

RECEBIDO EM: 14/06/2021

APROVADO EM: 22/10/2021

O ESTADO REGULADOR, COVID19 E OS LIMITES DA REGULAÇÃO

***REGULATORY STATE, COVID19 AND THE LIMITS OF
REGULATION***

Julio Cesar Werneck Martins

*Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela
Universidade Candido Mendes. Advogado da União.*

Priscila Elise Alves Vasconcelos

*Estágio Pós-doutoral em Direito das Cidades pela Universidade do Estado do Rio
de Janeiro - UERJ. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ.
Mestra no Programa de Pós-Graduação em Agronegócios na Universidade Federal
da Grande Dourados - Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Público e
Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.
Pós-graduada em Direito Público e Privado pela UESA. Pós-graduada em Meio
Ambiente pelo MBE/COPPE/UFRJ.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Regulação Econômica; 2.
Atividade Regulatória: O Poder de Polícia; 3. Limites

da Atuação Regulatória/Polícia Administrativa; 4. Estado de Necessidade Administrativa; 5. Os Direitos Fundamentais Individuais; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar as intervenções estatais na economia e liberdades individuais como forma de enfrentamento à pandemia de coronavírus COVID19. Sem a decretação de estado de exceção constitucional, o poder público brasileiro adotou medidas restritivas que atingiram severamente vários direitos fundamentais, especialmente os direitos de livre exercício das atividades econômicas, livre circulação no território nacional e direito de reunião. Tais medidas se formalizaram através de simples intervenções regulatórias, do exercício do poder de polícia administrativa, tendo por fundamento o instituto do estado de necessidade administrativa, inexistente expressamente no direito administrativo no Brasil, mas inspirado no direito português e no direito penal brasileiro, onde encontra normatização expressa. Por fim, foram analisados alguns exemplos de medidas aparentemente arbitrárias e/ou excessivas adotadas por algumas autoridades públicas e a possibilidade do surgimento de aumento na demanda judicial pelos prejuízos financeiros provocados pelas medidas de combate à pandemia. Para isso, utilizou-se o método bibliográfico para apuração das teorias pertinentes bem como o uso de dados oficiais. Artigos científicos buscados nas principais bases de dados como *Google Scholar*, *Web of Science* e *Scopus*, bibliografia especializadas e legislação pertinentes serviram de base para o desenvolvimento da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: COVID19. Direitos Fundamentais. *Lockdown*. Estado de Necessidade. Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT: This paper aims to analyze state interventions in the economy and individual freedoms as a way to cope with the COVID coronavirus pandemic19. Without the decree of a state of constitutional exception, the Brazilian public power adopted restrictive measures that severely affected several fundamental rights, especially the rights of free exercise of economic activities, free movement in the national territory and the right of assembly. Such measures were formalized through simple regulatory interventions, the exercise of administrative police power, based on the institute of the state of administrative need, expressly nonexistent in administrative law in Brazil, but inspired by Portuguese law and criminal law, where it finds express standardization. Finally, we analyze some examples of apparently arbitrary and/or excessive measures adopted by some public authorities and the possibility of a

large legal demand for the financial losses caused by measures to combat the pandemic. For this, we used the bibliographic method to investigate the pertinent theories as well as the use of official data. Scientific articles searched in the main databases such as Google Scholar, Web of Science and Scopus, specialized bibliography and relevant legislation served as the basis for the development of the research.

KEYWORDS: COVID19. Fundamental Rights. *Lockdown*. Flagrant Necessity. State Responsibility

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos reflexos provocados pela pandemia do coronavírus COVID19, que atingiram a economia global, há uma sequência de falências e demissões sem precedentes no Brasil. As consequências serão contabilizadas ao longo dos anos.

Nem mesmo o maior dos economistas é capaz de determinar o tamanho da devastação provocada pela ação dos titulares do Poder Público.

Em nome da proteção à saúde e para “achatar” a curva de contaminação do chamado novo coronavírus, determinaram a paralisação de atividades econômicas e o fechamento de diversos estabelecimentos empresariais, impedindo o exercício das atividades econômicas. Lojas, restaurantes, bares, academias de ginástica, salões de beleza e barbearias formam um pequeno rol exemplificativo de atividades empresariais que, da noite para o dia, foram impedidas de exercer suas atividades.

A pesquisa tem por objetivo verificar se, no aspecto legal, material e formal, o Poder Público possui a prerrogativa de impor restrições que possam atingir as liberdades individuais. Importante lembrar que desde março de 2020 várias restrições foram impostas ao livre exercício de atividades econômicas lícitas, com a realização de bloqueios, restrições ao direito da livre iniciativa, liberdade de reunião e até mesmo da livre circulação no território nacional.

É preciso analisar os limites à atividade regulatória do Estado para verificar sua compatibilidade a preceitos constitucionais existentes.

Ao longo da pesquisa pretende-se definir, através de fundamentos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais, se as condutas adotadas no

Brasil por gestores públicos que, em nome do enfrentamento a uma grave crise sanitária sem precedentes, causaram grandes restrições aos direitos de livre circulação e exercício de suas atividades laborais/empresariais. Com gigantescos prejuízos que muito provavelmente não poderão ser reparados, tamanho o impacto provocado na sociedade e na dinâmica dos agentes econômicos, é preciso analisar se houve excesso na atividade regulatória estatal.

Definir qual o limite da atividade regulatória e a possibilidade/impossibilidade de decretação de paralisação de atividades, o chamado *lockdown*, é necessário ser abordado. Sob quais circunstâncias as atuações regulatórias são legítimas e a partir de que momento se tornam abusivas? Para chegar ao resultado pretendido, um grande exercício de ponderação de valores constitucionais será necessário, eis que presente enorme conflito entre os já mencionados direitos individuais e a necessidade de enfrentamento a uma grave crise sanitária e de saúde pública.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa cuja metodologia foi analisar os principais atos normativos balizadores das ações de combate à pandemia, destacando-se a lei 13.979/20, A Constituição da República, os primeiros pronunciamentos do STF sobre as demandas judiciais além de qualificada doutrina nacional e estrangeira sobre Direito Administrativo e Regulação Estatal.

1. DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

No campo do Direito Regulatório, existe ampla literatura tratando especificamente das agências reguladoras e sua forma de atuação. São analisadas a natureza jurídica de suas normas bem como sua aplicabilidade e coercitividade. Tais trabalhos servem de apoio, mas a presente análise se encontra em momento distinto à atividade das agências, eis que procura definir contornos à própria atividade reguladora do Estado, em sentido mais amplo, confrontada com o fundamento republicano da livre iniciativa, do livre exercício das atividades econômicas e liberdades individuais.

Nas palavras de MICHAEL (2016, p. 1122) “A pessoa humana é um ser social; por isso, a sua liberdade encontra os seus limites na liberdade das outras pessoas”. Estaria o exercício das liberdades econômicas violando de alguma forma os direitos fundamentais de outrem ou até mesmo da coletividade em decorrência de possível agravamento do risco de contaminação pelo coronavírus?

É necessário entender a natureza jurídica das medidas restritivas impostas pelas autoridades públicas no combate à covid19. Seriam medidas meramente regulatórias, legítimas intervenções do Estado na economia? No desenvolvimento do estado democrático moderno, a intervenção do Estado na economia foi desenvolvida como uma busca por equilíbrio, correção de distorções.

Assim, os atos regulatórios têm por fim não impedir total ou parcialmente, mesmo em caráter temporário, o exercício de uma atividade econômica, pelo contrário, objetivam em essência coibir irregularidades, corrigir desequilíbrios para que a economia possa se desenvolver naturalmente através da interação dos agentes econômicos.

A esse respeito, cabe trazer as palavras de Sérgio Guerra (2014, p. 365):

Esses fundamentos levam à indicação de alguns princípios fundamentais e norteadores da base jurídica regulatória no Brasil. O primeiro, relacionado à perfeita concepção da tecnicidade das escolhas regulatórias, para que esta ameaça não seja um instrumento de embaraço ao estado democrático de direito (tecnocracia). O segundo, voltado à necessária especialização dos ramos jurídicos em subsistemas que impõem uma pluralidade de fontes em cotejo com a difícil tarefa de discernir onde começa e termina o espaço de cada um à luz do princípio tripartite de separação dos poderes. O terceiro, ligado à permanente ambivalência, que aspira ao sopesamento de valores e princípios.

Diante do acima exposto, qual a natureza jurídica das ações restritivas adotadas pelas autoridades públicas? Qual fundamento legal pode ser utilizado como embasamento legitimador da determinação, por exemplo, de fechamento de uma loja de rua ou shopping center? Que fato autoriza o presidente, um governador ou prefeito impor o fechamento por prazo indeterminado de uma academia de ginástica ou salão de beleza? Até mesmo a livre circulação das pessoas foi limitada a toques de recolher em alguns momentos.

Numa breve análise, verifica-se que tais medidas consistem em intervenções do Estado na liberdade individual e economia, mas por razões totalmente diversas daquelas que a doutrina e a própria legislação têm por fundamento jurídico para ocorrer.

Sob argumentos de natureza sanitária, seguindo recomendações internacionais, foram adotadas medidas radicais de paralisação da sociedade,

quase todas voltadas às atividades econômicas. Entenderam as autoridades públicas por determinar, a seu exclusivo arbítrio¹, quais atividades poderiam ter regular continuidade e quais deveriam aguardar o fim do chamado “isolamento social”² para seu retorno.

Foram criadas proibições circunstanciais, causando prejuízos que, uma vez considerados indevidos, podem redundar em responsabilização do Estado pelos enormes danos materiais e morais provocados. Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 105) “A regulação, como toda atividade jurídica do Estado, não prescinde da existência de normas balizadoras da ação”.

Em artigo publicado na página da Organização Mundial de Saúde em 13/10/2020, é destacado o impacto avassalador da pandemia, sendo destacado que a interrupção nas atividades é devastadora. Dezenas de milhões de pessoas estão sob o risco de cair na pobreza extrema, além de milhões de empreendimentos enfrentam ameaça à sua própria existência. Aproximadamente 3.3 bilhões de membros da força de trabalho global estão sob risco de perder seu meio de vida. Sem uma forma de obtenção de renda durante os *lockdowns*, muitos estão incapazes de se alimentar e suas famílias. Para muitos, ausência de renda significa ausência de comida.³

Verifica-se de antemão concluir que as ações de combate à pandemia não podem ser classificadas como uma simples regulação econômica, eis que não estavam voltadas a qualquer correção de desequilíbrios, conforme mencionado.

2. ATIVIDADE REGULATÓRIA: O PODER DE POLÍCIA

Conforme exposto no capítulo anterior, o vocábulo regulação e a expressão direito regulatório costumam ser empregadas quando referidas

1 Tal afirmação tem base no fato de não haver qualquer critério ou parâmetro geral para as restrições impostas. Cada Prefeito e Governador adotaram as medidas que entendiam cabíveis, algumas alicerçadas em argumentos médico/sanitários, outras simplesmente porque pensaram ser efetivas na redução da contaminação. No julgamento da ADI6341, o STF declarou a legitimação concorrente para a atuação dos entes federativos no combate à pandemia, sem, no entanto, estabelecer qualquer baliza.

