e Municípios a órgão central interligado à União. Isso iria totalmente contra o que julgamos na ação anterior.

Então, Senhor Presidente, sem querer estender-me, referendo parcialmente a negativa de medida cautelar, porque concedo medida cautelar em relação ao art. 3º, VI, b e §§ 6º e 7º, II, no sentido de suspender parcialmente, sem redução de texto, excluindo Estados e Municípios da necessidade de autorização da União ou obediência a determinações de órgãos federais para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas. A União continua com a possibilidade de atuar na questão do transporte e das rodovias intermunicipais, desde que haja interesse geral, mas não exclui isso dos Estados. A União, sim, deve, nos termos da Medida Provisória, observar as normas da ANVISA e de seus próprios Ministérios, mas isso não exclui a possibilidade de os Estados e Municípios efetivarem as normas previstas na Medida Provisória, observando as orientações dos órgãos técnicos correspondentes. (grifos nosso)

Não há dúvida de que há tanto o interesse inequivocamente nacional e coletivo para que a União exerça o seu papel instituído pela Constituição Federal, no que pertine a regulamentação de normas gerais e coordenação das atividades para o enfrentamento da crise, assim como há o interesse regional e local de garantir aos demais entes da federação (Estados e Municípios) meios de exercer a autonomia e controle do combate a disseminação do vírus, eis que são os entes competentes e conhecedores das peculiaridades de suas zonas regionais.

Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁰⁴ os entes federativos não exercem poder em subordinação, mas em cooperação para os objetivos firmados na Carta Magna.

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento da própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária.

No mesmo sentido foi posto em julgamento a ADPF 672/DF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra os atos comissivos e omissivos praticados pelo Poder Executivo Federal frente à crise sanitária ocasionada pelo coronavírus.

De acordo com Conselho autor da ação, os atos comissivos e omissivos praticados pelo Governo Federal nas áreas econômicas e da saúde violaram os artigos 1º, *caput*, 2º, 5º, *caput*, 6º, *caput*, 23, II, 24, XII e 196 todos da Carta Magna, concernentes ao direito à saúde, direito à vida e ao pacto federativo ao esvaziar e desacreditar nas políticas públicas implantadas pelos demais entes da federação em suas competências constitucionais, ocasionando o desequilíbrio e desarmonia entre os poderes.

Na mesma linha do voto condutor prolatado nos autos da ADI 6343/DF, a posição firmada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pautou-se no indispensável respeito e obediência ao Federalismo e ao princípio da Independência dos Poderes, donde os Entes da Federação devem agir com atos coordenados e harmônicos, sobretudo em tempos de pandemia, evitando-se atos exacerbados de qualquer um dos entes em prejuízo à condução das políticas públicas tão essenciais ao enfrentamento da Covid-19, de modo que não compete à União restringir a autoridade dos Estados sobre as medidas de isolamento social e restrição de circulação que lhe parecerem adequadas e baseadas em órgãos técnicos científicos competentes.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 481

Por outro lado, em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão ao Requerente no tocante à necessidade de salvaguarda da margem de atuação dos entes subnacionais para a delimitação, in loco, das medidas sanitárias mais adequadas e eficazes para a proteção da saúde de suas populações, observado o menor sacrifício possível para os demais interesses constitucionalmente protegidos, em especial a liberdade econômica.

(...)

Todavia, a competência dos Estados e Municípios nessa matéria não desonera a União do múnus de atuar como ente central no planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública, em especial de segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia da COVID-19, inclusive no tocante ao financiamento e apoio logístico aos órgãos regionais e locais de saúde pública. Como também não ficam os Estados e Municípios liberados a adotar quaisquer medidas, independentemente da observância dos padrões gerais normatizados pela União ou do encargo de fundamentar técnica e cientificamente a necessidade e adequação das mesmas. Dessa maneira, os Estados e os Municípios possuem competência material para implementar as medidas sanitárias previstas na Lei Federal 13.979/2020, desde que fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo

Vale advertir que a adoção de medidas de restrição à liberdade de locomoção e circulação não podem ser pautadas e acobertada de forma indiscriminada e por tempo indeterminado sob o manto da proteção do direito fundamental à vida, uma vez relativizado o direito fundamental de liberdade, preconizado como direito humano de primeira dimensão, a suspensão há de ser fundamentada e embasada em argumentos científicos sólidos e pelo tempo necessário ao reestabelecimento da ordem social, resguardada, ainda, a locomoção e circulação de produtos e serviços considerados essenciais definidos pelo Poder Público Federal.

Nesse aspecto, sedimenta-se o debate de que em matéria de saúde a competência é comum de todos os entes federativos no dever de promover o seu zelo, e para legislar sobre as matérias atinentes a defesa da saúde a competência é concorrente entre União e Estados, sendo que compete ao primeiro a edição de normas gerais de interesse nacional, enquanto que ao segundo a regulamentação específica de interesse regional, sempre em respeito à normativa geral constitucional, e somente compete ao ente municipal a possibilidade de legislar sobre o assunto de forma suplementar – adicionar, no caso – com vistas a garantir o atendimento à saúde.

4.2.1. Do bloqueio de acessos aos Municípios por Decretos Municipais e da restrição do exercício da liberdade de locomoção por decisão judicial de magistrados de Municípios contíguos de rodovias interestaduais e intermunicipais: Legalidade ou abuso de poder.

Neste cenário de crise pandêmica causada pelo vírus SARS CoV-2 – Covid-19, muitos Poderes da República, não só o Executivo como o Judiciário, no afã de impedir ou reduzir o contágio do coronavírus, instituíram e convalidaram normas restritivas de circulação e barreiras de acessos municipais e intermunicipais, bem como em rodovias interestaduais, sob a justificativa de zelar pelo direito fundamental à saúde e a vida da população.

Deparamo-nos em um momento ímpar da história mundial, a propagação de vírus altamente contagioso e que já causou severos danos em todos os países do globo, não só na questão de saúde pública, mas como também na ordem econômica.

A pretexto de dissipar a difusão do vírus em determinadas localidades, alguns representantes do Poder Executivo local editaram decretos públicos ordenando bloqueios generalizados nos acessos aos seus territórios, impedindo a entrada e saída de todos os meios de transporte de cargas e pessoas nos Municípios, mitigando o direito de locomoção e circulação dos indivíduos.

Como no Município de Igarapava situado no Estado de São Paulo, ao editar o Decreto Municipal nº. 2.233/2020¹⁰⁵, que estabeleceu apenas o livre acesso pelos seus munícipes ou parentes em linha reta ou colateral até terceiro grau, bem como aqueles que executam atividades essenciais no Município, restando vedado o acesso/ingresso de indivíduos de munícipes lindeiros.

Art. 5º - O acesso de veículos particulares de outros municípios no território de Igarapava-SP, exceto aqueles que tiverem atrelados a serviços essenciais a

¹⁰⁵ Decreto Municipal nº. 2233, de 21 de março de 2020. Prefeitura Municipal de Igarapava. Disponível em <http://igarapava.sp.gov.br/site/wp-content/uploads/2020/03/DECRETO-MUNICIPAL-Atualizado-2233.pdf> Acesso em 23.mar.2021.

população, bem como aqueles que comprovem atividade comercial através de nota fiscal ou ordem de serviço, terão seus acessos limitados/restritos junto as barreiras sanitárias impostas, junto com as forças de Segurança Pública do Estado de São Paulo em todas as divisas territoriais do município.

