

Os riscos “pós-pandêmicos” da ponderação de direitos fundamentais na aplicação das medidas de combate à Covid-19

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. A pandemia e a colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais. 3. A discricionariedade administrativa na imposição de medidas restritivas para o combate à pandemia do coronavírus: a discricionariedade técnica. 4. Os erros observados na adoção das medidas restritivas no combate à pandemia do coronavírus. 5. Os riscos à garantia dos direitos fundamentais: o novo normal. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho pretende abordar as possíveis consequências decorrentes da violação do princípio da proporcionalidade no sentido restrito, na ponderação dos princípios garantidores dos direitos fundamentais à saúde e à liberdade durante a pandemia do coronavírus. Não sendo direitos com caráter absoluto, os direitos fundamentais devem ser constantemente sopesados, uma vez que alterações de fatores externos podem implicar a mudança do direito predominante. Essa dinâmica nem sempre foi observada na imposição de medidas restritivas à liberdade durante a pandemia, levando a questionamentos quanto à possível vulnerabilidade ao Estado de Direito.

Abstract

The presente work intends to adress the possible consequences arising from the violation of the principle of proportionality in the strict sense, in the consideration of the principles guaranteeing the fundamental rights to health and freedom, during the coronavirus pandemic. Not being rights with an absolute character, fundamental rights must be constantly weighed, considering that changes in external factors may imply a change in the prevailing law. This dynamic was not Always observed in the imposition of measures restricting freedom during the pandemic, leading to questions about the possible vulnerability to the rule of law.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professora Adjunta de Direito Administrativo da UFBA.

Palavras-chave: Pandemia. Colisão de direitos fundamentais. Direito à saúde. Direito à liberdade. Ponderação. Princípio da proporcionalidade. Riscos.

Keywords: *Pandemic. Collision of fundamental rights. Right to health. Right to freedom. Weighting. Principle of proportionality. Risks.*

1. Introdução

Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII, em razão da dispersão mundial do coronavírus, impactando todos os setores da existência humana, reconhecendo, em 11 de março de 2020, a pandemia da COVID-19. A partir daí, passou-se a exigir dos governos mundiais ações compatíveis, céleres e racionais para contenção da pandemia.

No Brasil, a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus, data de 03 de fevereiro de 2020, quando o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 188. No entanto, somente no mês de março de 2020 que os estados e municípios passaram a adotar medidas excepcionais voltadas à contenção da pandemia, exatamente após o Carnaval – festa popular que chega a comportar, em cidades específicas, mais de 2 milhões de pessoas –, que ocorreu entre os dias 20 e 25 de fevereiro.

Apesar dos instrumentos constitucionais existentes no ordenamento pátrio para situações excepcionais – o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (arts. 137 a 141, da Constituição Federal) – e de Decreto Federal regulamentando o Estado de Emergência e Estado de Calamidade, também estados excepcionais (Decreto nº 7.257/2010 posteriormente substituído pelo Decreto nº 10.593/2020), a União optou por editar especificamente para o contexto da pandemia a Lei nº 13.979/2020.

No seu art. 3º, a Lei nº 13.979/2020 trouxe medidas de restrições de liberdades individuais para o combate à pandemia. Assim, apresenta o isolamento, a quarentena, a restrição temporária à locomoção intermunicipal e interestadual por rodovias, entre tantas outras. No contexto constitucional brasileiro, a adoção de tais medidas proporcionou, em diversas situações, a colisão de princípios informadores de direitos fundamentais, entre os quais, o princípio da proteção à saúde e o princípio da liberdade de locomoção.

Para o combate ao coronavírus, União, Estados e Municípios adotaram diferentes medidas, gerando conflitos federativos que, em certa medida, prejudicaram o controle da pandemia. A postura da União foi pautada mais pela preservação econômico-financeira, colocando-se contrária à maioria das medidas restritivas do direito de liberdade de locomoção. Por sua vez, Estados e Municípios adotaram medidas mais restritivas, produzindo uma descoordenação federativa e conseqüente intervenção judicial para solucionar o conflito travado entre princípios constitucionais.

Instado por inúmeras vezes a se pronunciar sobre temas diretamente relacionados ao enfrentamento da Covid-19, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto à ponderação de princípios na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6343, na qual reconheceu, por maioria de votos, a constitucionalidade das medidas de restrições relativas à locomoção e transporte, desde que embasadas em recomendação técnica fundamentada de órgãos da vigilância sanitária, preservando-se o transporte de produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

Nesse contexto, travaram-se infindáveis debates quanto à ponderação de princípios constitucionais e a discricionariedade técnica revelada nos “estudos técnicos” que subsidiaram as medidas restritivas impostas à população para conter a disseminação do vírus.

No último dia, 22 de abril de 2022, o Governo Federal anunciou o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), apesar de especialistas questionarem a ausência de critérios epidemiológicos consensualizados internacionalmente para tal decisão. Saliente-se que a Organização Mundial da Saúde (OMS) manteve a emergência de saúde internacional relacionada ao coronavírus, declarada em janeiro de 2020. Segundo a organização, os países ainda apresentam uma cobertura vacinal muito heterogênea e o comportamento imprevisível do vírus contribui com a continuidade do contexto de pandemia global.¹ Mesmo com as divergências existentes quanto ao fim da pandemia do coronavírus, a maioria dos Estados e Municípios brasileiros já flexibilizou quase que a totalidade das medidas restritivas impostas.

