III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-343-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, mais uma vez proporcionou um importante e qualificado espaço de debates para a comunidade jurídica e, em especial, para os programas de pós-graduação de todo o Brasil, seus docentes e discentes.

Um evento totalmente virtual, à exemplo dos que lhe antecederam em 2020, proporcionando um espaço de encontro e de partilha das pesquisas realizadas neste período de crise tão profunda, onde vimos a edição de muitas leis e políticas públicas que merecem e devem ser estudadas e problematizadas, mas que ainda há muito a ser feito, no sentido de enfrentar e propor soluções para superar os efeitos deletérios advindos da pandemia da Covid-19.

Nada obstante todas as adversidades do período, o III Encontro Virtual do CONPEDI proporcionou aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, a exemplo do Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública II", com artigos marcados pela sensibilidade, pelo engajamento e pela preocupação com os problemas atuais e os desafios do Direito Público nesta nova realidade.

A marca que perpassou os artigos apresentados reflete o apuro intelectual e a respectiva atualidade, complementados pelos debate de alto nível sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo de ontem, de hoje e também de amanhã.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. FOME E CADEIAS DE PRODUÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS PANDEMIA

2. O ACESSO À INTERNET COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID -19

3. O DEVER DE PRECAUÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS PARA ATUAR NO JUDICIÁRIO SOBRE MATÉRIA PENDENTE DE CONCLUSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA

4. RACIONALIDADE LIMITADA E PANDEMIA: ESTUDO DA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO COMPORTAMENTALISMO ECONÔMICO

5. A LEI 9469/97 E A OMISSÃO DO PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS ALIMENTARES: UMA BREVE ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

6. O PATO, O OVO E O PODER DE POLÍCIA

7. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA NO ESTADO REGULADOR: INSTRUMENTO OU SINÔNIMO?

8. PODER DE POLÍCIA: DELEGAÇÃO À PARTICULARES, O CASO DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS

9. INTERESSE PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA ADOTAR MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19

10. O DEVER DE CONTROLE DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE COLETIVO SOBRE OS USUÁRIOS: INEXISTÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA E NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19.

11. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

12. OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS COMO MEIOS DE PREVENÇÃO DA LITIGIOSIDADE E SUA EFICIÊNCIA NA GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

13. A CULPA É DO NAPOLEÃO

14. A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE CONTROLADOR INTERNO MUNICIPAL COMO GARANTIA DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

15. MAPEANDO FORÇAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106/2020 À LUZ DAS TEORIAS SOBRE A EXPLICAÇÃO DA REGULAÇÃO

16. DOUTRINA CHEVRON E O CONTROLE JUDICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

17. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS DOUTRINAS NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA: ANALISANDO AS DOUTRINAS CHEVRON E MEAD A PARTIR DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

18. O CISCO A TRAVE E O TRIBUNAL DE CONTAS UMA ANÁLISE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SEGUNDO SUA PRÓPRIA RÉGUA

19. TENDÊNCIAS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO: ENSAIO SOBRE AS MUTAÇÕES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

20. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE PARTICULARES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

21. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE DESRESPEITA AS PRIORIDADES PREVISTAS NO PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19

22. CRISE E ESCASSEZ: A CRISE FINANCEIRA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

23. A ANÁLISE DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS FRENTE AO PROJETO DE LEI N. º 4.253/2020

25. LEI 14.133/2021: O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR DAS LICITAÇÕES

25. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021): O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Honrados pela oportunidade de coordenar este importante Grupo de Trabalho (GT), registramos o significativo aumento do número e da qualidade dos trabalhos submetidos em nosso Gt, quando comparados aos anos anteriores, o que demonstra a preocupação e o engajamento cada vez maior dos pesquisadores do país com o direito público e, em especial, com a área do direito administrativo.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este encontro virtual, sempre na vanguarda da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de Curitiba (PR), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

THE DISCRICTIONARY POWER OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CONTEXT OF THE PANDEMIC OF COVID-19

Ines Lopes de Abreu Mendes de Toledo
Marcela Faria de Magalhães

Resumo

O poder discricionário é uma das prerrogativas da Administração Pública, permitindo que o agente público e a Administração Pública, frente a um caso concreto, ajam de acordo com a oportunidade e conveniência, respeitando a legalidade. Demonstraremos, a atuação da Administração Pública e seus agentes, perante pandemia do Coronavírus, onde ocorreram diversos atos de maneira discricionária, principalmente no exercício do Poder de Polícia. Decretos e atos normativos foram criados a partir desses princípios, para minimizar os efeitos do Coronavírus, em prol da coletividade e dos Direitos Fundamentais: a vida e a saúde.