Parágrafo Primeiro - Serão realizadas medidas de comunicação em toda região visando a comunicação de todas as medidas adotadas.

Parágrafo Segundo - Terão livre acesso ao município apenas os veículos que comprovem pertencer a pessoas residentes e que possuem propriedades no município, e ou parentes destas em linha reta e em linha colateral até parentes de terceiro grau, bem como que executem atividades comerciais, podendo ser comprovado a veracidade das informações através de documentos oficiais tais como carteira de trabalho título de eleitor, IPTU e Portaria Municipal.

Parágrafo Terceiro - Casos divergentes de apuração, serão analisados e comprovados criteriosamente pela Prefeitura Municipal de Igarapava.

Na Estância Balneária de Ilhabela também localizada no Estado de São Paulo, o Prefeito editou decretos que bloqueavam a entrada de não-residentes pela balsa de acesso administrada pelo DER/SP e limitava a circulação de entrada e saída de pessoas residentes no arquipélago, condicionando-os a uma série de comprovações de residência; necessidade de trânsito; antecipação de solicitação e autorização, bem como disponibilidade de datas, para o exercício de locomoção.

DECRETO MUNICIPAL Nº 8.031, DE 20/03/2020 DISPÕE, DIANTE DO ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO CORONAVÍRUS (COVID-19), SOBRE A RESTRIÇÃO DE ACESSO AO MUNICÍPIO DE ILHABELA PELO SISTEMA DE TRAVESSIA LITORÂNEA OPERADA PELO DERSA - DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A.

Art. 1º Excepcionalmente, a partir do dia 11 de maio e até a data de 1º de julho de 2020, prorrogável se necessário, com o único objetivo de resguardar o interesse da coletividade na prevenção do contágio e no combate da propagação do CORONAVÍRUS - COVID-19, o acesso ao Município de Ilhabela, pelo sistema de travessia litorânea operada pelo DERSA, fica assim definido: (NR) (redação estabelecida pelo art. 1º do Decreto Municipal nº 8.119, de 01.06.2020)

I - funcionamento da travessia de veículos mediante apresentação de autorização excepcional, pelo Poder Executivo Municipal, entendida como de necessidade provisória ou permanente de locomoção;

II - funcionamento da travessia de pedestres mediante apresentação de autorização excepcional, pelo Poder Executivo Municipal, entendida como de necessidade provisória ou permanente de locomoção, preferencialmente em balsas abertas com limitação de passageiros;

III - funcionamento da travessia de veículos, IMEDIATAMENTE, para as seguintes hipóteses: a) veículos de emergência, assim compreendidos ambulâncias, viaturas e de transporte de pacientes; b) veículos oficiais, independentemente de qual órgão público estejam vinculados; c) veículos privados de assistência médica e hospitalar. [...]

DECRETO MUNICIPAL Nº 8.120, DE 01/06/2020 DISPÕE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO AO MUNICÍPIO DE ILHABELA, NOS

TERMOS DO DECRETO MUNICIPAL Nº 8.031/2020, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Art. 1º A partir da publicação deste Decreto, ficam autorizados a entrar no Município de Ilhabela os moradores que estão fora do Município e que comprovarem, no sistema de solicitações, a condição de morador/residente com a juntada de ao menos 2 (dois) dos seguintes documentos:

I - cópia do carnê do IPTU no nome do solicitante;

II - cópia de Contrato de Locação de Imóvel, registrado em cartório, com data anterior a 6 (seis) meses da data da solicitação;

III - cópia de comprovante de endereço, como conta de água, luz ou telefone no endereço do imóvel dos incisos I ou II;

IV - cópia do Título de Eleitor, devidamente cadastrado no Município de Ilhabela;

V - no caso de filhos e/ou cônjuges, também é necessária a juntada de documento que comprove o vínculo, sem prejuízo da juntada dos demais documentos, em no mínimo 2 (dois), elencados nos incisos anteriores.

Parágrafo único. Na análise da solicitação, a equipe responsável poderá solicitar outros documentos para a comprovação do alegado pelo solicitante.

Art. 2º Aqueles moradores que já se encontram no Município e que necessitem sair e retornar, também devem solicitar autorização de entrada no sistema, sendo recomendável que a saída ocorra após a confirmação de autorização para retornar, observando-se, a título exemplificativo, as seguintes comprovações. [...] ¹⁰⁶

Art. 3º O protocolo para a solicitação da autorização para saída e/ou entrada deverá ser efetuado com no mínimo 72 (setenta e duas) horas de antecedência da data pretendida.

Art. 4º Ficam autorizados a acessar o Município, a partir de 8 de junho de 2020, os proprietários de residências (segunda residência), desde que atendidas as seguintes determinações: [...]

Não diferente foi o Município de Peruíbe localizado no Estado de São Paulo que editou Decreto Municipal nº. 4.903/2020¹⁰⁷, no qual dispôs em seu artigo 9º, que “*ficam suspensas e canceladas, a partir de 17 de março de 2020, por tempo indeterminado, as permissões de tráfego para ingresso de veículos de turismo (ônibus e vans) no Município de Peruíbe*”. E não só isso, em virtude da antecipação dos feriados na comarca da capital decretado pelo Município de São Paulo com o objetivo de conter a circulação de pessoas, o Ministério Público ingressou com ação civil pública¹⁰⁸ contra o Estado de São Paulo e a União para que fossem determinadas a implantação de barreiras e restrição de acesso de

¹⁰⁶ Decreto nº. 8.031 de 20 de março de 2020. Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Ilhabela. Disponível em <https://cespro.com.br/visualizarDiploma.php?cdMunicipio=8969&cdDiploma=2020080315#> Acesso em 30.mar.2021.

¹⁰⁷ Decreto 4903, de 17 de março de 2020. Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Peruíbe. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/sp/p/peruibe/decreto/2020/491/4903/decreto-n-4903-2020-estabelece-medidas-de-contingencia-para-prevencao-do-coronavirus-no-mbito-da-administracao-publica-direta-e-indireta-do-municipio-de-peruibe-e-da-outras-providencias-2020-03-17-versao-original> Acesso em 23. Mar. 2021.

¹⁰⁸ Ação Civil Pública nº 0001667-04.2020.8.26.0266. Trâmite perante 3ª Vara Cível da Comarca de Itanhaém Estado de São Paulo. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpogp/show.do?processo.codigo=7E0007EA80000> Acesso em 23.03.2021.

turistas pelas rodovias estaduais com destino aos Municípios da baixada santista de Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe, Itariri e Pedro de Toledo, enquanto perdurar o estado de emergência estadual decorrente do vírus Covid-19, possibilitando o acesso apenas dos residentes e veículos de emergência.