Este trabalho pretende demonstrar que o princípio da proporcionalidade nem sempre foi utilizado corretamente quando da colisão dos direitos fundamentais envolvidos no contexto da pandemia, com destaque para o direito à liberdade e à proteção da saúde. Por outro lado, busca-se ponderar os efeitos “pós-pandêmicos” ocasionados pela relativização de tais direitos fundamentais no contexto atual.

2. A pandemia e a colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais

Segundo José Cretella Júnior,² os princípios de uma ciência são o conjunto de proposições básicas, fundamentais que condicionam o desenvolvimento das estruturas subsequentes. Os princípios seriam, então, o alicerce da construção da ciência.

Servindo às ciências em geral, os princípios, conforme aponta Miguel Reale, “são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia

¹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/20/fim-da-emergencia-de-saude-da-covid-pode-impactar-legislacao-e-politicas-publicas>. Acesso em: 03.05.2022.

² CRETELLA JÚNIOR, José. Os Cânones do Direito Administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97/5. p. 7, 1988.

de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.”³

Agustín Gordillo⁴ leciona que os princípios são a base de uma sociedade livre e republicana, sendo os elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os atos de seus componentes.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado.”⁵ Ainda, segundo o seu entendimento,⁶ transportando os princípios para o ramo da ciência jurídica, constituem os valores formulados e aplicados no meio social, absorvidos pelo Direito, como base do sistema, devendo ser observados dentro da estrutura do Estado. Tem-se, assim, que os valores superiores da sociedade, encarnados nos princípios dotados de normatividade e eficácia plena, são as raízes do sistema jurídico, exigindo que tanto a lei como o ato administrativo não só respeitem os seus limites, como também sigam sua mesma direção.

Eduardo García de Enterría,⁷ adotando a mesma linha, entende que os princípios são nódulos de condensação de valores ético-sociais e o centro de organização do regime positivo. Nos princípios estão o espírito e os fins do sistema jurídico, que demonstram a sua tendência ideológica.⁸ Eles exigem que tanto a lei como os atos administrativos respeitem seus limites e tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção e realizem o seu espírito.⁹

De acordo com Bobbio,¹⁰ os princípios são normas fundamentais e generalíssimas do sistema. Argumenta que, como as normas são deduzidas dos princípios por meio de um procedimento de generalização sucessiva, subentende-se que princípios também são normas, afinal, “da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas.”¹¹ Assim, os princípios são normas que muitas vezes expressam direitos fundamentais.

Alexy,¹² manifestando-se quanto aos direitos fundamentais, afirma que são aqueles que tratam de interesses e carências humanas que necessariamente devem ser fomentados e protegidos pelo direito. Um interesse ou carência é fundamental

³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60.

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. 37-VI.

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDES, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 84.

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 25.

⁹ GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 177.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, 1999. p. 240.

¹¹ “de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas.”

¹² ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

quando sua violação ou não satisfação significa a morte ou padecimento grave ou acerta o âmbito nuclear da autonomia. Assim, são entendidos como tais os direitos de defesa liberais clássicos, bem como os direitos sociais, que asseguram o mínimo existencial.

A teoria geral dos direitos fundamentais no pós-guerra consolidou-se definitivamente como normas jurídicas que, pelo menos no que tange às liberdades públicas, conferem direitos subjetivos aos indivíduos.¹³

Analisando a Constituição Federal Brasileira de 1988, Alexy¹⁴ afirma que os direitos clássicos de liberdade e igualdade são regulados no seu art. 5º, e incisos e os direitos sociais no art. 7º e incisos, além de outras prescrições no Título Oitavo, que trata da Ordem Social. Segundo o autor, a análise de tais dispositivos permite observar a possibilidade de confronto entre estes. Assim, reportando-se à liberdade de manifestação de ideias como livre, estabelecida no art. 5º, IV, questiona se é possível a livre manifestação de ideias racistas, frente à proteção à honra constante do art. 5º, X. Afirma, então, a necessidade de fixação de barreira com auxílio de uma ponderação, como parte de um exame de proporcionalidade. No que se reporta ao sopesamento entre direitos fundamentais, cumpre acrescentar a posição de John Rawls,¹⁵ que rejeita um suporte fático amplo às liberdades fundamentais com o exato propósito de evitar colisões e conseqüente necessidade de sopesamento.

No caso da pandemia do coronavírus, de início, a ciência não foi capaz de apresentar resposta absoluta para sua contenção. O contágio rápido e agressivo do vírus se alastrou pelos continentes, com aumento desenfreado do número de mortos. Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Resolução nº 01/2020, em 10 de abril de 2020, com recomendações de isolamento social e medidas protetivas para o combate à pandemia voltadas aos países signatários. No Brasil, governadores e prefeitos começaram a seguir a referida Recomendação, criando mecanismos de contenção do vírus, por meio do isolamento social dos cidadãos, com restrições ao direito de locomoção e a suspensão de diversas atividades, não caracterizadas como “serviços essenciais,” inclusive de natureza educativa.¹⁶

Desta forma, instalou-se a colisão entre os princípios de proteção à saúde e aqueles que garantem o direito fundamental à liberdade, o que inclui a liberdade de locomoção, de reunião, de manifestação, de frequentar cultos religiosos etc.

Tratando da colisão no sentido restrito de direitos fundamentais, que em regra estão abrigados em princípios, Alexy informa que nasce “quando a realização de um

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 50.