2 O **isolamento social** é o ato de separar um indivíduo ou um grupo do convívio com o restante da sociedade. Esse isolamento pode ser voluntário ou não. Quando há uma **força maior**, seja imposta pelo governo, seja por uma situação de guerra ou pandemia, ou até mesmo um toque de recolher provocado pela violência urbana, o **isolamento é forçado**. Quando o próprio indivíduo ou grupo se isola voluntariamente, por questões de saúde mental (em consequência de depressão, por exemplo), por questões pessoais ou por questões religiosas, há um **isolamento social voluntário**. <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/isolamento-social.htm>

3 Disponível em <https://www.who.int/news/item/13-10-2020-impact-of-covid-19-on-people's-livelihoods-their-health-and-our-food-systems>

à normatização das atividades econômicas, à intervenção do Estado na economia. Na Constituição Federal, no título VII, capítulo I, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, tais termos constam no *caput* do art. 174, ao definir o papel do Estado “Como agente normativo e regulador da atividade econômica...”.

Cabe destacar que a atividade regulatória é bem mais ampla e este termo possui vários significados. Pode-se descrever a atividade regulatória de forma bastante genérica, tratando-a como toda forma de intervenção estatal no comportamento social. Orbach (2012, p. 3-6), em artigo publicado no *Yale Journal of Regulation* (*on line*), traz boas referências a respeito do tema:

A natureza evasiva do termo “regulação” é em grande parte um produto da confusão entre dois temas não relacionados – o conceito abstrato de regulação e opiniões sobre o escopo desejável de poderes regulatórios ou políticas regulatórias desejáveis. As pessoas intuitivamente entendem a palavra “regulação” significando intervenção governamental na liberdade e escolhas[...]

[...]Juristas frequentemente usam a palavra “regulação” em referência às regras das agências administrativas.

Este significado das palavras reflete outra percepção comum do termo “regulação”, mas certamente não contém o espectro completo dos instrumentos regulatórios. Muitos de nossos cenários regulatórios não têm origem em agências administrativas.

Então qual o significado de regulação? Voltamos ao ponto inicial – a compreensão intuitiva da palavra “regulação”: Intervenção governamental no domínio privado ou uma regra legal que implementa tal intervenção. A regra de implementação é uma norma de vínculo legal criada pelo órgão estatal que pretende moldar a conduta de indivíduos e firmas. O órgão estatal, o regulador, pode ser qualquer corpo legislativo, executivo, administrativo ou judicial que possua poder legal para estabelecer a norma.⁴

⁴ “The evasive nature of the term “regulation” is largely a product of confusion between two unrelated matters—the abstract concept of regulation and opinions about the desirable scope of regulatory powers or desirable regulatory policies. People intuitively understand the word “regulation” to mean government intervention in liberty and choices. Lawyers frequently use the word “regulation” in reference to rules of administrative agencies[...]. This meaning of the word mirrors another common perception of the term “regulation,” but surely does not capture the entire spectrum of regulatory instruments. Much of our regulatory landscape does not originate in administrative agencies. So

O termo regulação é aqui utilizado em seu significado mais amplo, como intervenção do Estado na vida privada. Nesse sentido é possível inclusive utilizar o termo como sinônimo de poder de polícia, como a intervenção do Estado no comportamento social em seus diversos aspectos. “Chegou-se, assim, ao conceito atual de função administrativa de polícia, pela qual o Estado aplica as restrições e os condicionamentos legalmente impostos, ao exercício das liberdades e direitos fundamentais, tendo em vista assegurar uma convivência social harmônica e produtiva”. (NETO, 2014, p. 531)

Assim, pode-se verificar que regulação em sentido amplo e poder de polícia administrativa têm o mesmo significado, sendo os debates a respeito dos termos pura discussão semântica. A relevância de chamar a atenção para a similaridade desses institutos diz respeito aos princípios e regras aplicáveis ao direito regulatório/poder de polícia administrativa.

É importante lembrar que o Estado intervém regularmente na vida privada, expedindo normas comportamentais regulando o exercício dos diversos direitos individuais consagrados na Carta Magna. Para tal, elabora leis, decretos, portarias e regulamentos em diversas áreas, e não apenas no setor econômico.

Diversas normas impõem vedações ou condutas positivas em nome de valores sociais como o meio ambiente, segurança do trabalho, direito construtivo, etc⁵. Nas mais variadas ocasiões, estas normas não possuem o objetivo de regular qualquer atividade econômica, mas sim vêm a regular condutas que demandam algum tipo de “ajuste”, têm por fim trazer uma maior organização à sociedade.

Dentre os diversos objetos de normatização pelo Estado, as normas de natureza sanitária, que objetivam a proteção da saúde pública, estão em pleno destaque em decorrência da pandemia do coronavírus.

what does regulation mean? We return to the starting point—the intuitive understanding of the word “regulation”: government intervention in the private domain or a legal rule that implements such intervention. The implementing rule is a binding legal norm created by a state organ that intends to shape the conduct of individuals and firms. The state organ, the regulator, may be any legislative, executive, administrative, or judicial body that has the legal power to create a binding legal norm.

- 5 A lei 9.503/97, Código Brasileiro de Trânsito, é um típico exemplo de intervenção estatal nas liberdades individuais sem conotação econômica. Trata-se de exercício de poder de polícia através de atividade legislativa, objetivando a organização da utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

O combate à pandemia, como obrigação estatal de atuar na proteção à saúde pública⁶, tem exigido ações do poder público em sua atuação direta nos serviços de saúde, onde precisa trabalhar na aquisição de vacinas e no abastecimento do sistema de saúde para atendimento da crescente demanda pelo atendimento hospitalar. Além disso, essas ações têm sido concretizadas pela imposição de diversas normas de regulação/poder de polícia, impondo condutas negativas e positivas aos particulares, para redução do contágio.

Dentre as chamadas condutas positivas, que não geram maiores polêmicas, cita-se a obrigação do uso de máscaras de proteção individual imposta a todos pelo art. 3ºA da lei 13.979/2020, a chamada lei da pandemia. Por meio desta norma, todos devem cobrir boca e nariz em espaços públicos e privados acessíveis ao público, além de meios de transporte coletivo e vias públicas. Fora discussões vazias em redes sociais, essa imposição não trouxe nenhum debate relevante no meio jurídico.