Na análise preliminar da ação, o juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Itanhaém firmou o posicionamento pela concessão da tutela antecipatória¹⁰⁹ com o fim de obrigar o

¹⁰⁹ “(...) Diante da realidade acima, nos termos do quanto já decidido anteriormente, porém, amparado agora em fatos novos trazidos pelo Ministério Público, o que de forma alguma confronta com a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça, páginas 91/99, verifica-se a premente necessidade de restrição imediata de acesso de turistas aos municípios de Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe, Itariri e Pedro de Toledo, ao menos enquanto perdurar o “feriado prolongado”, que se iniciará dia 20/05/2020 e terminará em 25/05/2020, devendo ser liberado somente o acesso de veículos de emergência, e de locomoção para atendimento médico; de transporte e abastecimento de suprimentos; de prestação de serviços essenciais (tais como correio, transporte de combustíveis e mercadorias compradas de forma on-line); que comprovadamente estejam em trânsito para outra cidade; que comprovem atividade comercial na cidade; que comprovem vínculo domiciliar com o município a qual se pretende adentrar; em demais casos reconhecidos imprescindíveis pelos Municípios, através do exercício do poder discricionário, ficando estes responsáveis pela emissão de autorização excepcional Assim, para que haja efetividade na implementação das barreiras sanitárias, afigura-se imprescindível o concurso de esforços com o Governo do Estado, uma vez que o acesso aos municípios de Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe, Itariri e Pedro de Toledo se dá, principalmente, por meio de vias estaduais.

Para além disso não se pode perder de vista o direito fundamental à saúde decorrente diretamente daquele da dignidade humana e está consolidado no artigo 6º da Constituição Federal posteriormente minuciado em seus artigos 196 a 200. Por ser um direito fundamental, dele derivam consequentes deveres fundamentais, como a necessidade de sua máxima efetivação, e deveres implícitos, decorrentes deste direito explicitamente declarado que exigem uma ação ou omissão por parte do Estado e de particularidades para sua concretização.

Nesse passo, vida humana deve ser considerada como valor fundamental da Ciência Jurídica, como ponto central de todas as preocupações jurídicas, inspira o princípio fundamental da dignidade do ser humano. Este princípio que imanta todo direito privado, privilegia a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que considera o homem como sujeito de direito, e não mais, objeto de direito. O homem torna-se um valor fundamental, como razão e princípio de todo o direito.

Nesse diapasão, a fim de se efetivar as medidas adotadas para acesso de turistas à região, determino que o Policiamento Rodoviário integrante da Polícia Militar do Estado de São Paulo em eventual cooperação com a Polícia Rodoviária Federal, proceda a restrição, em caráter precário, no período de 20/05/2020 a 25/05/2020, das Rodovias que dão acesso aos municípios de Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe, Itariri e Pedro de Toledo e durante todo o percurso na área central destes municípios.

Isto posto, com fundamento no artigo 5º, *caput*, 6º, 196 e 197 da Constituição Federal, DEFIRO O QUANTO REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PETIÇÃO DE PÁGINAS **para determinar que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, proceda, no prazo de 12 (doze) horas, a restrição de acesso de turistas aos municípios de Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe, Itariri e Pedro de Toledo, entre os dias 20/05/2020 e 25/05/2020 devendo ser liberado o acesso somente de veículos de emergência, e de locomoção para atendimento médico; de transporte e abastecimento de suprimentos; de prestação de serviços essenciais (tais como correio, transporte de combustíveis e mercadorias compradas de forma on-line); que comprovadamente estejam em trânsito para outra cidade; que comprovem atividade comercial na cidade; que comprovem vínculo domiciliar com o município a qual se pretende adentrar; em demais casos reconhecidos imprescindíveis pelos Municípios, através do exercício do poder discricionário, ficando estes responsáveis pela emissão de autorização excepcional”**

(TJSP. Ação Civil Pública nº 0001667-04.2020.8.26.0266. Juiz de Direito Dr. Rafael Vieira Patara. DJ. 19.05.2020.)

Estado de São Paulo a executar medidas de restrição de acessos pela rodovia estadual que interliga os Municípios da Baixada Santista, amparado no dever de proteção da vida humana como valor fundamental da ciência jurídica, que dele derivam os demais direitos fundamentais e, por tal razão, necessita de sua máxima efetivação por parte do Estado.

Ou seja, o juiz singular de uma comarca contígua à uma rodovia estadual determinou ao Estado a adoção de providências no sentido de impedir e restringir o acesso de indivíduos (turistas) com destino aos Municípios do Litoral Sul de São Paulo, em razão dos feriados antecipados prolongados, fazendo-o por meio de bloqueio perante a Rodovia Cônego Domênico Rangoni (SP-055), via sob administração e concessão privada à Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A., com a finalidade de garantir a saúde e segurança dos indivíduos-municípios que residem na região.

A questão em debate paira na possibilidade de o poder judiciário, no caso a justiça comum, poder suplantar o Poder Executivo nas esferas dos Municípios e Estados-Membros para interferir na forma de administração de seus territórios para determinar quando, onde e de que forma deverão ser executadas medidas de combate à disseminação do vírus e a restrição de liberdade de locomoção dos indivíduos em rodovias estaduais, interestaduais e intermunicipais. Da mesma forma, vale a discussão: pode Prefeito Municipal editar decreto para estabelecer o bloqueio e a restrição de acessos de indivíduos não-residentes em suas comarcas embasada na proteção à saúde de acordo com os artigos 196 c/c 23, II e 30, II e II, da Constituição Federal?

O tema é polêmico e permite o amplo debate concernente a judicialização de causas e interferências nos atos administrativos dos poderes legislativo e executivo pelos demais poderes (judiciário e executivo) na condução das providências destinadas ao combate ao coronavírus, tais como a liberdade de locomoção.

A posição externada pelo magistrado no sentido de resguardar a saúde pública se coaduna com as orientações firmadas por renomados juristas, pelo Pretório Excelso e também pelo próprio Executivo – ao emitirem leis e decretos presidenciais, decretos estaduais e

municipais sobre medidas de enfrentamento ao vírus Covid-19 – nos quais sedimentaram pela sobreposição do direito à vida e a livre atuação dos Entes em prol da saúde da sociedade em detrimento de eventuais outros direitos fundamentais em colisão, tal como o de locomoção, porém sempre com certa razoabilidade e proporcionalidade na medida.

No contraponto do entendimento da decisão monocrática paradigma, revela-se a orientação firmada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Suspensão de tutela¹¹⁰ no sentido de que, embora se constate a boa intenção do juízo local e atuação do Ministério Público na adoção de medidas de controle da difusão da pandemia na região municipal, o exercício individual e em desarmonia com os demais entes da federação, notadamente em sobreposição ao Estado – único órgão público que detém a competência concorrente para legislar sobre o tema da saúde –, conflita com a norma constitucional, assim como a decisão judicial que determina a execução de atos administrativos técnicos invade a competência da Administração Pública para a instituição de providências de acordo com os seus critérios discricionários de oportunidade e conveniência em tempos de crise pandêmica.

Em tema de segurança e eficiência na prestação de serviços públicos na área da saúde, oportuno destacar o sentido **discricionário técnico** de decisão acerca de circulação de pessoas, veículos, transportes em geral, atributo de que é destituída qualquer decisão judicial sobre o tema. É que decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em tempos de crise e calamidade, porque **o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos e meios suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica. Antes, pode ocasionar situações de descontrole.**

IV. Negar ou conceder acesso a rodovia e a determinados municípios constitui ato administrativo informado pelas características da região como um **todo e não de apenas uns ou outros municípios em contraposição a tantos mais**. São elementos ligados ao mérito do ato administrativo, que não podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, cuja apreciação se debruça exclusivamente sobre aspectos formais de validade e eficácia. **A providência tomada pelo Juízo mencionado acabou por invadir indevidamente matérias de atribuição exclusiva do Estado de São Paulo**, notadamente o poder de polícia da Administração, excepcional e discricionário, capaz de restringir coativamente a atividade individual, na proteção da segurança coletiva e da boa ordem da coisa pública, este o mérito de eventual ato nesse sentido.