¹⁵ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Colombia University Press, 1993. p. 289-371.

¹⁶ SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Constituição e Restrições a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão*. BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann (Coords.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: segundo volume*. São Paulo: IASP, 2020. p. 95.

direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre os direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.”¹⁷

Conforme informa Eros Roberto Grau,¹⁸ os princípios permitem que valores e interesses sejam balanceados e ponderados quando do conflito com outros princípios, aplicando-se aquele que, naquela situação, satisfaça o ideal de otimização. Desta maneira, havendo conflito entre princípios, este se resolve através de procedimento de ponderação, ou seja, diante da hipótese colocada ao juízo decisório, afasta-se o princípio cujo peso foi sobrepujado pelo outro. Pode, também, ocorrer que se aplique ambos os princípios colidentes até o limite das possibilidades que o peso de cada um comporta.

Alexy,¹⁹ reportando à matéria, refere-se aos espaços estruturais como aqueles que nascem dos limites daquilo que a constituição ordena e proíbe. No espaço estrutural têm-se: o espaço de *determinação da finalidade*, o *espaço de escolha médio* e o *espaço de ponderação*, que correspondem ao princípio da proporcionalidade.

No *espaço de determinação da finalidade*, o direito fundamental deixa em aberto os fundamentos da intervenção. Nesse espaço, deve-se selecionar as finalidades, bem como as medidas necessárias à sua realização. Seria o espaço do subprincípio da idoneidade, ou seja, a medida a ser adotada deve alcançar o objetivo pretendido. Já no *espaço de escolha médio*, havendo diversos meios idôneos, igualmente bons, para atingir o objetivo pretendido, porém com possibilidade de repercutirem negativamente, em medida diferente, sobre outros princípios, deve-se escolher o meio que represente menor sacrifício ao então princípio ameaçado. Neste caso, estar-se-ia diante do subprincípio da necessidade. Já no *espaço de ponderação*, quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância de cumprimento do outro. A ponderação tem, então, três passos: *i*. Comprovação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; *ii*. Importância de cumprimento de princípio contrário; *iii*. Comprovar que a importância do cumprimento do princípio contrário justifica o não cumprimento do outro. Neste ponto, tem-se o princípio da proporcionalidade no sentido restrito.

O ponto decisivo para o *espaço de ponderação estrutural* deve considerar que a Constituição estabelece direitos fundamentais com paridade ou empate. A Constituição não decide a colisão. Se há empate de ponderação pela Constituição, é por ela liberado um espaço de ponderação estrutural, que deixa campo para argumentos jurídicos subconstitucionais que atribuem a um direito um peso maior que a outro.²⁰

¹⁷ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 100.

¹⁹ ALEX, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 83.

²⁰ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 85.

Nessa atividade, chama-se atenção para a necessidade de inserção dos princípios na realidade, na vida, caminhando do universal ao particular.

Percebe-se, por diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o enfrentamento da colisão do princípio de proteção à saúde frente aos princípios garantidores do direito fundamental à liberdade na imposição de medidas restritivas pelos diversos entes federados no combate à Covid. Assim, o STF reconheceu que, como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.²¹ A Corte também reconheceu o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras.²² Nessa linha, tratando da vacinação compulsória, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei nº 13.979/2020.²³ De acordo com a decisão, o Estado pode impor àqueles que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola). Em seu voto, o Ministro Barroso afirmou que não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros, lembrando que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de doenças, quando uma parcela significativa da população é imunizada, a fim de atingir a chamada imunidade de rebanho.

Percebe-se, então, a tendência de prevalência do princípio da proteção à saúde frente aos princípios garantidores da liberdade individual [liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CF), liberdade de reunião (art. 5º, XVI, CF) e o livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único)]. Porém, como a ponderação entre princípios não é exata, o que coloca em zona de discussão o julgamento a propósito da maior importância de um princípio em relação a outro,²⁴ o STF se reporta em seus julgamentos à necessidade da medida restritiva se encontrar embasada em evidências científicas.

Nessa toada, ao emitir julgamento conjunto das ADIs 6421, 6422, 6424, 6427, 6428 e 6431, que trataram da MP 966/2020, o qual se reportou à responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19, o STF firmou tese segundo a qual:

²¹ Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341.

²² ADPF 672 MC-Ref., Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 19-10-2020.

²³ Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 95.

(...) a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Tudo em consonância com o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020, que após elencar medidas restritivas, estabelece que:

§ 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.

Nesta perspectiva, questiona-se o limite da discricionariedade conferida aos entes federados para estipulação de medidas restritivas voltadas ao combate à pandemia da Covid-19 e o papel desempenhado pelos estudos técnicos-científicos que servem de suporte às decisões administrativas.

3. A discricionariedade administrativa na imposição de medidas restritivas para o combate à pandemia do coronavírus: a discricionariedade técnica

Quando se reporta à discricionariedade administrativa, deve-se de antemão afastar a ideia de liberdade do administrador, típica do Estado de Polícia, onde aquele tinha sempre o direito de realizar novos fins que ele próprio delimitava, fora do quadro de qualquer norma legal.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández,²⁵ a discricionariedade é caso típico de remissão legal, sempre parcial. Parcial por consistir em uma simples aplicação do princípio da mensurabilidade de todas as competências públicas, ou de sua necessária limitação.