Palavras-chave: Discricionariedade, Direito administrativo, Poder de polícia, Direitos fundamentais, Covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

Discretionary power is one of the prerogatives of the Public Administration, allowing the public agent and the Public Administration, in face of a specific case, to act according to the opportunity and convenience, respecting the legality. We will demonstrate the performance of the Public Administration and its agents, in the face of the Coronavirus pandemic, where several acts occurred in a discretionary manner, mainly in the exercise of Police Power. Decrees and normative acts were created based on these principles, to minimize the effects of the Coronavirus, for the benefit of the community and Fundamental Rights: life and health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretionary, Administrative law, Police power, Fundamental rights, Covid-19

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo observar e analisar como a Administração Pública[1], utiliza o ato discricionário, no seu Poder de Polícia limitando e/ou disciplinando a sociedade e bem assim respeitando as orientações da OMS[2], no cenário atual da pandemia causada pelo novo coronavírus.

A pesquisa aborda a discricionariedade do ato administrativo da Administração Pública e explica como a pandemia do Covid -19 está se desenvolvendo no mundo e principalmente no Brasil, corroborando com a ideia que o Poder de Polícia é um ato discricionário legal e legitimo que é realizado pelos agentes Públicos e pela própria Administração Pública. Com essa problematização será possível encontrar um consenso se há ou não a supremacia de direitos fundamentais, partindo do pressuposto que são horizontalmente eficazes.

A Gestão Pública assegura que os recursos públicos sejam utilizados de maneira correta e proba, atuando de maneira mais eficiente, visando o bem-estar coletivo, utilizando diversos mecanismos de recursos, tais como: financeiros, humanos e maquinários, entre outros. No caso apresentado, o recurso utilizado é o recurso humano, que é a ação de diversos agentes públicos, de diversas esferas de poder, utilizando o Poder de Polícia para limitar e restringir o livre acesso dos locais onde estão sendo decretados o isolamento social.

O tema escolhido analisa como os Direitos Fundamentais, mesmo não sendo considerados como absolutos e tendo a sua eficácia horizontal possuem hermeneuticamente uma supremacia. O direito à vida e a saúde se sobrepõe ao direito de ir e vir, todos constitucionalmente conferidos a toda a coletividade. Prefeitos e Governadores, utilizam o ato discricionário, para aplicar no contexto pandêmico do Brasil para fazer as restrições necessárias, de acordo com sua livre conveniência e oportunidade.

A metodologia utilizada no presente artigo científico será a da pesquisa dogmática, bibliográfica e documental relacionada a estudos de casos com coleta e análise de dados de documentos indiretos, assim, ganhando autenticidade, confiabilidade e valor científico acadêmico.

---

[1] Administração Pública que é o conjunto de órgãos, serviços e agentes que tem como objetivo satisfazer a necessidade da sociedade.
[2] Organização Mundial da Saúde.

A discussão é interessante pois as medidas adotadas pela Administração Pública e seus agentes visam garantir o bem-estar de toda a nação – a coletividade - e assim, evitar um colapso da saúde pública e privada que já em ocorrendo. O isolamento social é, sem dúvidas, uma das principais prevenções antes de toda a população ser vacinada. Barreiras sanitárias[3] bloqueando aeroportos, portos, estradas e rodovias e demais meios de acesso ao Brasil também são consideradas medidas adequadas enquanto prevenção. Devemos investir nas fronteiras entre munícipios e estados bloqueadas, evitando o trânsito de pessoas, conforme já realizado em diversos países que estão passando pela pandemia.

As restrições impostas por governadores e prefeitos de isolamento social e medidas restritivas, como o direito livre de ir e vir, esbarra com direitos fundamentais que estão diretamente ligados no contexto atual: à vida e a saúde, uma vez que o número de mortos e contagiados no mundo vêm crescendo a cada dia. A utilização da razoabilidade e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado que está sendo aplicado de maneira discricionária através de atos pela Administração Pública, está resguardando um princípio e um bem impenhorável, que é a vida.