A grande discussão jurídica diz respeito às ordens de fechamento temporário de estabelecimentos comerciais, além de outras atividades sociais coletivas. Até a liberdade de culto religioso e a livre locomoção sofreram restrições temporárias levando a discussão ao Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente pedido apresentado no sentido de liberação do exercício do direito de culto religioso, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que alegava inconstitucionalidade de restrição imposta pelo governo do Estado de São Paulo⁷.

Tais atuações do poder público vêm gerando acalorados debates, infelizmente muitos deles contaminados por ideologias políticas que nada contribuem para uma solução ponderada. Pouco importa ser situação ou oposição política, as ações do poder público devem ser analisadas pelo seu conteúdo e não por quem atuou ou deixou de atuar. Essa poluição intelectual infelizmente não é exclusividade do Brasil, mas parece uma nova realidade mundial, talvez impulsionada pelas redes sociais.

6 Lei 8.080/90, a chamada lei do SUS.

7 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE RECEITO FUNDAMENTAL 811 SÃO PAULO. O Tribunal, por maioria, converteu o julgamento do referendo em julgamento definitivo de mérito e julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Dias Toffoli, que julgavam procedente a arguição. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 08.04.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>.

3. LIMITES DA ATUAÇÃO REGULATÓRIA/POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Acerca da atuação regulatória estatal, inicia-se o presente capítulo com importante destaque a uma nota de rodapé na obra *Direito Administrativo Ordenador* de Carlos Ari Sundfeld:

Os direitos de liberdade (locomção, circulação, pensamento, expressão, associação, exercício de trabalho, ofício ou profissão, liberdade econômica, etc.) são insuscetíveis de sacrifício. Aditem, isto sim, a supressão concreta, a título de sanção, nas hipóteses e limites previstos na Constituição ou nas leis (ex.: prisão pela prática de crimes). A interferência estatal (legislativa e administrativa) em relação aos direitos de liberdade se resume à fixação do âmbito do lícito, é dizer, à determinação das condições em que devem ser adquiridos e exercidos pelos indivíduos. Qualquer ato estatal desbordante deste limite incidirá em inconstitucionalidade. Porém, em casos de decretação de estado de defesa ou estado de sítio, a liberdade é anormalmente restringida (isto é, parcial e temporariamente sacrificada), como preveem os artigos 136, parágrafo 1º, I e 139, da Constituição da República. (SUNDFELD, 1993, p. 86)

O texto acima destacado tem enorme relevância, eis que traça alguns limites para a atuação regulatória estatal. Segundo o autor, os assim chamados “direitos de liberdade” não podem sofrer sacrifícios fora das hipóteses estabelecidas na própria Constituição. A liberdade pode ser restringida como sanção de natureza criminal e o próprio direito à vida pode vir a ser sacrificado na raríssima hipótese constitucional de pena de morte no Brasil⁸, mas há formas específicas para tal.

Da mesma forma que é possível afirmar não haver nenhum direito absoluto, também é necessário reconhecer que a Constituição Federal estabeleceu uma espécie de “núcleo duro”, conforme destacado por Sundfeld, sendo esse um conjunto de direitos fundamentais que não podem sofrer cerceamento senão por mecanismos muito rigorosos e excepcionais, os chamados estados de exceção constitucional. O estabelecimento deste exato ponto, até onde a atuação regulatória/poder de polícia pode chegar, é o grande desafio que se enfrenta neste momento.

8 Art. 5º, XLVII, CRFB: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Conforme já mencionado, a lei da pandemia impôs o uso de máscaras em áreas públicas ou privadas com acesso público. Esta regra não provoca maiores animosidades no ambiente jurídico, mas diversos municípios e alguns governos estaduais entenderam pela necessidade de impor normas mais severas, determinando o fechamento de estabelecimentos comerciais, impondo graves prejuízos financeiros, desemprego e até mesmo falências definitivas de empreendimentos econômicos.

Imprescindível destacar que as justificativas para tais medidas, por força do art.3º, §1º da lei da pandemia⁹ e do próprio STF, em trecho destacado do voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI6341¹⁰, devem vir sempre acompanhadas de razões médicas/epidemiológicas, o que nem sempre se constata.

Suponhamos seja adotada uma medida absolutamente extrema para evitar a disseminação do vírus. Tão logo seja confirmado o diagnóstico, a pessoa contaminada é imediatamente morta e cremada, evitando assim que contamine outras pessoas. Do ponto de vista epidemiológico, trata-se de medida eficaz, mas obviamente seria uma ação totalmente desumana e jamais tolerada por nosso ordenamento jurídico, pois seria imposta uma

9 § 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.

10 “Agora, as medidas de interesse regional, de interesse local, as medidas dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício das suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, sempre dentro de critérios técnicos, essas medidas restritivas, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições ao comércio, atividades culturais, restrições à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidos como eficazes pela Organização Mundial de Saúde, pelos estudos realizados pelo Imperial College London, a partir de modelos matemáticos, é a ciência, é a técnica embasando políticas públicas, decisões administrativas.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>.

espécie de pena de morte, de execução imediata, a qualquer pessoa pelo mero fato de contrair uma doença.

O exemplo exagerado do parágrafo anterior tem por objetivo expor a ideia de que há limites para a atuação estatal. As autoridades sanitárias não podem adotar qualquer atitude simplesmente porque terá eficácia no combate ao coronavírus. A grande dificuldade está em concretamente definir esta fronteira de atuação.