Com efeito, a discricionariedade aparece toda vez que a lei não tem condições de apresentar a solução adequada para a hipótese do mundo empírico, transferindo esta atribuição para o administrador. Observe-se que a intenção legal é que as decisões administrativas sejam as mais adequadas ao atendimento dos direitos fundamentais.

²⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 454.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁶ estaremos diante da competência discricionária quando o regramento não atingir todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a lei uma certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma entre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Logo, o espaço decisório da administração deverá pautar-se em parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição Federal, pelas leis ou por atos normativos editados pelas entidades administrativas.

Gustavo Binenbojm²⁷ reporta-se à discricionariedade como um espaço carecedor de legitimação, ou seja, como campo de escolhas não puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

Quanto às providências adotadas pelos gestores públicos no sentido de conter o avanço da pandemia da COVID-19, a Lei nº 13.979/2020, no seu art. 3º, arrolou diversas medidas restritivas a direitos fundamentais, permitindo que outras, além das previstas, fossem adotadas, o que retrata a concessão de discricionariedade ao gestor público na escolha da medida implementada.

Ocorre que a discricionariedade deve se apresentar embasada em motivação que demonstre a concretização de princípios, que deverão ser razoavelmente ponderados, em caso de colisões. Atente-se que as medidas limitadoras de direitos ou coercitivas, constantes do art. 3º da Lei nº 13.979/20, são excepcionais e devem ser pautadas na estrita necessidade, devidamente justificadas. Conforme lição de Carlos Ari Sunfeld:

Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta só pode ser cumprida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado.²⁸

Desta forma, a discricionariedade não pode servir de instrumento a ser manipulado por administradores inescrupulosos visando atender a pretensões político-partidárias, econômicas ou particulares. Daí porque não se confunde discricionariedade com arbitrariedade.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.

Tomás R. Fernández²⁹ classifica como arbitrário todo ato desprovido de motivação e sem qualquer vínculo com a realidade, fruto da mera vontade e capricho do administrador. Acrescenta o autor que a arbitrariedade possui duplo significado: em um sentido genérico, arbitrariedade é o reverso da Justiça e do Direito; em um sentido mais concreto, arbitrário é tudo aquilo que se apresenta como carente de fundamentação objetiva, como incongruente ou contraditório com a realidade que serve de base para as decisões.³⁰

A arbitrariedade não traz motivação ou esta é eivada de contradições, revelando inautenticidade, conforme afirmam Eduardo García de Enterría e Ramón Fernandez.³¹ Os autores asseveram que Locke fixou um significado preciso do termo arbitrário, que alude não somente a um modo de governar identificado com o despotismo e a tirania, como também a raiz do poder que este modo de governar expressa, um poder sustentado na vontade e capricho de quem o detém, exercido com liberdade que não se presta a qualquer justificação.

Nesse viés, no que concerne à pandemia da Covid-19, não caberia a adoção de medida restritiva tendo como única motivação a necessidade de resposta à população por não ter seguido recomendações para evitar aglomerações. Assim, seria o exemplo de decreto municipal de fechamento de uma avenida, para qualquer tipo de circulação, em virtude da aglomeração de alguns grupos, verificada na véspera da publicação do ato normativo. Ora, nesta situação, o decreto mostra-se arbitrário por desvio de finalidade, ou seja, a atuação do gestor público foi movida pelo intuito de punir a população em face da desobediência e não conter a disseminação da pandemia. Questiona-se, também, o fechamento de praias através de decretos municipais e a concomitante redução da frota de ônibus para atender a população que se manteve laborando durante o período pandêmico. Ora, iniciativas dessa natureza desvirtuaram a discricionariedade normativa, revelando condutas administrativas arbitrárias.

Saliente-se que, no caso das medidas restritivas adotadas em razão da pandemia, a norma legal exigiu que as escolhas dos gestores públicos fossem respaldadas em evidências científicas (art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020), o que significa a incidência da chamada *discricionariedade técnica*.

António Francisco de Sousa³² acentua que a expressão *discricionariedade técnica* foi utilizada pela primeira vez em direito administrativo pelo professor da Escola de Viena, Bernatzik, no ano de 1864, significando aquele tipo de decisão que, apesar de não ser discricionária, estaria fora do controle judicial em virtude de o seu conteúdo exigir um elevado grau de conhecimentos técnicos, possuído apenas pelos administradores, diante de sua formação.

²⁹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.

³⁰ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 160.

³¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 477.

³² SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

O doutrinador português lança críticas à tese da discricionariedade técnica, que na jurisprudência portuguesa somente admite o controle judicial em caso de erro manifesto. Primeiro, aduz a imprecisão do que seja “decisão altamente técnica,” acrescentando que “onde começa e acaba o caráter ‘altamente técnico’ de uma decisão nunca foi nem nunca pode ser respondido em termos claros e precisos.”³³ Segundo, refere-se à possibilidade de o juiz recorrer a peritos para buscar esclarecimentos quanto aos fatos que decide, caso trate de matérias dotadas de complexidade técnica. Por fim, critica a limitação do controle judicial ao chamado “erro manifesto.” Inicialmente, porque não se pode dizer com precisão o que constitui um “erro manifesto.” Depois, por ser inadmissível aceitar-se um erro pelo fato de o mesmo “não ser manifesto,” uma vez que em ambos os casos se estará diante de ilegalidades.