Permito-me lembrar que, em regra, a norma estadual prevalece sobre aquela editada no contexto municipal, tendo em vista o disposto nos artigos 24, inciso XII,

¹¹⁰ TJSP. Suspensão de tutela nº. 2054679-18.2020.8.26.0000. Des. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco. DJ. 20.05.2020. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Processos> Acesso em 23.03.2021.

e 30, inciso II, da Constituição Federal. Em outras palavras, a Constituição Federal aponta que os temas ligados à proteção e à defesa da saúde, e é disso que cuidam os autos, integram a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, aqui excluído, portanto, o Município, que recebe, no artigo 30, inciso II, da Carta Magna, competência legislativa suplementar, "no que couber". À evidência, tal expressão final significa que há possibilidade de atuação legislativa municipal nas matérias concorrentes federais e estaduais, desde que caracterizado o interesse local específico. Nesse sentido, tais normas prevalecem na hipótese, não influenciada pelos artigos 23, inciso II, e 30, inciso I, da Constituição Federal. (...)

IV. A gravidade da pandemia recomenda seja a menor possível a judicialização da matéria, porque intervenção pontual nas políticas públicas compromete a organização dos atos da Administração. Nesse sentido, ao Poder Judiciário parece lícito intervir apenas e tão-somente em situações que evidenciem omissão das autoridades públicas competentes, capaz de colocar em risco grave e iminente os direitos dos jurisdicionados.

O risco de lesão à ordem pública se prende também ao **caráter satisfativo da liminar** concedida pelo Juízo da comarca de Itanhaém, capaz de impactar diretamente no planejamento da Administração. A esse acresço o fato de que o ato judicial em análise **introduziu modificações nas políticas públicas**, âmbito de atuação primordialmente reservado ao Poder Executivo, de forma a dificultar o adequado exercício das funções típicas da Administração e a comprometer a **condução coordenada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19**. (...)

Todos os Poderes da República devem coexistir harmonicamente e em cooperação, assim como os seus Entes Federativos, cada qual dentro das competências que lhes foram atribuídas pela Constituição Federal de 1988, sem nenhum deles invadir a esfera de competência do outro. Desta forma, o juiz monocrático local ao decidir pela implantação de barreiras sanitárias em rodovia estadual que interliga diversos outros municípios litorâneos adentrou nos limites dos atos administrativos exclusivos da Administração Pública, únicos quem detém o dever de executar medidas outorgadas pelo constituinte originário na defesa da saúde.

Exorbita a competência do Poder Judiciário a tomada de atos decisórios no sentido de determinar, com poder de mando, ao Poder Executivo a realização de exercícios tendentes a restringir o direito de locomoção dos indivíduos no âmbito das rodovias estaduais, interestaduais e intermunicipais, com supedâneo no – até plausível – dever de garantir o direito fundamental da vida e da saúde dos munícipes, cujas funções são de competência exclusiva do Poder Executivo, consoante normativa constitucional.

É certo também que o legislador originário igualmente concedeu aos Municípios a competência comum de administrar questões afetas à saúde pública, porém não lhe concedeu a competência para legislar, seja de forma exclusiva seja concorrente, sobre a matéria, facultando-lhe apenas a competência suplementar, que, no caso, seria o complemento das disposições mais benéficas aos cidadãos local do que aquelas estabelecidas pelos Estados-Membros de forma regionalizada.

A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas somente poderá ocorrer em circunstâncias pontuais de notória omissão do Poder Executivo na implantação de providências no que concerne a saúde pública capaz de ocasionar lesão grave aos direitos fundamentais dos indivíduos. A concessão de decisões liminares satisfativas prolatadas por diferentes juízos locais sob os mais variados aspectos formais e materiais retira da Administração Pública o poder de executar atos coordenados e as ações necessárias para conter o avanço da epidemia de forma regionalizada em prol de interesse individual-local.

O Ministro ALEXANDRE DE MORAES no julgamento da ADI 6343/DF, posicionou pela inexorável inconstitucionalidade da Lei Federal nº. 13.979/20, no que diz respeito ao artigo 3º, VI, “b” e §§ 6º e 7º, II, por ter a União suplantado a sua competência ao mitigar e limitar as prerrogativas garantidas aos Estados-membros consistentes no poder de atuação na defesa da saúde de forma concorrente, e eventualmente dos Municípios de forma suplementar, os quais podem estabelecer medidas de restrição local nas estradas municipais (logradouros e ruas) desde que embasadas tecnicamente.

A União tem o papel central, primordial e imprescindível de realizar essa coordenação nos moldes que a própria Constituição estabeleceu no SUS. A grande coordenação da saúde é da União, com Estados e Municípios atuando na ponta. Mesmo assim, deve-se respeitar a Federação e a autonomia dos entes federativos. Não me parece que a União conheça as peculiaridades e necessidades ou não de interdição, de limitação, da SP-340. Primeiro, porque a União precisaria procurar a SP-340, que liga Mogi Mirim a Aguaí, onde exerci o cargo de Promotor de Justiça - foi minha primeira comarca na primeira instância.

Da mesma forma, parece-me que quem conhece mais as necessidades diretas da SP-70, que liga São José dos Campos a Cruzeiro -minha segunda comarca, depois que fui promovido de comarca -, seja o Estado, e não a União. Essa previsão de que somente a União pode lidar com a questão de transporte intermunicipal, a meu ver, essa exclusividade, é extremamente danosa ao combate à pandemia. (...)

Não exclui a possibilidade de a União determinar a interdição em rodovias intermunicipais para garantir abastecimentos, para garantir chegada mais rápida de medicamentos, por exemplo, porque nesse cenário o interesse nacional, o interesse geral, em conformidade com o princípio da predominância do interesse, estaria latente. No entanto, não é possível que a União restrinja a competência dos Estados para regulamentar o transporte intermunicipal e eventualmente realizar barreiras sanitárias nas rodovias intermunicipais, se o interesse regional assim o exigir. (...)

Da forma como está o art. 3º, VI, alínea b, não há respeito à autonomia dos entes federativos. O município pode regulamentar estradas municipais - na verdade, logradouros e ruas municipais. Se houver necessidade de aplicação de medidas sanitárias de amplo alcance, a extrapolar a esfera local, a própria União poderá promover uma grande interdição de interesse geral, mas não poderá excluir a possibilidade de que o Município, assim como os Estados, promovam medidas no âmbito de suas respectivas competências.¹¹¹

De acordo com o Ministro, os Estados-membros detêm a competência para legislar sobre a locomoção e circulação de pessoas e cargas no âmbito das rodovias estaduais, interestaduais e intermunicipais, e preconizou que cabe aos Municípios a legislação dentro de sua localidade (ruas e logradouros), podendo estabelecer medidas de restrições em seus territórios, de acordo com suas respectivas competência, para mitigar o contágio do vírus Covid-19, porém desde que aplicadas com razoabilidade e proporcionalidade, bem como pautadas em dados técnicos emitidos por órgãos competentes para adoção dessas medidas restritivas de direito.