A pesquisa tem como enfoque os deveres das gerações presentes para com as futuras no sentido de propor, portanto, uma análise da solidariedade entre gerações para além do direito à saúde destinando-se a outros direitos e deveres fundamentais. Conjuntamente, realiza-se uma análise dos princípios correlacionados à equidade intergeracional. A Administração Pública desempenha um papel importante na fiscalização das políticas públicas; todavia, a gestão pública e o respectivo controle externo, nos termos ora desempenhados, não demonstram amplas preocupações com a solidariedade intergeracional e a sustentabilidade multidimensional.

A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atualmente a discricionariedade administrativa é um dos assuntos mais polêmicos da Administração Pública, isso porque, ao mesmo tempo em que ela proporciona uma maior flexibilidade para a aplicação das leis em casos concretos, ela abre margens para uma possível arbitrariedade de forma errônea.

[3] *a barreira sanitária é uma blitz que não impede o direito de ir e vir, autoriza a entrada das pessoas, mas visa fiscalizar a entrada de pessoas possivelmente adoecidas no território.*

A discricionariedade administrativa faz parte de um conjunto de prerrogativas, com demais poderes, que a Administração Pública possui junto com os agentes públicos (no caso dos agentes públicos, são deveres, consiste em um poder-dever de agir) para que façam valer os princípios implícitos que possui a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Respectivamente, de maneira resumida, os interesses coletivos prevalecem sobre os individuais e o agente público deve sempre atuar dentro dos limites da lei e dos princípios constitucionais inerentes a própria Administração Pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No poder discricionário, o agente público possui uma apreciação mais subjetiva, podendo ter uma abertura maior para tomar decisões baseadas na lei e no caso concreto, portanto há uma hermenêutica[4] jurídica por parte do agente público aplicador da lei. Além disso, ele deve ser compreendido junto com os demais poderes administrativos, que são: poder vinculado, poder disciplinar, poder hierárquico, poder de polícia e poder regulamentar. Como o tema dos poderes administrativos são muitos extensos a presente pesquisa se restringirá a discorrer sobre o Poder de Polícia.

Os fundamentos da discricionariedade administrativa, segundo Celso Antônio Bandeira são quatro: “liberdade para adequação das normas e atos administrativos ao caso concreto; regulação da decisão sobre o que não pode ser previsto especificadamente; impossibilidade de supressão da discricionariedade e impossibilidade de negar a discricionariedade".

Através desses fundamentos, os agentes públicos interpretam o caso concreto baseados em uma lei que mais se aplica ao caso e bem assim fazendo um juízo de valor a fim de verificar a conveniência e oportunidade do ato administrativo praticado, ou seja, respectivamente, analisar o interesse público e saber se há ligação com a época que a conduta

[4] Hermenêutica (substantivo feminino): 1. Ciência, técnica que tem por objeto a interpretação de textos religiosos ou filosóficos, esp. das Sagradas Escrituras; 2. Interpretação dos textos, do sentido das palavras. Definições de Oxford Languages.

será realizada. Sendo assim, o ato discricionário também pode ser chamado de "mérito administrativo[5]".

O mérito administrativo é o estudo realizado para verificar qual ato administrativo mais se aplica ao caso concreto, e para isso, é utilizado dois elementos imprescindíveis que são o motivo e o objeto. O autor Matheus Carvalho, explica da seguinte forma:

> "(…) registre-se que os elementos motivo e objeto do ato administrativo discricionário compõem o seu mérito, sob o que não pode haver controle por parte do Poder Judiciário de acordo com a maioria da doutrina e jurisprudência pátria, já que se refere à conveniência e oportunidade do administrador público."

Não há na Constituição Federal de 1988 um artigo que fique explicita a discricionariedade, porém, podemos utilizar a hermenêutica jurídica para que se possa interpretar o art. 37, caput:

> "**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

Segundo a interpretação de muitos juristas, o termo "moralidade" pode ser entendido como uma adequação da Administração Pública pautada na honestidade, ética, transparência, boa-fé e probidade. Esse estudo do caso concreto, baseado nos princípios e na lei, é a discricionariedade administrativa.

Cabe ressaltar que diversas vezes a discricionariedade é confundida de forma equivocada com a arbitrariedade. Em uma decisão arbitral o agente público é contrário ou excedente à lei, e o ato é sempre ilegítimo e inválido. Então não há o que se falar em arbitrariedade como um dos poderes da Administração Pública.