A lei da pandemia previu expressamente em seu texto a possibilidade de separação de pessoas doentes ou contaminadas como medida de combate à contaminação. Trata-se do texto do art. 2º da lei 13.979/20:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - **isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas**, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - **quarentena**: 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. (grifei)

A definição legal de isolamento contida no dispositivo legal acima destacado permite, em tese, a criação de campos de reclusão, uma verdadeira casa verde de Simão Bacamarte, em alusão à célebre obra de Machado de Assis, O Alienista, ou algo similar à obra do Nobel de literatura José Saramago, Ensaio Sobre a Cegueira, onde as pessoas eram conduzidas ao isolamento forçado tão logo exteriorizassem os primeiros sintomas de uma misteriosa doença que deixava todos cegos. Longe da ficção, os conceitos de isolamento e quarentena são reais e formalmente autorizam a criação de áreas de isolamento de doentes, até que estejam curados ou o pior aconteça. Ainda não temos notícias da criação destes campos de isolamento de contaminados ou suspeitos de contaminação, mas o fato é que a norma autoriza tal medida e nenhum órgão do poder judiciário se manifestou a respeito deste dispositivo legal criado por simples lei ordinária.

O professor Rafael Oliveira traz, em artigo publicado na revista Revista Brasileira de Direito Público (OLIVEIRA, 2020, p. 9-23), uma

abordagem sobre o poder de polícia exercido na pandemia, destacando diversos diplomas normativos que tratam do controle epidemiológico e outras normas que consistem em efetiva intervenção do poder estatal nos direitos individuais em nome da saúde pública, sendo de grande valia sua leitura.

Várias normas foram mencionadas no artigo citado, mas nenhuma se mostrou tão incisiva quanto a atual lei da pandemia. Dentre as normas referidas, duas leis merecem maior destaque, as leis 10.216/01 e 13.343/06 que autorizam a internação compulsória de portadores de transtornos mentais e viciados em drogas, respectivamente. Estas duas normas tratam de pessoas que, por razões médicas, perderam de certa forma sua capacidade civil, sua autodeterminação e, em que pese representarem efetivamente uma restrição a direitos individuais, possuem um caráter altamente protetivo ao próprio indivíduo incapacitado. No caso da pandemia de COVID19, as medidas autorizadas de isolamento e separação de pessoas certamente vão gerar gigantescos embates se forem efetivamente aplicadas.

O tópico que mais chama a atenção no trabalho do professor Rafael Oliveira foi o destaque dado ao instituto jurídico do estado de necessidade administrativa, tratado no próximo capítulo, como fundamento para as medidas excepcionais de combate à pandemia, eis que suas consequências podem ser extremas caso seja este o fundamento definitivo das medidas de restrição impostas pelo poder público.

4. ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA.

O instituto do estado de necessidade não encontra qualquer previsão expressa no direito administrativo brasileiro. Não é sem motivo que Rafael Oliveira buscou no direito comparado o tratamento do mesmo. Consta do Código do Procedimento Administrativo Português, Decreto-Lei n.º 4/2015, expressa normatização para o chamado estado de necessidade administrativo:

Artigo 3.º

Princípio da legalidade

- 1 - Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins.
- 2 - Os atos administrativos praticados em **estado de necessidade**, com

preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas **os lesados têm o direito de ser indenizados** nos termos gerais da responsabilidade da Administração. (grifamos)

No direito brasileiro, o instituto do estado de necessidade está expressamente disposto nas normas de direito penal. No art. 23, I do Código Penal está prevista, como modalidade de exclusão de ilicitude, a prática de conduta típica criminal quando o agente executa o fato em estado de necessidade, estando seu conceito no âmbito legal no artigo 24 do mesmo diploma. No entanto, tanto no direito português como no direito brasileiro há um importante efeito no caso da aplicação do estado de necessidade, que é o dever de indenizar. A esse respeito destacam-se os seguintes dispositivos do Código Civil brasileiro:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, **assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram**. (grifamos)

O efeito principal do estado de necessidade é o tratamento da conduta adotada como lícita, uma vez que era estritamente necessária. Nesta hipótese, no âmbito do direito penal, mesmo que a conduta do agente seja tipificada como crime, estará justificada e não recairão sobre o autor as consequências do direito penal. Em que pese excluída a ilicitude da conduta, persiste no mundo jurídico o dever geral de indenização pelos prejuízos causados a qualquer um que não seja o causador da situação de risco.

No caso das medidas de enfrentamento à pandemia de coronavírus, uma das principais ações adotadas como forma de reduzir as aglomerações foi o fechamento temporário de diversas atividades econômicas, sendo autorizadas a funcionar normalmente apenas aquelas consideradas essenciais. Estes fechamentos, em muitas hipóteses, tiveram como consequências não apenas prejuízos financeiros momentâneos, mas provocaram uma onda

de falências e desemprego que podem ser causa de uma enxurrada de processos judiciais em busca de reparação.

Outro aspecto referente ao dever de indenizar é a definição de quem é o responsável. Uma lei federal autoriza restringir atividades e tal medida vem a ser concretizada por um decreto municipal ou estadual. Quem deverá indenizar os prejuízos causados? Como quantificar o valor de um emprego perdido? O pacto federativo está novamente em xeque, mostrando sua fragilidade, uma vez que há enorme divergência entre as autoridades sobre que medidas adotar, em que intensidade e quais as consequências. Por outro lado, como quantificar uma vida perdida para a pandemia? Se a autoridade pública impõe restrições excepcionais ou até desnecessárias responderá pelos danos materiais causados, mas se não adotar qualquer providência poderá ser acusada de omissão diante de sua obrigação de atuar na proteção à saúde pública prevista na lei 8.080/90, a lei do SUS.

A lei da pandemia é em diversos aspectos inconstitucional, considerando as formalidades já salientadas por Carlos Ari Sundfeld, mas tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal a considerou válida, é necessário um pragmatismo em sua análise. A União se limitou a determinar quais medidas poderiam ser adotadas no combate à pandemia, mas cabe a cada ente da federação a concretização das ações, estando dentro de sua autonomia a definição de como e quando agir. Esta foi a decisão do STF na ADI 6341 ao reconhecer a competência concorrente da União, Estados e Municípios para atuação no combate à pandemia, preservando o interesse local sobre o regional e este sobre o nacional. Assim, podemos afirmar a existência, por exemplo, de *lockdowns* municipais, estaduais e nacionais, conforme o ente instituidor, devendo este suportar os prejuízos causados.