O Ministro, em sua confirmação de voto, ainda compartilhou o receio da desordem e a perceptível desarmonia entre os entes federativos na condução dos trabalhos para conter o avanço da pandemia, com cada Município adotando medidas restritivas isoladas e em desrespeito a direitos fundamentais, repartição de poderes e ao Pacto Federativo, e esclarece que *“em relação ao isolamento no transporte intermunicipal, município e estado não são repúblicas autônomas (...) Para combater a pandemia, o município não pode fechar suas fronteiras, não deixando ninguém sair ou entrar. (...) Não é possível porque entra em competência que não é municipal. (...)”*

¹¹¹ ADI 6343/DF. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008> Acesso em 23.mar.2021.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade¹¹² proposta pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em face do Município de Ilha Bela que editou os Decretos de n.ºs. 8.031/2020, 8.119/2020 e 8.120/2020, sobre a instituição de bloqueio à ilha e restrição de locomoção por tempo indeterminado no arquipélago, sedimentou a posição de que os direitos fundamentais de locomoção não são absolutos, todavia não podem ser vilipendiados de forma ilimitada e desarrazoada, não cabendo a adoção de atos administrativos em excesso pelos Municípios fundados no zelo com a assistência à saúde.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 1º do Decreto n. 8.031, de 20 de março de 2020, na redação original e com a redação dada pelo Decreto n. 8.119, de 1º de junho de 2020, e do Decreto n. 8.120, de 1º de junho de 2020, todos do Município de Ilhabela. Restrição de acesso à ilha com a finalidade de evitar o alastramento do Covid-19.

VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA MOTIVAÇÃO E DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO. Decretos que limitam o acesso à ilha de forma desarrazoada e imotivada. Restrição de duração ilimitada. Ausência de clareza quanto aos parâmetros e critérios para o processo de autorização. Necessidade de lei formal para tanto. Desrespeito aos artigos 5º, inciso XV, da Constituição Federal e 111, 113 e 144 da Constituição Estadual.

INOBSERVÂNCIA DAS COMPETÊNCIAS ESTADUAL E FEDERAL E DAS NORMAS EXISTENTES. Entendimento consolidado no sentido de que as medidas de enfrentamento à pandemia devem ser concertadas em nível estadual, com embasamento técnico-científico. Legislação federal que exige recomendação técnica da ANVISA para o fechamento de portos, que não se verifica no caso. Ausência de omissão estadual na regulamentação da questão e, por consequência, de espaço para atividade legislativa municipal suplementar. Disposição sobre temas de Direito Civil que invade competência legislativa privativa da União. Ofensa aos artigos 22, inciso I, e 25, §§ 1º e 3º, da Constituição Federal e 1º e 144 da Constituição Estadual.

(...)

A restrição do acesso ao arquipélago viola a liberdade de locomoção, ainda que motivada pela tentativa de se refrear o desenvolvimento da atual pandemia causada pelo Covid-19 no Município.

Os Municípios são dotados de autonomia para se organizarem e para regularem assuntos de interesse local, porém devem sempre observar as normas constitucionais vigentes. O ente municipal, portanto, ao editar regulamentos, deve obedecer aos princípios constitucionais, dentre os quais o da razoabilidade. Quanto à liberdade de locomoção vilipendiada pelos decretos ora impugnados, é preciso ponderar que os direitos fundamentais não são absolutos, e podem sofrer limitações. Todavia, essas limitações ou são impostas pelo próprio texto

¹¹² TJSP. ADI n.º. 2144005-86.2020.8.26.0000. Des. Relator Moacir Peres do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. DJ. 11.11.2020. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Processos> Acesso em 29.03.2021.

constitucional que os instituiu ou devem ser justificadas por motivos de interesse público e pautadas pela razoabilidade. (...) Os decretos em análise, por sua vez, impõem restrição irrazoável ao direito de locomoção. **Não se pode condicionar o acesso à ilha ao cumprimento de condições irrazoáveis, estipuladas pela Administração municipal sem a devida justificativa.** A limitação de saída e retorno de moradores do Município, por exemplo, a apenas duas hipóteses (tratamento médico ou cuidado de questões financeiras) é exagerada e injustificada. Desconsidera, por exemplo, a possibilidade de um cidadão escolher buscar tratamento de saúde urgente com médico especializado, da rede privada, fora da ilha. (...) Ademais, **a restrição exagerada imposta pelos decretos não foi justificada segundo critérios técnico-científicos nem encontra respaldo na legislação em vigor.** (...)

Assim, pode mesmo o legislador municipal legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar, nos casos lacunosos, a legislação federal e estadual.

Todavia, **ao limitar o acesso ao Município de Ilhabela, a ré extrapolou a competência legislativa municipal, pois deixou de observar a competência legislativa estadual e a existência de normativa estadual sobre o tema, inexistindo, portanto, espaço para a suplementação da legislação.**

Não se nega a intenção dos Poderes Executivos Municipais e do Poder Judiciário para a esmerada execução das medidas sanitárias com o fim de dissipar a propagação do vírus e proteger os indivíduos daquela região sob sua proteção, os quais detêm o dever de prestar assistência. Contudo, não se pode perder de vista que de boas intenções e pensamentos restritos, individualistas e destinados a garantias de certa parcela da sociedade, excluindo as demais, se fez a guerra.

Daí porque imperioso o respeito à repartição dos poderes e suas competências e a autonomia dos entes federativos, para que alguns não exerçam poderes sobre os demais, mas sim sempre buscando a cooperação e harmonia para promover a adequada organização administrativa no combate a disseminação do vírus altamente letal.

Preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA¹¹³ sobre a independência e harmonia entre os poderes, e o imprescindível exercício do sistema de freios e contrapesos na busca do equilíbrio:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos tem direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do

¹¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** op. cit. p. 111.

equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (...)

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa ne, o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.

Nos casos paradigmas expostos por certo faltou à autoridade judicial local, assim como aos Prefeitos Municipais, a correta apreciação do Sistema Federativo e a deferência à interdependência entre os poderes e entes públicos, cuja ordem e decisão contrária ao ordenamento jurídico democrático vigente foi reestabelecida por decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao suspender a eficácia dos decretos municipais e do conteúdo decisório que autorizou a implantação de barreiras restritivas de acessos aos Municípios litorâneos, garantindo o direito de locomoção dos indivíduos.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal brasileira se transmudou com a evolução histórica da sociedade até se estabilizar no modelo atual de sistema normativo desde a sua promulgação, momento em que foi instituído o Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na justiça social e comprometida com a ordem interna e externa.

Assim, o legislador originário estabeleceu em seu Título I os princípios fundamentais norteadores da República Federativa e Estado Democrático de Direito como sendo primordiais os fundamentos de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Do mesmo modo, preconizou expressamente como cláusula pétrea o federalismo do Estado, a independência e harmonia dos Poderes e os direitos e garantias individuais, com o objetivo de construir uma sociedade justa, solidária e livre, com erradicação da pobreza e marginalização, promovendo-se o bem de todos, independente de origem, sexo, cor e idade, repudiando qualquer outra forma de preconceito e discriminação.