Com efeito, de toda a crítica lançada por António Francisco de Sousa, chama-nos atenção o comentário do autor, segundo o qual:

A discricionariedade técnica perde assim o seu fundamento, pois, no Estado de Direito, a liberdade da Administração, como temos vindo a sublinhar, só pode emanar da vontade clara e inequívoca do legislador resultante da lei e não da imprecisão dos conceitos que emprega ou da dificuldade do controlo jurisdicional.³⁴

Conforme Juan Francisco Linares,³⁵ quando se trata de normas ditadas em base técnica menos precisa, a determinação de erro da normativa e de sua irrazoabilidade jurídica é mais difícil, havendo resistência de intervenção dos órgãos jurisdicionais, salvo em se verificando outros vícios. Acrescenta que se trata do problema de saber se a eleição de uma espécie de comportamento do órgão através de um ato administrativo, fundado em razões técnicas, configura-se atuação discricionária e, em caso afirmativo, se caberia o controle jurisdicional.

Nesse contexto, a discricionariedade técnica decorrente da complexidade técnico-científica das questões envolvidas com a tomada de decisões quanto às medidas restritivas e o seu alcance na contenção da pandemia do coronavírus, não deveria transformar a remissão à manifestação técnica como um simples endosso, mas em um endosso condicionado.³⁶ Nessa linha de pensamento, apesar da redução do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não poderia furtar-se à declaração de nulidades diante de absurdos evidentes, ou seja, diante de situações flagrantemente despropositadas, inverossímeis e desarrazoadas.

³³ SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 107.

³⁴ SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 108.

³⁵ LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

³⁶ LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

Por fim, após verificada a evidência científica da eficácia da medida restritiva de direitos a ser adotada para minimizar os efeitos da pandemia com apresentação de parâmetros transparentes, caberia a demonstração da sua prevalência sobre outras medidas, porventura existentes, bem como o seu confronto com as consequências danosas advindas de tal restrição. Tal confrontação seria essencial para saber se os benefícios da medida justificam os prejuízos advindos. Além disso, tal confronto somente seria eficaz se efetivado com a análise da situação fática vivenciada. Ou seja, somente o contexto pandêmico, social e econômico do local afetado pela medida revelaria a correta ponderação principiológica.

4. Os erros observados na adoção das medidas restritivas no combate à pandemia do coronavírus

As medidas restritivas voltadas à contenção da pandemia do coronavírus, então previstas no art. 3º da Lei nº 13.979/2020, representavam condicionamentos de direitos individuais estabelecidos como medidas de polícia administrativa incidentes em direitos fundamentais. Neste sentido, apesar da discricionariedade conferida ao gestor na escolha da medida e da prevalência da proteção à saúde frente aos princípios garantidores do direito fundamental à liberdade, a norma legal exigiu expressamente que a decisão fosse fundamentada em evidências científicas, apresentadas por órgãos técnicos competentes. Tal exigência foi referendada pelo STF.³⁷

No entanto, observou-se que alguns entes federados passaram a impor medidas restritivas, sem a necessária fundamentação técnica. Assim, a Suprema Corte confirmou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que sustou os efeitos de decreto municipal que restringira a circulação de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos. Segundo o Relator, a simples existência da pandemia não poderia servir de justificativa para a restrição, que não estaria respaldada por recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.³⁸ A imprensa também noticiou a determinação de fechamento do calçadão de determinado trecho da orla marítima em certo município, anunciada um dia depois de verificada aglomeração no referido trecho. Ou seja, segundo noticiado, a medida decorreu do comportamento da população e não de estudo técnico.³⁹

No Brasil, a maioria dos estudos técnicos que respaldaram a imposição de medidas restritivas para combate à pandemia utilizou como um dos parâmetros a taxa de ocupação em leitos de UTI. Em alguns Estados, a taxa de ocupação de leitos de UTI Covid igual ou superior a 60% seria um parâmetro positivo para imposição de

³⁷ ADI 6343.

³⁸ Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar: SL 1309 São Paulo – 0089331-06.2020.1.00.0000.

³⁹ Disponível em: <<https://sociedadeonline.com/apos-video-polemico-acm-neto-anuncia-interdicao-do-farol-da-barra/>, <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-carro-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/>>. Acesso em: 06.05.2022.

medidas restritivas. Ocorre que, apesar de parecer bastante objetivo, tal parâmetro enfrentou questionamentos quando da sua utilização.⁴⁰

Em janeiro de 2021, o Brasil enfrentou o que chamou de “2ª onda” da pandemia da Covid-19, após um período de relativa estabilidade dos indicadores epidemiológicos. Acontece que, diante da referida estabilidade, diversos Estados divulgaram um “Plano de Desmobilização,” com a redução de leitos clínicos e de UTI para enfrentamento da pandemia.⁴¹ Segundo dados do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2020), o país chegou a dispor de 20.770 (vinte mil, setecentos e setenta) leitos de UTI ofertados na rede de assistência à COVID-19 em dezembro de 2020, dos quais 12.003 (doze mil e três) encontravam-se habilitados pelo Ministério da Saúde, número que caiu drasticamente para 7.717 (sete mil, setecentos e dezessete) em janeiro de 2021, e 3.187 (três mil, cento e oitenta e sete) no mês de fevereiro de 2021.⁴² Vê-se, assim, que com a chegada da “2ª onda” da pandemia, a partir de fevereiro de 2021, logo se alcançou a taxa de ocupação de UTI-COVID de mais de 90%, subsidiando a imediata imposição de medidas mais restritivas à liberdade. Saliente-se que, muitas vezes, as informações quanto ao aumento da taxa de ocupação dos leitos de UTI-COVID foram desacompanhadas das notícias quanto à drástica redução dos referidos leitos pelos diversos Estados.