Não trata o presente capítulo de um incentivo a uma onda de ações indenizatórias em face dos poderes públicos pelos prejuízos causados no combate à pandemia, mas sim de análise técnica do instituto do estado de necessidade que não elimina o dever de reparação dos prejuízos causados. O dever de indenizar não subsistirá caso tratemos as medidas adotadas como totalmente dentro da normalidade do poder regular de polícia administrativa, algo que, até o presente momento, não parece regular a nenhum jurista. O STF assim se manifestou ao analisar discussão sobre as restrições aos cultos religiosos no estado de São Paulo, no já referido julgamento da ADPF 811-SP¹¹:

11 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>.

Em primeiro lugar, não há como se falar que o ato normativo impugnado viola, ao menos diretamente, o direito fundamental ao exercício da liberdade religiosa, **considerando, inclusive, a excepcionalidade das medidas restritivas de enfrentamento da pandemia**. Em segundo lugar, ainda que fosse possível cogitar que a restrição interfere em alguma medida no núcleo essencial daquele direito fundamental, não há como reconhecer *prima facie* que tal restrição desbordaria das balizas jurisprudenciais que vêm sendo estabelecidas por este Supremo Tribunal Federal para firmar a juridicidade das medidas de restrições de enfrentamento à pandemia do Novo Coronavírus.

O trecho do voto vencedor acima citado foi proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, enfatizando expressamente a excepcionalidade das medidas adotadas para enfrentar a pandemia. Em ato algum da jurisprudência foi encontrada, até o presente momento, referência textual à atuação estatal em estado de necessidade, mas todas as justificativas fazem menção às circunstâncias especiais que tornam lícitas a atuação incomum das autoridades públicas.

Assim, a posição exposta por Oliveira (2020, p. 9-23), acompanhada de outros nomes de peso no cenário jurídico nacional e internacional, destacando Otero (2003) em Portugal e Binenbojm (2016) no Brasil, mesmo que não expressamente, parecer ser a adotada pela jurisprudência da Suprema Corte.

Certamente essa atuação estatal em estado de necessidade, mais cedo ou mais tarde, deverá ser enfrentada pelos tribunais quando surgirem os pleitos de reparação pelos danos econômicos suportados pelos inúmeros atingidos pelas medidas restritivas de combate à pandemia. O fundamento do estado de necessidade tem essa consequência e, a menos que a jurisprudência declare expressamente a inexistência do dever de reparação pela atuação estatal, nos veremos diante de um passivo judicial inadmissível devido sua extensão econômica.

5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

Ao longo da pesquisa, tem-se demonstrado que há limites para a atuação regulatória. As normas instituídas pelo exercício regular do poder de polícia/regulação têm sempre uma justificativa de ordem técnica para sua criação. Especialmente do tocante às atividades econômicas, têm por fim suprimir ou induzir determinada conduta em busca da correção de algum desequilíbrio em determinado mercado. A regulação, nesse sentido,

costuma se limitar ao estritamente necessário para a correção de rumo das atividades, evitando os chamados excessos regulatórios.

Em trabalho de conclusão do curso de mestrado, Rafael Veras de Freitas explora o direito regulatório discorrendo sobre um dos efeitos nocivos do excesso de intervenção estatal. Por vezes, o excesso de exercício do poder de polícia administrativa provoca o efeito de inviabilização de um direito, provocando o que os norte americanos denominam *regulatory takings*, tendo sido adotado no Brasil o termo expropriação regulatória. Nas suas conclusões o autor apresenta a seguinte sugestão para conceituar o instituto:

A expropriação regulatória é a falha no processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inc. XXXIV, da CRFB), resultando na responsabilização do Estado por ato lícito, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais. (FREITAS, 2016, p.182)

Em sua conceituação, Freitas ressalta a responsabilização do Estado por ato lícito. O exercício do poder polícia/regulação, mesmo exercido conforme os ditames legais, se inviabilizar o direito do administrado, gera o dever de indenizar os prejuízos causados.

Naturalmente, trata-se de análise caso a caso a verificação desta inviabilidade, mas as medidas de combate à pandemia impuseram a grande parte da sociedade prejuízos graves, quando não impuseram a quebra definitiva de diversas empresas que não dispunham de fôlego financeiro para suportar tantas restrições em tão longo período.

É necessário frisar que o instituto da expropriação regulatória não foi estudado sob a ocorrência de restrições temporárias, emergências sanitárias, mas sim nas hipóteses de funcionamento regular de mercado, onde o excesso de regulações e restrições culminam por inviabilizar um direito, mas parece ser perfeitamente possível a aplicação do conceito a hipóteses que, mesmo temporárias, se mostram excessivas, impondo a “morte” financeira de empreendimentos econômicos, mesmo que tais medidas se mostrem necessárias.

Além destas medidas de excessos regulatórios, podem ser encontrados limites materiais para a regulação administrativa. Os direitos fundamentais

somente podem sofrer restrições dentro dos limites autorizados pela própria Constituição. As medidas razoáveis de polícia administrativa condicionam ou restringem os exercícios dos direitos individuais dentro de limites razoáveis de ponderação e equilíbrio. Via de regra, ao lidar com ponderação, tem-se sempre em vista a viabilização mais efetiva dos direitos individuais. Deve a atividade de polícia administrativa encontrar a via que maximize o gozo dos direitos individuais, limitando as restrições e condicionamentos ao indispensável. Não é razoável falar em ponderação quando as medidas adotadas são de efetiva negação, mesmo temporária, de direitos individuais fundamentais.