O ato administrativo é pautado em cinco requisitos, que são: competência da administração de poder realizar o ato, se a finalidade é em prol do coletivo, a forma e maneira

[5] Mérito Administrativo: A palavra mérito, em sentido político, significa que o Estado tem a função de atender os interesses públicos, dentro dos limites da lei. O Estado tem como dimensões a oportunidade (elemento motivo) e a conveniência (elemento objeto), que compõem o mérito do ato administrativo.

como será aplicado por seus agentes públicos, motivo se é um motivo plausível e analisar o cenário em que será aplicado e o objeto.

Quando dois atos discricionários são propostos por dois agentes públicos, como é o caso de prefeitos e governadores, que estão propondo ações para a redução dos casos do novo coronavírus e estão impondo o isolamento social, impedindo a abertura de qualquer tipo de estabelecimento que promova a aglomeração, o decidido pela Administração Pública como um todo, é que o decreto que seja mais restritivo seja aplicado.

A Discricionariedade tem a sua liberdade controlada pelo Poder Judiciário, que vem ganhando cada vez mais espaço para realizar o controle de maneira mais incisiva. Pautados nos princípios constitucionais e no senso de justiça, o Poder Judiciário exige que a Administração Pública em seus atos reforce aos princípios supracitados que estão presentes no Art. 37.º da Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar que não há uma guerra entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, entre quem é o controlado e o controlador, pois ambos então buscando atender de forma mais justa e eficiente ao interesse público, alinhado à realidade jurídica e social do cenário atual.

A PANDEMIA DO COVID-19

A Organização Mundial da Saúde - OMS, no dia 11 de março de 2020, declarou que o mundo estaria passando pela pandemia do novo coronavírus[6]. O vírus é conhecido desde 1960, mas em 2002 que houve a primeira epidemia[7] por conta do vírus, e ela também teve início na China, porém não se alastrou por outros países. A OMS declarou a pandemia[8] por conta dos diversos países que apresentavam pessoas com os mesmos sintomas, e pelo número de mortes e contaminados.

[6] A COVID-19 é uma doença causada pelo novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves.

[7] Epidemia é quando uma doença apresenta um crescimento abrupto, além do que é esperado.

[8] Pandemia é o nome para uma epidemia de âmbito global. É a OMS quem determina se uma epidemia será chamada de pandemia, mas há um critério técnico: tem de haver transmissão ativa em pelo menos três continentes

A última pandemia enfrentada foi em 1918 tendo fim em 1920, com a Gripe Espanhola[9] que foi uma doença tão contagiosa quanto o novo coronavírus. Estimasse que o número de mortos esteja entre 17 milhões até 100 milhões, e mais de 500 milhões de infectados, cerca de um quarto da população mundial da época.

Essa declaração feita pela OMS, foi feita com muito zelo, durante uma coletiva de imprensa, o diretor geral da entidade, Dr. Tedros Adhanom, declarou que: "[Pandemia] não é uma palavra que usamos de forma descuidada, pois, quando utilizada incorretamente, pode provocar medo irracional ou aceitação de que a luta acabou, levando a um sofrimento desnecessário".

No primeiro semestre de 2020, mais precisamente no dia 26 de fevereiro, o Brasil teve o seu primeiro caso confirmado do novo coronavírus, e em 12 de março a primeira morte comprovada, desde então os números de contaminados e de óbitos vêm crescendo exponencialmente.

Desde o início, as medidas tomadas por grande parte dos países, através das orientações feitas pela OMS, foram o *lockdown*[10], uso de máscaras e higienização das mãos frequentemente. Esses foram os principais pontos propostos para evitar mais contaminação de pessoas. Apesar do negacionismo que existe em diversas as nações, as que tiveram mais seriedade para tratar da pandemia, foram as nações que conseguiram de forma mais eficácia a reduzir o número de mortes e de contágio.

Ainda que restrinja os direitos de ir e vir e de reunião, o bloqueio total de atividades (*lockdown*) pode ser implementado sem que haja estado de defesa ou de necessidade. E por mais que a crise do coronavírus venha se aprofundando, o Estado tem mecanismos para enfrentar a epidemia sem aderir a esses regimes de exceção. No *lockdown*, em regra, as pessoas só podem ir à rua para fazer compras em supermercados e farmácias ou trabalhar em atividades essenciais.