Por outro lado, muitos municípios impuseram as mais variadas medidas restritivas, que foram desde o fechamento de estabelecimentos comerciais, escolas, academias e praias, até a vedação de circulação em espaços públicos a partir de certo horário, porém não apresentaram qualquer providência para conter a constante aglomeração nos transportes públicos, principalmente em horários de pico. Muitos profissionais, principalmente aqueles vinculados à prestação de serviços essenciais, foram obrigados a enfrentar constantes aglomerações em transportes públicos, apesar das diversas medidas restritivas impostas à sua liberdade individual.

Situação dessa natureza ocorreu no Município de Salvador, no Estado da Bahia. Em março de 2020, referido município publicou Decreto com as medidas para enfrentamento da pandemia, autorizando a redução em até 30% (trinta por cento) da circulação da frota de ônibus, desde que a redução não ocorresse em horários considerados de pico, e que o plano de redução fosse previamente aprovado pela Secretaria Municipal de Mobilidade – SEMOB.⁴³ Posteriormente, no mês de agosto de 2020, com o início da retomada econômica, com a reabertura de mais de 30 mil estabelecimentos, não houve medida específica de retorno da frota original de ônibus. Ação Civil Pública, então proposta pelo Ministério Público, requerendo o retorno de

⁴⁰ Decreto nº 33.717/2020 (Município de Salvador).

⁴¹ No Estado da Bahia, foram desativados, a partir de setembro de 2020, 857 (oitocentos e cinquenta e sete) leitos, sendo 513 (quinhentos e treze) clínicos e 344 (trezentos e quarenta e quatro) de UTI. Para além disso, foram também desmobilizados hospitais de campanha. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/wpcontent/uploads/2020/11/Plano_de_Desmobilizacao_da_Rede_Assistencial_COVID_19.pdf>. Acesso em: 15.05.2022.

⁴² CONASS. Nota à imprensa – Habilitação de Leitos de UTI para COVID-19. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/nota-aimprensa-habilitacao-de-leitos-de-uti-para-covid-19/>>. Consulta em: 15/05/2022.

⁴³ Decreto Municipal nº 32.272/2020.

100% da frota, salienta que “não guarda coerência o Município de Salvador estabelecer medidas de distanciamento social, inclusive mantendo o fechamento de praias, quando a população se aglomera nos ônibus de Salvador, não para atividades de lazer, mas para seu deslocamento laboral.”⁴⁴ Argumentar a manutenção da frota reduzida em virtude da queda da demanda e a consequente necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do serviço de transporte, significa ponderação principiológica em desacordo com o entendimento consolidado pelo STF, que afirma a preponderância da proteção à saúde em momento de pandemia.

Conclui-se, então, que diversos entes federados vulneraram indevidamente o direito fundamental à liberdade, cuja restrição, em diversas situações, não se fez acompanhar de ponderação racional, o que comprometeu fortemente a legitimidade de algumas medidas impostas, conforme relatado. Situação como essa coloca em risco o Estado Democrático de Direito, que requer efetiva garantia de direitos fundamentais.

5. Os riscos à garantia dos direitos fundamentais: o novo normal

O centro de gravidade dos direitos fundamentais é a Constituição. Nesta perspectiva, cabe ao Poder Judiciário, ou a algum de seus órgãos, a função de guarda da Constituição, com destaque à proteção dos direitos fundamentais.⁴⁵ A ausência de jurisdição constitucional colocaria em risco os direitos fundamentais, dependentes das eventuais condições das sociedades, dos governos e dos governantes.⁴⁶ Daí decorre que a democracia deve respeitar um conteúdo ético mínimo, substancialmente determinado na Constituição.

Por certo que o ideal é o estabelecimento de uma relação dialógica entre os poderes estatais para defesa e concretização dos direitos fundamentais. Por outro lado, há clara necessidade de se ampliar a participação no processo de interpretação do direito, evitando-se que o judiciário usurpe competência legislativa, preocupação manifestada por Jürgen Habermas.⁴⁷

No que se reporta à pandemia, o Supremo Tribunal Federal, após decidir, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341, a competência comum e concorrente dos entes federados para adoção de políticas públicas essenciais ao combate da pandemia da COVID-19, com o respeito ao princípio da predominância de interesses (arts. 23, II, 24, XII e 25, § 1º, da Constituição Federal), acrescentou que não competia ao Poder Executivo Federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotassem, no âmbito de seus respectivos territórios, medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de

⁴⁴ Ação Civil Pública nº 8112050-14.2020.8.05.0001 – 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.
⁴⁵ PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 170.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 266.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297.

atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos. Com efeito, o STF reconheceu como legítimas a adoção de medidas restritivas a direitos fundamentais individuais e sociais,⁴⁸ como a liberdade e a educação, em prol da proteção à saúde, também direito fundamental.

Os direitos fundamentais, quase sempre expostos através de princípios, no momento aplicativo podem entrar em rota de colisão, conforme já exposto, necessitando da realização de exercício de ponderação, efetivado com base no princípio da proporcionalidade.