Os direitos fundamentais, portanto, são normas positivadas expressamente na Carta Magna que consistem em conteúdos jurídicos indispensáveis para garantir a subsistência da pessoa humana, assegurando-lhes a existência livre, desimpedida, igualitária e digna perante o Estado.

Como visto, com o desenvolvimento da sociedade ao longo dos séculos, os direitos fundamentais se amoldaram a esta evolução, constituindo os direitos fundamentais como de primeira dimensão, destinado a preservar o direito de liberdade dos indivíduos – dever de abstenção do Estado de impedir direitos básicos do cidadão, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à intimidade; o de segunda dimensão, que consagrou os direitos sociais das pessoas – neste momento, positivou-se o dever prestacional do Estado em garantir

políticas públicas sociais de igualdade, como direito à saúde, à previdência, ao direito de greve, econômicos e culturais; e o da terceira dimensão, contemplando os direitos humanos, cuja titularidade é coletiva e objetiva assegurar a concepção do sujeito pessoa humana, positivando os direitos naturais e liberdades individuais.

Na análise do conteúdo abordado até aqui estabeleceu-se as matérias e mecanismos norteadores para a aplicação do direito na atual conjuntura político-social, esclarecendo os limites dos Poderes frente às situações de intensa crise mundial e calamidade pública para que sejam sempre respeitados os direitos naturais e humanos, e para que sofram o mínimo de impactos possíveis nos direitos fundamentais tão arduamente consagrados.

Com efeito, a crise pandêmica que assola o país e o globo terrestre causada pela dissipação do vírus *SARS-CoV-2: Covid-19*, ocasionou a inexorável colisão entre direitos fundamentais positivados, como o direito de liberdade individual da pessoa humana consistente no seu direito de livre locomoção e circulação em território nacional e o direito social à saúde pública, ao ser estabelecido medidas de restrições de liberdades para conter a contaminação e propagação da doença considerada altamente letal.

O Estado se viu obrigado a garantir a primazia do direito à vida, estabelecendo medidas assecuratórias do direito social à saúde em sobreposição ao direito fundamental da primeira dimensão de liberdades individuais, notadamente o direito de ir, vir e permanecer, para conter o avanço da disseminação do vírus, o fazendo por intermédio de restrições de locomoção e circulação com os chamados isolamentos e distanciamentos sociais, quarentena e *lockdown*, que consistem no impedimento de transitar livremente pelas rodovias, ruas, estradas e praças públicas.

Diante da existência de direitos fundamentais em notória colisão, se torna indiscutível a imprescindibilidade de prestígio daquela norma de maior valor ao indivíduo, sem que isso possa ser considerada em vulneração do direito fundamental igualmente consagrado pela Carta Magna, mas tão somente a caracterização de suspensão provisória e temporária de direitos e garantias para o reestabelecimento da ordem social.

O Pacto de San José da Costa Rica, que consiste na declaração dos direitos humanos, e do qual o Brasil é signatário, previu a situação de eventual necessidade fática de suspensão das garantias aos direitos do homem cidadão, sem que isso seja considerada em violação aos direitos fundamentais, porém estabeleceu os requisitos para a decretação da suspensão das garantias nas situações de crises, tais como: estado de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado.

Parece-nos, no entanto, muito óbvio que uma crise pandêmica que já aniquilou, em um piscar de olhos, quase 3 milhões de pessoas no mundo, se trata de circunstância considerada de eminente estado de perigo público e coloca em risco a segurança do Estado, a motivar a suspensão de determinadas liberdades individuais asseguradas pelas Convenções e Declarações de Direitos Humanos e direitos fundamentais positivados na Carta Maior do Estado.

Contudo, isto não quer significar que o Estado, aqui compreendido todos os Poderes da República e Entes da Federação, detém a prerrogativa de exercer livremente poderes absolutos e praticar violações inconcebíveis ao pacto federativo pautados no argumento de defesa ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde e à vida da coletividade em tempos de pandemia.

Embora o país esteja vivenciando, atualmente, um sistema de crises, as restrições às liberdades individuais de forma indiscriminada, infundadas e exacerbadas não podem ser toleradas e acobertadas, por violar os direitos e garantias fundamentais prestigiados no Estado Democrático.

O direito constitucional de liberdade de locomoção e circulação são direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna e o indivíduo jamais poderá ser privado de sua liberdade, salvo expressa disposição legal. *In casu*, a mitigação do exercício desse direito em tempos de pandemia somente será efetivada por expressa previsão em texto legislativo e pautadas em orientações e estudos de órgãos técnicos capacitados na área de saúde ou

agências reguladoras a ratificar a necessidade de adoção de medidas extremas de limitação temporária de direitos.

O Estado Federal, com lastro nas recomendações dos órgãos técnicos competentes, assim como da Organização Mundial da Saúde – OMS, deve estabelecer as medidas sanitárias e restritivas de direito de locomoção e circulação para conter o avanço do vírus no país, emitindo normas gerais sobre a matéria enquanto poder central, cabendo aos Estados-membros a definição das medidas restritivas específicas de acordo com a situação vivenciada em seu território, adotando políticas de maior ou menor grau.

Não obstante, igualmente compete aos Municípios a execução das políticas públicas em suas localidades, podendo, para tanto, implementar leis suplementares, desde que não extrapole as competências exclusivas dos demais entes da federação ou colida com as previsões normativas nas leis estaduais e federais.

Desta forma, os atos praticados por prefeitos de diversos Municípios do país, assim como decisões judiciais prolatadas pelo Poder Judiciário destinados aos interesses individuais locais e que criam embaraços ao direito de ir e vir dos cidadãos de acessar os municípios por meio de rodovias estaduais, interestaduais e intermunicipais, cuja competência para legislar sobre trânsito e transporte é atribuída à União e ao Estado-membro, devem ser repelidas, eis que violam o princípio da autonomia e independência entre os Poderes da República e o Pacto Federativo.

Isso quer dizer que embora o juiz seja dotado de poderes decisórios e de agir nas omissões dos órgãos públicos competentes para executar as medidas assecuratórias, não lhe cabe sobrepor as atividades públicas administrativas na condução dos planejamentos técnicos e necessários para conter a propagação do vírus SARS-CoV-2 em prol de interesse setorial local, cujo interesse para solução da crise é coletivo.

A interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos sempre deve ser evitada para que seja resguardado o princípio da repartição de poderes e as competências

delimitadas pelo constituinte originário, cabendo ao judiciário o desempenho de sua atividade prestacional de garantir a ordem pública e intervir quando, e somente, ocorrer a omissão absoluta do Poder Executivo na adoção de providências e medidas de controle da ordem social que possa causar danos incomensuráveis e irreversíveis de direitos dos jurisdicionados. Ou seja, ao Poder Judiciário apenas compete intervir em questões pontuais quando constatada a notória ausência de medidas assecuratórias e preventivas ao combate à pandemia pela Administração Pública.

A divergência das providências e medidas adotadas pelo Estado-membro para impedir o avanço da pandemia do Covid-19 e a recalcitrância dos Municípios, não pode servir de supedâneo para invadir a competência do ente federativo na adoção dos atos administrativos discricionários e na organização das suas políticas públicas.