Um direito é uma liberdade para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Mas, para alguém exercer essa liberdade, essa pessoa não pode ser atacada pelos outros enquanto está

---

[9] A Gripe Espanhola foi causada pelo vírus Influenzavirus H1N1, teve início em 1918 no Kansas, nos Estados Unidos. Durou cerca de 2 anos e 11 meses, e infectou cerca de um quarto da população da época. No Brasil, estimasse que morreram entre 35 mil a 300 mil pessoas.

[10] *Lockdown* é uma palavra de origem inglesa que significa isolamento e/ou restrição de acesso imposto como uma medida de segurança pelo Estado.

excedendo essa liberdade. Por isso a criação de um direito impõe deveres para as outras pessoas, dizendo que elas não podem atacar o sujeito enquanto ele está exercendo o seu direito. É assim, por exemplo, com o direito à vida e à saúde. Então, ao estabelecer um direito, a lei está dizendo como vão se organizar os comportamentos na sociedade inteira. Qualquer direito individual tem consequências para todo mundo, porque:

a) todo mundo tem os mesmos direitos;

b) todos temos o dever de respeitar o direito de todos os outros;

c) poderemos exigir que todos os outros respeitem o nosso direito,

d) poderemos exigir que o Estado proteja e aplique esse direito de todos.

Então os direitos organizam o funcionamento da sociedade inteira, por isso é fácil entender que todo direito tem uma função social. Eles fazem todo mundo se comportar de uma determinada maneira e isso tem consequências para toda a sociedade inteira. A utilidade do direito é organizar a sociedade, essa é sua função. Vale dizer que a função social de um direito qualquer é alcançar as consequências da sua existência em uma determinada sociedade. Quem cria um direito muda a sociedade toda, porque são muitos os comportamentos que têm relação com o direito criado.

Até a última revisão[11] do presente artigo, o total de mortes no Brasil ultrapassa o número de 331 mil, e o número total de casos é superior a 13 milhões. A média móvel de mortes, está sendo de 3.006 mil pessoas por dia, segundo o balanço do Consórcio de Veículos de Imprensa[12].

A vacinação no Brasil ainda é uma realidade um pouco distante se for pensar de maneira geral. Até o momento, pouco mais de 10% da população geral foi vacinada com a primeira dose, e pouco mais de 3% foi imunizada com a segunda dose. Ainda é um número extremamente baixo ao comparado com outro países que possuem uma população tão numerosa quanto a do Brasil.

Portanto, é de suma importância que os decretos legislativos sejam respeitados, e que os agentes administrativos sigam as orientações da OMS, e que através do isolamento social,

[11] Última revisão em 04/04/2021.

[12] Parceria formada pelos Jornalistas do G1, Globo, Extra, Estadão, Folha e UOL, para coletar dados das Secretarias Municipais de Saúde dos 26 estados e no Distrito Federal. O balanço diário é fechado as 20h.

uso de EPI's[13], que a sociedade como um todo seja conscientizada que os atos discricionários feitos pela Administração Pública está sendo legal, visando o direito à vida e a saúde da sociedade.

Devemos considerar o histórico das Constituições Federais do Brasil como pactos entre gerações, tendo em mente que os direitos fundamentais compreendem implicitamente uma dimensão intergeracional que trata de um desafio para o Direito Constitucional, ou seja, devemos respeitar a vida e a saúde das gerações atuais para garantir a integridade da vida e da saúde das gerações futuras. A afirmação de que o Estado tem hoje um dever de proteção dos direitos fundamentais das futuras gerações tem um longo caminho a percorrer, com complexidades de implementação, seja através da distribuição das vacinas, seja na decretação de isolamento social entre outras tantas medidas discricionárias que podem ser tomadas neste sentido.

O PODER DE POLÍCIA COMO UM ATO DISCRICIONÁRIO

O poder de polícia, como já citado anteriormente, faz parte de um dos poderes da Administração Pública em prol do interesse do Estado e do bem-estar dos cidadãos. Visa manter o interesse público, restringindo e limitando ações, atividades e direitos individuais, a fim de zelar pelo benefício coletivo e do Estado. O que a maioria dos doutrinadores analisam é a faculdade que tem a Administração Pública de ditar e executar medidas restritivas do direito do indivíduo em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado, e esse poder é inerente a toda a administração e se reparte entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados e dos Municípios.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado, está implícito na Constituição Federal de 1988 mas é uma das prerrogativas do Estado Democrático de Direito e está disposto no art. 2.º da Lei 9.784. de 29 de Janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

> "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade,

[13] Equipamento de Proteção Individual.

> moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

No art. 78 do Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172/1966, há uma definição completa para o poder de polícia:

> **"Art. 78.** Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)."

A discricionariedade é um dos pilares do poder de polícia do Estado e dos agentes públicos, junto com a autoexecutoriedade e a coercibilidade. Portanto, em regra o poder de polícia é um ato discricionário, havendo um juízo de conveniência e oportunidade; autoexecutoriedade, onde se preza a supremacia e eficiência do poder público, sendo assim, não necessita de aprovação do judiciário; e coercibilidade, que permite em casos que sejam necessários, o emprego de força física pelo agente, sendo necessário pautar nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O poder de polícia tem sido aplicado principalmente durante a pandemia do novo coronavírus, por ser um ato discricionário, é utilizado por muitos governadores e prefeitos, proibindo e/ou limitando o direito e ir e vir dos cidadãos que é resguardado no rol de direitos fundamentais ancorado no art. 5º, inciso XV da Constituição Federal de 1988, gerando assim um conflito em relação aos direitos fundamentais.

> **"Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> **XV** - e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;"

A restrição do direito de ir e vir apesar de contrário ao que é assegurado na Constituição Federal, no atual contexto pandêmico fica em segundo plano quando é em prol de um bem maior e coletivo. Se analisar, países que fizeram o "*lockdown*", como Nova Zelândia, Portugal, Vietnã e Reino Unido, fica constatado que houve grande diminuição nos números de casos e de mortes, assim reduzindo os surtos e as novas cepas[14]. Em relação à economia, que é um item de suma importância quando se é falado nas restrições, esses mesmos países conseguiram recuperar bem a economia após a reabertura do comércio e das liberações.

Cabe ao agente público agir somente sob a previsão legal e nunca contra direitos ou garantias fundamentais, salvo no exercício do regular poder de polícia e nos limites negativos impostos ao Estado quanto às suspensões ocasionais e temporárias das liberdades individuais.

O professor de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Binenbojm diz que a imposição do *lockdown* sem decretação de estado de defesa ou sítio não é inconstitucional porque estabelece medidas menos agressivas aos direitos fundamentais do que as que ocorreriam nestes regimes. "Sendo menos gravosas, essas medidas são preferíveis do ponto de vista da proporcionalidade, por serem menos limitadores de direitos fundamentais."

Além disso, ressalta o professor, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que estados e municípios têm competência para adotar providências de polícia administrativa sanitária em defesa da saúde pública. Ou seja: os entes podem restringir a circulação de pessoas, mas não no nível dos regimes de exceção previstos na Constituição.

Nem o direito de ir e vir nem o direito de reunião são absolutos, lembra Binenbojm. E eles podem ser limitados em prol da saúde pública. Dessa maneira, se a circulação ou aglomeração de pessoas ameaça o bem-estar da população, o Estado pode usar o poder de polícia para impedir o exercício desses direitos, analisa.

Isto não quer dizer que o Estado deva ficar inerte diante da emergência epidemiológica, pois quando o toque de recolher, a restrição ao direito de ir e vir, a decretação de *lockdown*, a suspensão de atividades, reuniões ou locomoção forem medidas necessárias à contenção de uma epidemia, tem o gestor público o dever de esclarecer à população quanto à imprescindibilidade das medidas, bem como o dever de pedir a colaboração coletiva e de lembrar reiteradas vezes

[14] Mutações genéticas que ocorrem com um determinado vírus, nesse caso o Novo Coronavírus, que o torna mais resistente e nociva.

a todos, e a cada um, que o sacrifício das prerrogativas individuais é conduta que, não obstante não possa ser imposta, é esperada como expressão de cidadania, altruísmo e medida hábil à salvaguarda da saúde de todos os cidadãos.

A SUPREMACIA DO DIREITO À VIDA E A SAÚDE

No atual contexto mundial, alguns direitos fundamentais estão se destacando em prol do coletivo, e um deles é o direito a vida. Os direitos fundamentais não são absolutos, são relativos, porém em contextos como o atual, há um maior destaque para os que promovem a vida e a saúde coletiva.