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa aceitar que não são direitos com caráter absoluto, já que passíveis de restrições recíprocas. Neste sentido, o STF já se pronunciou quanto a inexistência no sistema constitucional brasileiro de direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, acrescentando que:

(...) razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas de prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1999)⁴⁹

No entanto, não se pode partir da ideia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis e que sempre poderão ceder ao “interesse público,” conceito jurídico indeterminado, que pode justificar quase tudo. Conforme salienta Élio Gaspari,⁵⁰ não se pode esquecer que o Brasil passou por uma ditadura militar, sendo comum, naquele momento, encontrar-se, no saguão dos elevadores da polícia de São Paulo, placas que diziam: “diante da pátria não há direitos.”

Trazendo tal citação para o cenário da pandemia do coronavírus, deve-se atentar para os riscos ao Estado Democrático de Direito afirmar-se que “diante da saúde não há direitos.” Apesar de a proteção à saúde constituir um direito fundamental, não é absoluto. Neste contexto, o STF ressaltou a necessidade de as medidas restritivas impostas estarem subsidiadas em recomendação técnica, segundo estabelecido na Lei Federal nº 13.979/2020.

Em 22 de abril de 2022, o Ministro da Saúde assinou portaria declarando o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), causada pela pandemia da Covid-19 no Brasil. As decisões oficializadas no documento começaram

⁴⁸ Os direitos sociais são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois garantem as condições necessárias à fruição de uma vida digna. (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 190)

⁴⁹ STF, MS 23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁰ GASPARI, Élio. *As Ilusões Armadas: a ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 17.

a valer 30 dias após a publicação no Diário Oficial da União. No entanto, conforme exposto, no dia 13 de abril de 2022, a Organização Mundial da Saúde (OMS) comunicou que a pandemia de Covid-19 continua a ser uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.” (PHEIC, *Public Health Emergency of International Concern*)

O certo é que no Brasil, em 19 de maio de 2022, mais de 80% (oitenta por cento) da população já se encontrava imunizada com as duas doses da vacina contra a Covid-19.⁵¹ Do dia 27/03/2022 a 20/05/2022, foram registrados 60 (sessenta) óbitos no país em virtude do coronavírus.⁵² Especificamente, no Estado da Bahia, Boletim Epidemiológico emitido em 18 de maio de 2022, relewa o registro de 04 mortes em razão do vírus, todas ocorridas entre janeiro e abril de 2021.⁵³

O que chama atenção é que mesmo com a redução vertiginosa dos casos letais decorrentes da Covid-19, alguns Estados e Municípios mantêm medidas restritivas ao exercício de direitos fundamentais. Assim, alguns entes federados continuam a exigir a apresentação de passaporte de vacinação para se ter acesso a serviços públicos essenciais. Como exemplo, tem-se o Estado da Bahia, que em maio de 2022 mantém a vigência do Decreto nº 20.907, de 25/11/2021, exigindo passaporte de vacinação para acesso a serviços essenciais, como transporte intermunicipal (art. 13), bem como para adentrar ao SAC – Serviço de Atendimento ao Cidadão, que fornece, em um mesmo local, atendimentos para emissão de documentos e realização de serviços, como a emissão de cédula de identidade, carteira nacional de habilitação, passaporte, título eleitoral e seguro-desemprego (art. 11).

A Suprema Corte brasileira, no julgamento das ADIs 6.586 e 6.587, deixou bem claro que a vacinação em massa é importante para proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis, e que:

(...) a obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas.⁵⁴

Diversos países adotaram o “passaporte de vacinação” como medida para frear a disseminação da Covid-19 e incentivar a adesão à campanha de imunização.

⁵¹ Mapa de Vacinação. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>. Acesso em: 22.05.2022.

⁵² Disponível em: https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em: 22.05.2022.

⁵³ Acesso em 22.05.2022. http://www.saude.ba.gov.br/wpcontent/uploads/2022/05/BOLETIM_ELETRONICO_BAHIAN_785___18052022.pdf. Acesso em: 22.05.2022.

⁵⁴ STF, ADI 6586/DF e ADI 6587/DF, relator ministro Ricardo Lewandowski, j. 17/12/2020.

O Conselho Constitucional Francês, por exemplo, pela Decisão nº 2021-824 DC, de 5 de outubro de 2021, afirmou que tais restrições são válidas exclusivamente por estarmos diante de um estado de urgência sanitária.⁵⁵

Conforme já abordado, condicionamentos ou restrições ao exercício de direitos assegurados constitucionalmente requerem ponderações capazes de externar a razoabilidade e proporcionalidade. Tais condicionamentos ou restrições devem ser constantemente reavaliados, com o propósito de verificar se alguma alteração ocorrida no cenário fático repercutiu ou não na manutenção da proporcionalidade da medida.

No que se reporta à exigência de passaporte de vacinação para acesso a serviços públicos, questiona-se se, diante da cobertura vacinal existente no país, que já ultrapassa 80% (oitenta por cento), com reflexos na contenção da pandemia, justificar-se-ia impedir que aqueles que optaram por não se vacinar, parcial ou integralmente, possam usufruir de tais serviços.

Cabe aqui lembrar que a colisão de princípios requer a realização de testes de adequação e necessidade, passando-se, então, para a proporcionalidade no sentido restrito.⁵⁶

Na situação posta, diante da elevada cobertura vacinal, é adequado e necessário manter-se a restrição de acesso a serviços essenciais à pequena parcela da população não vacinada? Além disso, o quadro atual não deve privilegiar o acesso a tais serviços frente a essa medida de contenção à pandemia?