Ainda que o judiciário se baseie em decretos municipais sobre o tema de enfrentamento do Covid-19, e que tais legislam, indevidamente, sobre a restrição ao direito de ir e vir dos indivíduos – posto que não lhe fora dada a competência para legislar sobre direito de trânsito rodoviário e conflitam com decreto estadual e lei presidencial – não caberia a este órgão jurisdicional exercer o poder de coagir o Estado-membro na execução de certas políticas públicas de interesse local em detrimento da coletividade, especialmente por prazo indeterminado em manifesto descumprimento ao Pacto de San José da Costa Rica, do qual o país é aderiu, e especifica as circunstâncias exclusivas e provisórias de restrição de direitos fundamentais.

Assim, do mesmo modo que não compete ao Poder Judiciário adentrar nas competências exclusivas dos atos administrativos do Executivo Estadual na adoção de medidas restritivas – implantação de barreiras sanitárias – nas rodovias estaduais, interestaduais e intermunicipais, dada a sua competência legislativa outorgada pela Carta Magna, não cabe aos Prefeitos Municipais, sob o alicerce de exercer competência suplementar, invadir a esfera de competência exclusiva dos Estados-membros na legislação de tais temas rodoviários, trânsito e locomoção.

Portanto, relativo ao sistema de transporte e trânsito rodoviário estadual, interestadual e intermunicipal, as ações de enfretamento da crise sanitária efetivadas pelos governos estaduais decorrem do exercício de competência própria e não podem ser desrespeitadas pelos demais entes federativos.

Entretanto, no que se refere a legitimidade e competência dos Municípios para legislar sobre bloqueio das suas fronteiras e acessos, assim como restringir a livre circulação de pessoas e cargas dentro do seu território – ruas e logradouros – durante o período de calamidade pública causado pela crise sanitária pandêmica, a decisão firmada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6343/DF, estabeleceu que os entes federativos somente podem adotar as medidas restritivas de locomoção no limite de suas competências normativas e embasadas em recomendações e estudos técnicos emanados de órgãos especializados na área da saúde, resguardada a livre circulação de produtos e prestação de serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal respeitadas as definições no âmbito de competência de cada ente federativo.

Afigura-se, aparentemente, razoável a orientação firmada pelo Pretório Excelso ao reconhecer a legitimidade e competência do Município para legislar sobre o trânsito local e restrição de circulação de pessoas, devendo, no entanto, prestigiar e obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de medida restritiva de locomoção, cujas restrições não podem abarcar o bloqueio de suas fronteiras e acessos para não restringir a entrada e saída de produtos e serviços essenciais declarados em atos administrativos dos entes federativos competentes.

Para o Município exercer o poder de legislar medidas super restritivas de direitos fundamentais de locomoção e circulação de pessoas dentro do seu território, tais como: determinar *lockdown*; impedir a entrada de não-residentes na comarca; restringir a circulação de pessoas pelas ruas, praças e logradouros; aplicar multas por aglomerações públicas; dentre outras circunstâncias de limitação do exercício de liberdade, a decisão e decreto devem

obrigatoriamente estar motivadas e fundamentadas por ato discricionário técnico impróprio emanado de órgão ou entidade da área da saúde.¹¹⁴

Ao contrário da intenção de alguns Municípios de utilizarem o conteúdo decisório lavrado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº. 6343/DF, com intuito de validar as suas normas positivadas em Decretos Municipais acerca da possibilidade de restrição de locomoção e circulação de munícipes e não-residentes (turistas) em suas comarcas, a decisão, na verdade, buscou garantir e prestigiar a razoabilidade na aplicação de medidas restritivas, impondo ao Município o amparo em dados e fundamentos técnicos para a adoção das cautelas tanto para restringir quanto para se omitir, tal como preconizou o Ministro Alexandre de Moraes¹¹⁵ em seu voto sobre proposta: *“nós temos que privilegiar a ciência e não o achismo. Então, obviamente, isso vale para a União, para os Estados e para os Municípios, não só para tomar medidas de restrição, mas também para se omitir de medida de restrição, porque as medidas de restrição devem ser tomadas a partir da ciência e de recomendações técnicas e, eventuais, omissões não podem conflitar também com essas opiniões técnicas, com essas medidas internacionalmente conhecidas.”* (grifo nosso)

¹¹⁴ Nesse sentido, esclarece Tercio Sampaio Ferraz Jr. *“a discricionariedade técnica imprópria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga apenas por eles ou aprecia diferentes critérios, podendo exercer seu juízo conforme conveniência e oportunidade. Ao contrário da discricionariedade técnica própria, onde o preenchimento uniforme do conceito legal indeterminado aponta para a solução tecnicamente adequada, na discricionariedade técnica imprópria os critérios podem abrir um leque de opções tecnicamente adequadas aos fins propostos, cabendo ao administrador a decisão, ou ainda, os diferentes critérios técnicos empregados podem a favor ou contra determinado ato, ou vantagens e desvantagens, cabendo ao administrador ponderar e defini-lo segundo a conveniência e oportunidade”* “FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **O acesso a Rodovias dos Entes Federados: Federalismo Solidário e Articulação do Sistema Viário Nacional.** Revista de Direito Administrativo. Atlas. p. 286. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42472/41192/87028> Acesso em 29.mar.2021.

¹¹⁵Vale destacar a informação compartilhada pelo Ministro durante o julgamento, o qual ressaltou a quantidade de decisões de suspensão de liminar apresentadas e concedidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra decretos e ordens emitidos pelos prefeitos dos Municípios das regiões litorâneas do Estado, com manifesto exagero na restrição do direito fundamental de circulação que foram adotados sem a precedida recomendação técnica e ausente de fundamentação em evidências científicas e informações estratégicas de saúde: *“Quando Vossa Excelência pediu vista, fiz um rápido aparte, dizendo que exageros podem ocorrer dos três lados, porque são três níveis entes federativos, tanto os Municípios querendo fechar suas divisas, como se fossem repúblicas autônomas - e lembro que citei mais de vinte oito, talvez, suspensões de liminares do Tribunal de Justiça de São Paulo determinando abertura -, como também pode haver exagero por parte do Governo Federal ao estabelecer, num decreto, que tudo é atividade essencial, por exemplo, bares, restaurantes, comércio local, o que não é de sua competência.”* (STF. ADI 6343 MC-Ref. Tribunal Pleno. Ministro Relator Marco Aurélio. Redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 06.05.2020. Publicação em 17.11.2020.)

Por certo é plausível a preocupação do ente municipal que tenha, ou não, índices altos de casos de contágio da doença, com a entrada em seu território de não-residentes, munícipes de comarcas contíguas e turistas, e com isso ocasionar o aumento dos casos de contaminação na região e provocar o colapso e sobrecarga no sistema público de saúde. Contudo, parece crível que a decisão de restrição de acesso ao município e a limitação de locomoção de pessoas não pode se lastrear somente na preocupação de garantir o abastecimento dos munícipes e evitar a propagação da transmissão do vírus.

Não obstante, vale a reflexão que se o Município não pode impedir a entrada e saída de munícipes ou proprietários por manifesta norma positivada no texto constitucional, e posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁶, sendo certo, portanto, que tais podem ingressar e sair livremente no território local, como se pode presumir ou concluir que será a entrada de não-residentes e turistas na região – e que se manterão em regime de isolamento social –, que ocasionará a majoração dos casos epidemiológicos e o colapso do sistema de saúde local?