O direito a vida, está garantido no art. 5, *caput* da Constituição Federal de 1988:

> **"Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

Conforme o entendimento do Pedro Lenza, 2017, p. 1168 "O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.", portando fica claro que as restrições impostas pelo Estado são com o objetivo final da preservação da vida e do bem coletivo.

Também está disposto no art. 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

> "**Art. 3º** Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal."

Como demonstrado acima, o direito à vida é assegurado de diversas formas, e segundo Moraes (2003, p.50) o "direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos". A vida é necessária para que outros direitos fundamentais possam existir, como a liberdade, saúde, segurança, lazer e outros que estão listados na constituição Federal.

Apesar do direito à vida ser um bem tutelado pelo Estado, é um bem indivisível, inegligenciável, o Colento STF decidiu que "Os direitos e garantias individuais não têm caráter

absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto." (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000). Mas como já apresentado, o Direito é uma ciência inexata, portanto a avaliação do caso concreto é imprescindível.

O direito a saúde está previsto no art. 6º da Constituição Federal:

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

O direito à vida e a saúde, estão inteiramente ligados a Dignidade da Pessoa Humana, onde está disposto no Título I, que trata Dos Princípios Fundamentais, no 1º parágrafo, inciso III, da Constituição Federal que define junto com mais quatro incisos, os cincos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

> "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municipais e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> **III - a dignidade da pessoa humana;**
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a três Direitos Fundamentais a serem discutidos no presente artigo, pode-se concluir que o Direito é uma ciência que está aberta a interpretações e ao contexto atual da sociedade como um todo. Em uma discussão onde está na balança a vida e a saúde e o direito de ir e vir, fica claro pelo entendimento jurídico e administrativo atual que mesmo sem haver a supremacia de um Direito Fundamental, o direito á vida e a saúde está sendo e deve ser o mais preservado e respeitado nos tempos sombrios que o mundo como um todo está passando a fim

de criar barreiras sejam elas física ou não sejam capazes de conter o número de casos e respectivas mortes causas pelo Coronavírus.

Como já citado na presente pesquisa, o direito à vida é o primeiro a ser resguardado, visto que a partir dele os demais direitos surgem e se tornam possíveis. Muitos autores o tratam como um direito prévio e inerente dos demais direitos, sendo indivisível.

Fica claro que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, apesar de terem uma relação horizontal[15] de eficácia, diante de uma colisão de direitos fundamentais e de direitos constitucionais, é levado em conta o contexto, a razoabilidade, o caso concreto e a ponderação de interesses. Que apesar dos direitos não terem uma hierarquia, o pensamento no coletivo é superior a qualquer interesse individual e/ou privado, que no cenário atual, as medidas sevem ser tomadas de forma geral.

Conclui-se que em uma sociedade democrática de direito, que preza por suas garantias e direitos fundamentais aos cidadãos, é plausível que o bem-estar, no cenário atual, prezando os direitos à vida e a saúde do coletivo seja colocado como prioridade em relação ao direito individual de ir e vir. Apesar dos direitos fundamentais terem a eficácia horizontal, frente a um problema como está sendo a pandemia do novo coronavírus, à luz da razoabilidade, o *lockdown* que está sendo aplicado pela Administração Pública como um ato discricionário norteado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e é um ato legal previsto e respaldado pela lei.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luma Cristina Soares Almeida. *Controle Judicial da discricionariedade administrativa.* DireitoNet, 26 de abril de 2019. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11104/Controle-judicial-da-discricionariedade-administrativa> Acesso em: 31 de março de 2021.

CARDOSO, João Gabriel. *O controle jurisdicional do mérito administrativo: uma análise sobre os aspectos de legalidade e legitimidade nos atos discricionários.* Âmbito Jurídico, 1 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo-uma-analise-sobre-os-

[15] Horizontal (adjetivo de dois gêneros): 1. Situado em, relativo ou paralelo ao horizonte. 2. Perpendicular à vertical. Definições de Oxford Languages.

aspectos-de-legalidade-e-legitimidade-nos-atos-discricionarios/ Acesso em: 04 de abril de 2021.

CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra. *Pandemia de Coronavírus: o Estado e o Direito Administrativo vão à Guerra.* Direito do Estado, 16 de abril de 2020. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Francisco-Bertino-B-de-Carvalho/pandemia-de-coronavirus-o-estado-e-o-direito-administrativo-vao-a-guerra> Acesso em: 29 de março de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Edição 28º. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, André; MORIBE, Camila Misko. *Tempos de pandemia e o direito constitucional de ir e vir.* **Migalhas,** 23 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/325170/tempos-de-pandemia-e-o-direito-constitucional-de-ir-e-vir> Acesso em: 03 de abril de 2021.

JUNIOR, Luís Irajá Nogueira de Sá e OLIVEIRA, Gleison do Prado. *Poder Discricionário do Estado: Liberdade Vigiada por lei.* Ilustrado, 24 de outubro de 2021. Disponível em: < https://ilustrado.com.br/poder-discricionario-do-estado-liberdade-vigiada-por-lei/> Acesso em: 30 de março de 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. Edição 20º. São Paulo: Saraiva Jus, 2016.

MACÊDO, Welton Charles Brito. *O direito à vida deve ser entendido à luz da dignidade da pessoa humana.* **Migalhas,** 4 de novembro de 2008. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/290092/o-direito-a-vida-deve-ser-entendido-a-luz-da-dignidade-da-pessoa-humana> Acesso em: 03 de abril de 2021.

MACHADO, Maria Angélica Vasconcelos. *O poder de polícia da administração pública.* Âmbito Jurídico, 1 de dezembro de 2016. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-poder-de-policia-da-administracao-publica/> Acesso em: 31 de março de 2021.

MALVEZZI, Thais Stefano. *A discricionariedade no Ato Administrativo.* DireitoNet, 14 de setembro de 2007. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3723/A-discricionariedade-no-Ato-Administrativo> Acesso em 31 de março de 2021.

MELLO, Cecilia; GERVITZ Luiza e FERREIRA, Maria Amélia. *Direito à saúde prevalece sobre o direito de ir ee vir em tempos de Covid-19.* Consultor Jurídico, 22 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/opiniao-direito-saude-prevalece-ir-vir> Acesso em: 03 de abril de 2021.

MOREIRA, Patrícia Prieto. *Poder de polícia em tempos de COVID-19* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 mar 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56112/poder-de-polcia-em-tempos-de-covid-19 >. Acesso em: 30 de março de 2021.

MOURA Emerson Affonso da Costa. *Limites do exercício do poder de polícia á luz dos direitos fundamentais: análise das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do COVID-19.* Revista Estudos Institucionais – REI, 23 de novembro de 2020. Disponível em: < https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/570/613> Acesso em: 28 de março de 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Direito fundamental à vida: prévio e absoluto*. GenJurídico, 12 de janeiro de 2021. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2021/01/12/direito-fundamental-a-vida/ Acesso em: 04 de abril de 2021.

SALES, Ana Paula Dias Messias. *A Lei 13.979/20: uma garantia do direito e a saúde pública em tempos de covid-19.* Âmbito Jurídico, 1 de julho de 2020. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-lei-13-979-29-uma-garantia-do-direito-a-vida-e-a-saude-publica-em-tempos-de-covid-19/> Acesso em: 03 de abril de 2021

SATIE, Anna. *Qual a diferença entre epidemia e pandemia.* CNN Brasil, São Paulo, 12 de março de 2020. Disponível em: < https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/12/qual-a-diferenca-entre-epidemia-e-pandemia> Acesso em: 03 de abril de 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein e SCHIRATO, Sérgio Rhein. *Poder de polícia em tempos de pandemia: proporcionalidade nas restrições impostas ao direito de ir e vir? Uma abordagem interdisciplinar.* Revista dos Tribunais – Revista de Direito Administrativo, vol. 14/2020, Jul – Ago/2020. Disponível em: < http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/Poderdepolicia.pdf> Acesso em: 28 de março de 2021.

SILVA, Humberto José. *O direito constitucional de ir e vir em tempos de pandemia. Jus.com.br, dezembro de 2020.* Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/87184/o-direito-constitucional-de-ir-e-vir-em-tempos-de-pandemia> Acesso em: 31 de março de 2021.

LEGISLAÇÃO:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.**planalto**.gov.br/ccivil_03/**Constituicao**/**Constituiçao**. > Acesso em: 28 de março de 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.