Os riscos de manutenção de medidas restritivas, independentemente da análise da situação pandêmica contemporânea vivenciada, apontam o risco de um “*novo normal*”, caracterizado por constantes restrições a direitos fundamentais, decorrentes de atos administrativos, nem sempre pautados em fundamentações sustentáveis.

No período de 01/05/2022 a 22/05/2022, a Sociedade Brasileira de Cardiologia (2022) aponta mais de 23.000 (vinte e três mil) mortes no país em virtude de doenças cardiovasculares.⁵⁷ Nesse “*novo normal*,” tal cenário de indiscutível gravidade poderia levar a restrições a direitos fundamentais, sob argumento de possível colapso ao SUS decorrente do excesso de internamentos. Assim, determinado Estado poderia, através de decreto, proibir a venda de produtos gordurosos, bebidas alcoólicas ou cigarros àqueles que não apresentassem exames cardiológicos demonstrando a inexistência de cardiopatias.

O que se pretende com tais reflexões não é negar a crise mundial enfrentada frente à pandemia da Covid-19, nem tampouco a importância da vacinação para a

⁵⁵ Segundo o referido acórdão do Conselho de Estado: “*Le Conseil a également relevé que ces mesures ne peuvent être prononcées et mises en oeuvre que dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.*” chromeextension://efaidnbmnmbpckajpcglclefndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conseilconstitutionnel.fr%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fas%2Froot%2Fbank_mm%2Fdecisions%2F2021824dc%2F2021824dc_ccc.pdf&clen=582990&chunk=true. Acesso em 22.05.2022.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

⁵⁷ <http://www.cardiometro.com.br/>. Acesso em: 23/05/2022.

sua contenção, mas sim ponderar com que facilidade a sociedade pode se sujeitar a restrições de direitos fundamentais impostas por atos administrativos e em que limites tais restrições põem em risco o Estado Democrático de Direito.

A colisão de direitos fundamentais foi realidade vivenciada na pandemia, que levou às Cortes Superiores ressaltar, naquele momento, a importância suprema da proteção à saúde, direito fundamental capaz de justificar a imposição de medidas restritivas à liberdade, desde que pautadas em manifestações científicas. Tais manifestações tiveram o propósito de afastar a arbitrariedade como vetor de decisões impostas a uma sociedade aterrorizada e fragilizada.

Infelizmente, a vulnerabilidade social contribuiu para que medidas irrazoáveis e desproporcionais fossem adotadas, com ponderações principiológicas distorcidas, gerando prejuízos ao direito fundamental à liberdade, sem qualquer benefício real à proteção à saúde, fragilizando valores constitucionalizados.

No entanto, deve-se lembrar que as crises, como os vírus, tornam os organismos mais resistentes, imunes. Cientificamente, fala-se que o sistema, ao adquirir a imunidade, memoriza informações sobre ela. Isso permite um enfrentamento mais eficaz ao mesmo invasor no futuro. A imunidade é essa memória contra doenças.

Assim, acredita-se que a pós-pandemia contribuirá para o amadurecimento social, para que se instaure um verdadeiro espírito coletivo ponderativo, questionador, capaz de manter a racionalidade na análise da atuação administrativa, refutando-se discursos sobre “*novo normal*” que atentam contra o Estado Democrático de Direito.

6. Conclusão

As ponderações expostas ultrapassam a tratativa das restrições a direitos fundamentais impostas em razão da pandemia da Covid-19 e visam refletir sobre a facilidade com que os entes federados apresentaram diversas medidas desprovidas de fundamentos técnicos, pacificamente aceitas pela população.

Não obstante reconhecer-se a efetiva necessidade de imposição de medidas restritivas ao direito fundamental à liberdade para evitar a proliferação do vírus, essas deveriam ser acompanhadas de fundamentações técnicas, com parâmetros amplamente divulgados à sociedade. Ocorre que, em diversas situações, a última palavra não foi dada pelos cientistas, mas sim pelos Tribunais Superiores, provocados como mediadores para solucionar impasses concernentes à pandemia.

Apesar dos fortes impactos trazidos pela pandemia, não se pode acatar o surgimento de um “novo normal” pautado em limitações desproporcionais ao exercício de direitos fundamentais. O Brasil consolidou-se como um Estado Democrático de Direito. A normalidade requer a manutenção do *status quo* de liberdade garantida e ponderada com base em parâmetros razoáveis e proporcionais. Vivenciou-se na pandemia uma “situação de exceção,” cujo risco de transformação em “novo normal” poderá ser afastado a partir de uma postura social ponderada, consciente e desconectada com a conveniente “cegueira deliberada.”

Referências

- ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social*. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALVES, Elias. *Após vídeo polêmico, ACM Neto anuncia interdição do Farol da Barra*. Sociedade, 15 jun. 2020. Notícias em destaque. Disponível em: <<https://sociedadeonline.com/apos-video-polemico-acm-neto-anuncia-interdicao-do-farol-da-barra/>>. Acesso em: 06 maio 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo*. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Os Cânones do Direito Administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97/5. p. 7, 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997.
- GASPARI, Élio. *As Ilusões Armadas: a ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- _____. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 170.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Colombia University Press, 1993. p. 289-371.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Gil. *Custou caro*: após domingo de aglomeração, Orla da Barra será fechada por uma semana. *Correio*, 15 jun. 2020. Coronavírus. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-car0-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/>>. Acesso em: 06 maio 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Constituição e Restrições a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão*. BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann (Coords.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*: segundo volume. São Paulo: IASP, 2020.

SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.