O aumento do número de indivíduos (turistas) em uma determinada região, por si só, não significa, necessariamente, que haverá o exponencial crescimento de casos de contaminação, tal circunstância somente traduz na imprescindibilidade de maior cautela do Poder Público no resguardo com a segurança e assistência à saúde, com a execução de atos de esclarecimento e orientação dos cidadãos quanto ao uso de equipamentos essenciais e cuidados com a higiene pessoal para evitar o contágio do vírus, assim como, se for o caso e necessário, realizar barreiras sanitárias com o fim de medir a temperatura e verificar os sinais

¹¹⁶ “RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. ADOÇÃO DE MEDIDAS DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19. ALEGAÇÃO DE OFENSA À MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA ADPF 672. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. DECISÃO RECLAMADA QUE INTERPRETA DECRETO MUNICIPAL. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DE ATOS EXPRESSAMENTE RECONHECIDA NA DECISÃO INVOCADA COMO PARADIGMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DO PROCESSO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (...) A análise da decisão impugnada (que resta acima transcrita) demonstra que o juízo reclamado não negou a competência municipal para adoção de medidas para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, tendo antes realizado interpretação de decreto municipal à luz dos elementos fáticos trazidos aos autos, tendo concluído no sentido de que o beneficiário da decisão reclamada teria domicílio na cidade de Guarujá/SP, razão pela qual não se lhe poderia ser impedida a entrada no território municipal. (STF. Rcl. 39976. Ministro Relator Luiz Fux. DJe 05.05.2020.)

indicativos de contaminação, bem como a confecção de testes rápidos para detecção da doença.

Se há outras providências que podem ser adotadas com o fim de evitar a disseminação do vírus Covid-19 antes de se adotar drásticas medidas restritivas de liberdade, estas devem ser observadas para que não se convole na irracional, desarrazoada e imotivada transgressão aos direitos fundamentais prestigiados pela Constituição da República.

Nessa senda, observa-se o Decreto Estadual nº. 64.881/2020¹¹⁷ editado pelo Estado de São Paulo, que em seu artigo 4º **recomenda** que “*a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais*”. Da mesma forma, a Portaria nº. 454/20¹¹⁸ do Ministério da Saúde, no tocante aos idosos, **orienta** no sentido de que “*impõe o dever de observar o distanciamento social, restringindo seus deslocamentos para realização de atividades estritamente necessárias, evitando transporte de utilização coletiva, viagens e eventos esportivos, artísticos, culturais, científicos, comerciais e religiosos e outros com concentração próxima de pessoas*”.

Os termos “recomendar” e “orientar” é que deve servir de base para as primeiras medidas a serem executadas pelo Poder Público, evitando-se restringir coercitivamente a circulação de indivíduos nos territórios de antemão às alternativas e tentativas prévias de prevenção da contaminação – realização de barreiras sanitárias locais em ruas e praças, propalação de orientações sobre higiene pessoal, uso de álcool em gel e máscaras, bem como a impossibilidade de praticar atos de aglomeração para mitigar os riscos de contágio da doença.

Ademais, a questão atinente ao abastecimento de serviços essenciais e de produtos, tais como remédios, produtos hospitalares, mantimentos, dentre outros, é de

¹¹⁷ Decreto Estadual nº. 64.881, de 22 de março de 2020. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/norma/193361> Acesso em 30.mar.2021.

¹¹⁸ Portaria nº. 454, de 20 de março de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm Acesso em 30.mar.2021.

competência dos Estados-membros, portanto se o Ente Municipal, a pretexto de evitar a circulação de pessoas e o contágio do vírus, bloqueia a sua fronteira está exacerbando a sua competência, razão pela qual se conclui que somente a ação coordenada e harmônica, sem que um poder adentre na esfera de competência do outro, garantirá a plena atuação dos órgãos públicos e o êxito no reestabelecimento da ordem social e combate à pandemia.

Desta forma, o Poder Público, em todas as suas esferas, deve sempre buscar outros meios para garantir o direito fundamental à saúde dos cidadãos e, ao mesmo tempo, evitar ao máximo a adoção de medidas restrição à locomoção de pessoas de forma desarrazoada e infundada, reduzindo de modo desproporcional o direito individual de liberdade de ir e vir em território nacional estabelecidos no artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal.

É de se concluir que em tempos de pandemia e crise sanitária mundial, o direito constitucional de locomoção e o exercício de liberdades individuais somente ser-lhes-ão restringidos, provisoriamente, por antecedida recomendação técnica fundamentada, respaldada em evidências científicas e em apreciação com informações estratégicas de saúde de órgãos especializados, até mesmo da OMS, e em prol do bem maior: a vida humana.

Logo, a conclusão é de que não há bem maior a ser tutelado e respeitado pelos entes da federação dentro da gama de direitos fundamentais e garantias constitucionais positivados tanto na Constituição do Estado quanto nas Convenções e Tratados Internacionais, em colisão, que não seja a vida humana, e para essa existência digna deve ser assegurado aos indivíduos a saúde pública com a implementação de medidas de proteção e assistência com a realização de barreiras sanitárias e fornecimento de medicações, vacinas e políticas públicas de atendimento, assim como atos destinados a promover a segurança, com a adoção de medidas restritivas de circulação e locomoção quando necessárias e amparadas nas recomendações técnicas da Organização Mundial de Saúde – OMS e órgãos de controle de crises sanitárias, resguardada a circulação de produtos e serviços essenciais à coletividade, todos com o fim único de combater o vírus Covid-19 e reestabelecer a ordem social e econômica tão prejudicadas neste momento de calamidades públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUJAMRA AITH, Fernando Mussa. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro. Volume 1.** f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza Jurídica do Estado Federal.** São Paulo: Publicado pela Prefeitura do município de São Paulo, 1948.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: UNISINOS, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade.** *In* Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, 2000.p. 37.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 374

BITTENCOURT, M. V. C. **Curso de direito constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2017.

BRUNIALTTI, Attilio. **Guia para o Estudo do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, André Luís Macedo Pereira da. **As dimensões dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 fev 2021.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Fundamentos de direito constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

COLLADO, Pedro Escribano. **Las vías urbanas**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1973.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

DALLARI, Damo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Editora Ática, 1986.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Como o coronavírus afeta os direitos humanos: colunista analisa os reflexos da quarentena devido ao covid-19 para as liberdades individuais**. [Entrevista a Marcelo Rollemberg]. *Globalização e Cidadania*, 2020

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **O acesso a Rodovias dos Entes Federados: Federalismo Solidário e Articulação do Sistema Viário Nacional**. Revista de Direito Administrativo. Atlas.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado e col. **A (in)completude da teoria dos direitos fundamentais sociais: a compreensão dos direitos e deveres fundamentais a partir do princípio esquecido da fraternidade**. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019

JACQUES, Paulino. **Do Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Constitucional**. 18^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A era dos direitos em Norberto Bobbio: fases e gerações**. 2010. 253 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**.

RODRIGUEIRO, Daniela Aparecida; MOREIRA, José Cláudio Domingues. **O direito social à saúde na perspectiva da constituição de 1988: um direito individual, coletivo e em construção**. RIPE –Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.50, n.66, jul./dez. 2016.

SAMPAIO DORIA, Antônio. **Direito constitucional: comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2008.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Humberto Jose da. **O direito constitucional de ir e vir em tempos de pandemia**. Jus Navigandi, 12.fev.2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.