A esse respeito Daniel Sarmiento expõe o seguinte:

[...]na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justifica na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. Portanto, a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade. (SARMENTO, 2002, p.96)

Perfaz-se necessário uma breve análise de uma amostra de medidas adotadas pelos poderes municipais e estaduais que extrapolam sua competência constitucional, demonstrando que, da forma caótica como estão sendo concretizadas as ações de combate à pandemia, muitos abusos e excessos são cometidos, não se mostrando razoável que seja o poder judiciário instado a controlar concretamente cada medida adotada por mais de 5.500 municípios brasileiros, além de 27 governos estaduais e o governo federal. Foram selecionados três decretos por seu conteúdo “especial”, sendo um do Estado do Tocantins, um do Município de Teresópolis e outro do Município de Campos dos Goytacazes, ambos no Estado do Rio de Janeiro.

DECRETO Nº 113/2021 – CAMPOS DOS GOYTACAZES

Art. 3º - Fica vedada, ainda que nas situações previstas pelo artigo 2º, a qualquer indivíduo, a permanência e o trânsito em vias, parques, equipamentos, locais e praças públicas, dentro do Município, entre as 22h da noite e às 5h da manhã, com exceção dos profissionais e serviços de saúde, incluindo farmácias, forças de segurança, vigilantes, Vigilância Sanitária, Postura Municipal, advogados no exercício da

profissão, serviços de telecomunicação e energia, e demais situações de emergência.

Art. 12 - Estão liberados para funcionar com o atendimento ao público, sendo vedada crianças menores de 10 (dez) anos, tão somente:

I) Farmácias (24 horas);

II) Minimercados, Mercados, Supermercados, Mercarias, Hortifrutigranjeiros, Açougues, Peixarias, com horário de funcionamento até às 20h (vinte horas), permitindo-se somente a venda de produtos essenciais, considerados como tais os gêneros de alimentação, higiene e limpeza, observando-se o limite de 50% (cinquenta por cento) da capacidade de lotação, atribuindo-se ao Gerente ou Preposto a responsabilidade pela organização da fila externa;

Art. 13 – Fica determinado aos responsáveis por condomínios verticais e/ou horizontais que proibam aos moradores a utilização das áreas de uso comum, tais como, academias, quadras esportivas, piscinas, salões de festa, churrasqueiras, saunas e afins.

Neste primeiro decreto, consta do art 3º a decretação de toque de recolher imposto por um prefeito, fato que se tornou bastante comum em diversas cidades brasileiras. Com a devida *vênia* aos entendimentos contrários, não se vislumbra na Carta Magna qualquer dispositivo autorizando que o direito constitucional de ir e vir, de livre circulação no território nacional seja restringido a critério de cada gestor público em qualquer nível da federação. Nem mesmo ao Presidente da República foi concedida tal atribuição e não se mostra razoável tratar esta restrição como mera medida sanitária, mesmo diante da emergência, sem o devido processo constitucionalmente estabelecido.

O destaque do art. 12 se dá devido à sua inviabilidade prática. A proibição da presença de menores de 10 anos nos estabelecimentos comerciais liberados ao funcionamento acaba por impedir também a presença de qualquer mãe ou pai solteiro que não tenha com quem deixar seu filho. Cabe destacar que não é em todo lugar que o sistema de delivery está disponível, estando longe de uma realidade prática a aplicação desta restrição.

O art. 13 é passível de grande questionamento ante a previsão constitucional das competências privativas da União para legislar sobre direito civil. Cabe a um prefeito determinar o que pode ou não funcionar

dentro de propriedades privadas ou estaria o decreto extrapolando os limites materiais de normatização municipal? Entendo que esta norma deveria ser uma mera sugestão aos síndicos, mas jamais uma imposição, eis que mesmo em estado de necessidade, não há que se falar em uma extensão da competência normativa estabelecida na Carta Magna.

Destaca-se que os condomínios não se tornariam áreas imunes a controles sanitários, eis que aplicáveis as normas do código penal, por exemplo, sujeitando os responsáveis por eventos como festas e outras aglomerações às sanções do art. 268 do CP, que tipifica a conduta de “*Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*”, prevendo pena de detenção, de um mês a um ano, e multa ao autor.

DECRETO Nº 5.485, DE 19 DE MARÇO DE 2021.

EMENTA: DISPÕE SOBRE AS NOVAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO 2019-NCOV (CORONAVÍRUS) E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O PREFEITO MUNICIPAL DE TERESÓPOLIS, no uso das atribuições que lhe confere a legislação em vigor e...

Art. 4º. Fica instituído no período de 22/03/2021 a 05/04/2021, o rodízio para a circulação nas ruas, praças e bens de uso comum da população do Município de Teresópolis, bem como para o acesso e aquisição de bens e serviços junto aos estabelecimentos de todas as atividades econômicas.

§1º. Os cidadãos com o dígito do CPF par podem sair, acessar e adquirir bens e serviços nos dias pares e com o dígito do CPF ímpar, sair, acessar e adquirir bens e serviços nos dias ímpares; sendo o dígito 00 considerado como par.

Quanto ao decreto de Teresópolis, constata-se inusitado rodízio de CPFs para sair às ruas, estando tal disposição, em tese, violando o direito fundamental à livre circulação em território nacional em tempos de paz.

DECRETO Nº 6.230, de 12 de março de 2021. TOCANTINS

Art. 3º É instituída a Força-Tarefa “Tolerância Zero”, coordenada pela Secretaria Estadual de Segurança Pública, Polícia Militar do Estado do Tocantins - PMTO, Corpo de Bombeiros do Estado do Tocantins

- CBMTO e Secretaria Estadual de Cidadania e Justiça, tendo como propósito prevenir e enfrentar condutas e ações que descumpram o disposto neste Decreto, de forma direta ou indireta, e contribuam para a propagação do Coronavírus (Covid-19).

§2º Para aumentar a eficácia da atuação, é a Secretaria Estadual de Segurança Pública autorizada a realizar o monitoramento sistematizado, por meio de aparelhos celulares, redes sociais, aplicativos de transporte ou outro meio que permita o rastreamento e/ou o georreferenciamento, com a finalidade de identificar locais com indicativo de maior concentração de pessoas.

O terceiro decreto, de autoria do Governo do Estado do Tocantins, inovou na violação do direito à privacidade ao instituir o rastreamento de todos os cidadãos através de seus aparelhos celulares para determinar sua localização e identificar locais com maior concentração de pessoas. Trata-se de mais uma medida aleatória instituída pela criatividade aleatória no combate à pandemia, ante a ausência de uma delimitação das medidas que possam ou não ser adotadas, pois o Supremo Tribunal Federal limitou-se a corretamente reconhecer a competência concorrente dos entes federativos na adoção de medidas de combate à pandemia, mas vem acatando praticamente qualquer atuação desde que seja justificada do ponto de vista médico/epidemiológico.

Orbach (2012, p. 10), assim se manifesta acerca da atividade regulatória:

Vivemos em um mundo complexo de recursos finitos, no qual a busca por interesses pessoais frequentemente leva o indivíduo ao fracasso e causa dano aos demais. Essas imperfeições e limitações são a motivação primária para a regulação – promover a eficiência econômica, ambiental, sustentabilidade, moralidade e o bem-estar coletivo.

Obviamente os poderes públicos precisam e devem atuar na defesa da saúde pública e por vezes medidas mais fortes podem ser necessárias, mas os limites constitucionais materiais e formais precisam ser observados sob pena de criarmos um perigosíssimo precedente que será de difícil superação no futuro.

6. CONCLUSÃO

A pandemia do coronavírus não tem natureza de fenômeno econômico a ser corrigido ou moderado. Não se trata de uma anomalia

mercadológica que deva ser equilibrada ou eliminada. Trata-se de uma doença com altíssimo índice de contágio, atingindo de forma implacável praticamente todo o planeta, provocando debates e reações bastante diversas ao redor do mundo, sendo algumas bastante radicais, como o fechamento de fronteiras, aeroportos e até proibições de circulação de pessoas e abertura de estabelecimentos empresariais, inclusive escolas e universidades.

As medidas adotadas não objetivaram qualquer espécie de regulação ou correção de desequilíbrios em algum mercado, mas sim tiveram por fim provocar o que os especialistas médicos denominaram de achatamento da curva de contágio, de modo a tentar evitar que um número excessivo de pessoas fossem contaminadas ao mesmo tempo, diminuindo assim a possibilidade de superlotação dos hospitais.

A missão dos gestores públicos nessa pandemia é extremamente ingrata, estando os mesmos diante de constantes “escolhas de Sofia”. Sem sombra de dúvidas, medidas para reduzir o contágio da população precisam ser efetivadas e muitas vezes causam danos econômicos. Os prejudicados não deram causa alguma ao surgimento e disseminação do vírus e não se mostra razoável que sejam obrigados a suportar individualmente os prejuízos provocados pelas medidas de combate à pandemia.

Prevalecendo a tese do estado de necessidade administrativa como fundamento legal para as restrições impostas, há um enorme risco de uma onda de demandas judiciais em face dos poderes públicos responsáveis pelas medidas adotadas, questão a ser enfrentada com grande seriedade pelo Poder Judiciário em curto espaço de tempo.

Diante da extrema necessidade de adoção de medidas mais intensas, que concretizem a negação de direitos, citando como exemplo o toque de recolher (liberdade de locomoção do território nacional), a suspensão de atividades econômicas ditas não essenciais (livre exercício de atividades econômicas), a proibição de aglomerações (liberdade de reunião), a vedação da realização de cultos religiosos presenciais (liberdade de culto), a Constituição previu os estados de exceção constitucional, procedimento através do qual são especificados quais direitos fundamentais devem ser objeto de restrição, sendo apresentadas as devidas justificativas para as medidas extremas a serem adotadas, submetendo todos os atos ao controle da maioria absoluta do Congresso Nacional, não sendo razoável que tais restrições extremas sejam tratadas como mero exercício do poder geral de regulação administrativa.

Cabe observar ainda que a não utilização dos instrumentos constitucionais de exceção usurpa do poder legislativo sua função de fiscalização em tempo real das medidas restritivas extremas, eis que não só a decretação inicial depende da aprovação por maioria absoluta do Congresso Nacional como é necessária a revisão dos atos a cada 30 dias, atestando a necessidade de sua manutenção ou imediato encerramento.

A adoção deste procedimento poderia, em tese, resolver a questão indenizatória que se vislumbra em horizonte bastante próximo, eis que não estaríamos diante de uma limitação imposta por estado de necessidade, mas sim em regime de efetiva suspensão de direitos fundamentais provocada por fatos emergenciais, sempre atentando aos procedimentos e rigorosos controles estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Naturalmente ainda há muito a se ponderar sob esse aspecto, não sendo o escopo deste trabalho a análise sobre esse raciocínio e sim para uma próxima pesquisa.

REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2a ed. Oxford [u.a.]: Oxford University Press, 2012, Part I, p. 15-102.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 7ª ed, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia*, Ordenação, Regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, ADPI 811 (Plenário). O Tribunal, por maioria, converteu o julgamento do referendo em julgamento definitivo de mérito e julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Dias Toffoli, que julgavam procedente a arguição. Presidência

do Ministro Luiz Fux. Plenário, 08.04.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, ADI 6341 (Plenário) EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DECOMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações Regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: Uma Visão Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

GUERRA, Sérgio. *Aperfeiçoando a Regulação Brasileira por Agências: Quais Lições Podem Ser Extraídas do Sesquicentenário Modelo Norte-Americano?* In: Sergio Guerra (Org). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 13-106.

HESSE, Conrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco (Org). São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHAEL, Lothar. *Direitos Fundamentais*. In: Lothar Michael e Martin Morlok (Org). tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Rafael do. *As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto de Crise do Estado de Bem-Estar Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 68, ano 18, p. 9-23, jan-mar 2020.

ORBACH, Barak. What is Regulation? *Yale Journal of Regulation Online*, Arizona, Vol. 30, número 1, pg. 12-27, setembro 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2143385.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

