

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

CAROLINA ALTOÉ VELASCO

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Altoé Velasco; Lucas Gonçalves da Silva; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-311-5

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. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira, sobretudo, neste tempo de pandemia, emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 27 artigos em uma visão transversal e interdisciplinar, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o direito ao esquecimento na era da informação; o direito de acesso à internet como direito social fundamental; igualdade perante a lei e na lei: uma análise do princípio da igualdade sob a perspectiva da busca pela justiça através de atos normativos de discriminação positiva; direitos das crianças e adolescentes e políticas públicas: uma análise do projeto “políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP”; o programa nacional de habitação urbana e a década perdida; o papel distributivo do Estado na administração de políticas públicas: uma análise do programa fundo esperança; mínimo existencial e reserva do possível em judicialização de políticas públicas; direito à educação de qualidade e as escolas cívico-militares; a utilização da extrafiscalidade como instrumento para efetivação de políticas públicas; o “vírus da fome”, a insegurança alimentar no Brasil e no mundo e o desenvolvimento humano ; o programa bolsa família como efetivação do direito à alimentação; os princípios da prevenção e da precaução sob a ótica do Supremo Tribunal Federal no campo da saúde; os parâmetros para nomeação de candidatos aprovados em concurso público às vagas para pessoas com deficiência e sua incidência no âmbito do município de Manaus; o conceito de pobreza através do pensamento de Amartya Sen, o direito à alimentação e a necessidade de políticas públicas para a erradicação da fome o

direito à saúde na Constituição brasileira: o SUS como ferramenta para o enfrentamento da pandemia do SARS COV2; o direito fundamental à saúde no estado pandêmico: considerações sobre os limites da decidibilidade judicial para a concretização de um direito social em um cenário excepcional; educação pública inclusiva no Brasil em tempos de pandemia; a judicialização do direito à saúde e a responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos de alto custo como política pública; direito a saúde e o ativismo judicial em virtude da pandemia; direito fundamental individual e coletivo à saúde construindo à dignidade humana; a possibilidade de aborto nos casos de microcefalia ligados ao zikavírus: da omissão à responsabilização do estado; a práxis de alteridade nas políticas públicas tributárias extrafiscais: um estudo sobre a distributividade do imposto territorial rural; o direito fundamental à saúde, o princípio da reserva do possível e a jurisdicionalização da saúde: uma revisitação ao instituto em tempos de pandemia; a formação para a docência na educação profissional tecnológica: um olhar jurídico a partir de alguns dispositivos legais; a administração pública em tempos de pandemia: o exercício do poder de polícia e seus limites; apenados (as) LGBT: no vácuo legislativo, a conquista de direitos pela via judicial e de políticas públicas; dos direitos coletivos às garantias individuais: análise sobre as relações trabalhistas diante da recusa da vacinação contra a COVID -19 na perspectiva do ministério público do trabalho.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dra. Carolina Altoé Velasco - UCAM

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA: O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E SEUS LIMITES

PUBLIC ADMINISTRATION IN PANDEMIC TIMES: THE EXERCISE OF POLICE POWER AND ITS LIMITS

Neide da Costa Fernandes Chaves ¹

Antônio Carlos Diniz Murta ²

Resumo

O presente artigo tem por escopo delinear a respeito da incidência do Poder de Polícia em face da atual pandemia, estabelecendo um paralelo com as medidas sanitárias estabelecidas no Brasil para o controle da disseminação em massa da Covid-19. É sabido que a Administração Pública goza de prerrogativas e poderes que permitem a ela interferir de forma direta em direitos dos particulares, desde que haja como objetivo a manutenção do bem-estar da coletividade e do interesse público. Assim, busca-se compreender os limites dessa atuação.

Palavras-chave: Administração pública, Pandemia, Covid-19, Poder de polícia, Direitos individuais

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to outline the incidence of the Police Power in the face of the current pandemic, establishing a parallel with the sanitary measures established in Brazil to control the mass dissemination of Covid-19. It is known that the Public Administration enjoys prerogatives and powers that allow it to directly interfere in the rights of individuals, as long as the objective is to maintain the well-being of the community and the public interest. Thus, we seek to understand the limits of this performance.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Pandemic, Covid-19, Police power, Individual rights

¹ Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC.

² Doutor em Direito pela UFMG e professor titular da Universidade FUMEC.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública ganhou um novo contorno com a promulgação da Constituição da República de 1988, a partir de então, os cidadãos passaram a contar com a proteção contra os arbítrios do Estado, por meio da consagração de uma gama de direitos e garantias fundamentais, e com órgãos de fiscalização e controle. Por isso, para a imposição de condutas e limitação de direitos, a Administração Pública necessita se guiar pelas normas constitucionais, não podendo se esvaír em abusos. Nesse contexto, se insere o poder de polícia, que busca impor limites ao particular, no que tange o exercício de direitos e liberdades.

O Poder de Polícia é utilizado pela Administração Pública para disciplinar e restringir a atuação do particular, em favor do interesse público. Trata-se de uma atividade administrativa, que se encontra subordinada a uma ordem jurídica, vinculada aos princípios constitucionais, cujo descumprimento pelo particular pode acarretar sanções.

Além disso, visa também resguardar o bem-estar e a segurança da coletividade. Por isso, no enfrentamento da pandemia, diversas medidas restritivas foram adotadas pelos administradores públicos, dentre elas, a Portaria nº 356/2020 (BRASIL. Ministério da Saúde, 2020) que assegurou a aplicação de medidas de isolamento e quarentena em todo território, desde que observadas os protocolos clínicos para o enfrentamento da doença e as diretrizes consignadas no Plano Nacional de Contingência Nacional para Infecção Humana do novo Coronavírus (Convid-19).

O Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020), decidiu pela competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a adoção de providências normativas e administrativas no combate à Covid-19.

Nesse contexto, o Estado de Minas Gerais, como as outras unidades da federação, adotou medidas restritivas de direitos e liberdades, para o enfrentamento da pandemia. Por meio do Decreto nº 113, de 12 de março de 2020, foi declarada situação de emergência em Saúde Pública no Estado, sendo adotadas medidas restritivas, determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; e, e) tratamentos médicos específicos, determinação de estudo ou investigação epidemiológica; e requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que fora garantido o pagamento posterior de indenização justa (MINAS GERAIS, 2020).

Além disso, o Decreto nº 47.891, de 20 de março de 2020, estabeleceu o estado de calamidade pública, possibilitando o fechamento de comércio, a proibição de eventos públicos superiores a 30 pessoas, cinemas, clubes, salões de festas, museus e bibliotecas, o fechamento de transporte interestadual, o fechamento de escolas e universidades, e a recomendação do isolamento social (MINAS GERAIS, 2020).

É nesse contexto que esta pesquisa tem por escopo verificar se as medidas tomadas pelo poder público estão de acordo com os limites possíveis de atuação da Administração Pública, se as restrições não extrapolaram os limites do poder de polícia e se ativeram ao seu ideal central, a proteção da vida e da saúde da coletividade.

Quais os limites para a atuação da Administração Pública na limitação de direitos, notadamente no exercício do poder de polícia, durante o enfrentamento da pandemia da Covid-19? A hipótese de pesquisa levantada inicialmente, é de que a Administração Pública deve atuar pautada nos limites constitucionais, sob pena de transformar o Estado Democrático de Direito em um Estado de Exceção, com o tolhimento de direitos e garantias fundamentais, no entanto, medidas eficientes devem ser tomadas, sobretudo para a preservação da vida dos cidadãos.

O objetivo geral do trabalho é compreender a atuação da administração pública no enfrentamento da Covid-19, no que tange o exercício do poder de polícia, para verificar se a mesma tem extrapolado os limites delineados pela Constituição da República de 1988.

Como demais objetivos, pretende-se: a) analisar as normas fundamentais disciplinadoras da Administração Pública; b) investigar o instituto do poder de polícia; c) expor as limitações ao poder de polícia em destaque para o debate entre a supremacia dos direitos individuais em choque com a necessidade de manutenção do bem-estar da coletividade.

A metodologia adotada para se alcançar os objetivos propostos se alinha à pesquisa bibliográfica, com finalidade descritiva. O fenômeno a ser descrito, é o exercício do poder de polícia da Administração Pública durante a pandemia. Por isso, no bojo da pesquisa em questão, a pesquisa qualitativa se apresenta como o método mais apropriado. Assim, utilizou-se de fontes bibliográficas e documentais, notadamente, o uso de livros, periódicos, legislação e notícias de jornais.

No desenvolvimento do trabalho, delinear-se-á acerca do instituto do poder de polícia, trazendo uma análise material e objetiva sobre o instituto para que seja possível a compreensão da origem e em que se baseia medidas de coerção como as tomadas pela

administração em situações de busca pela manutenção do interesse coletivo e proteção da coletividade.

No tópico seguinte, tratar-se-á do enfoque principal deste trabalho, qual seja, as limitações concernentes ao poder de polícia sob análise das medidas de restrição à liberdade de locomoção impostas pelo Estado como forma de impedimento a disseminação em massa do Coronavírus, dentre essas limitações a de mais relevância e debate em âmbito doutrinário, a possibilidade da violação de direitos fundamentais constitucionalmente tutelados em face da proteção do interesse coletivo através de atos de polícia do Estado.

2 DO PODER DE POLÍCIA

Neste primeiro tópico serão delimitados os conceitos e características gerais pertinentes no que concerne ao poder de Polícia, apresentando suas principais diretrizes, tais quais sua natureza jurídica, atributos, limitações, meios de atuação, dentre outras considerações, com o escopo de firmar um melhor entendimento quanto ao tema, para que sua abordagem junto a atual questão das limitações por ele impostas em situação de quarentena seja melhor discorrida e compreendida.

2.1 Conceito e características gerais do Poder de Polícia

Inicialmente, faz-se necessário pontuar que o Estado tem o dever de agir com base no princípio da Supremacia do Interesse Público, buscando sempre uma tutela satisfativa do interesse coletivo. Para isso, o Estado estabelece restrições no exercício de liberdades individuais. Assim, de forma breve e geral, é possível delimitar que o Poder de Polícia é um poder dever do Estado em garantir o bem-estar da coletividade ainda que pra isso algumas limitações sejam impostas a particulares (CARVALHO, 2017).

Di Pietro (2013) vai dizer que o poder de polícia pode ser conceituado modernamente como atividade estatal que consiste em limitar o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público. Importante manifestar que o conceito clássico do poder de polícia estabelecia que as restrições impostas pela atividade estatal eram realizadas em favorecimento da segurança (DI PIETRO, 2013).

Contudo, no início do século XX, o Poder de Polícia transpôs a esfera da segurança pública e passou a se interpor na vida dos particulares:

O próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras (DI PIETRO, 2013, p. 123).

A partir disso, é possível perceber que o Estado passa a adotar uma posição de maior ingerência na vida dos cidadãos empregando-lhes concessões, deveres, mas com o escopo de garantir o bem-estar e os direitos da coletividade.

Com relação à natureza do Poder de Polícia e de seus atos, Carvalho (2017) aponta que, tradicionalmente, o Poder de Polícia era tratado como um poder negativo, em regra, visto que esses atos estabelecem limites para o exercício de direitos, imposição de restrições, assim como também afirmou Di Pietro (2013), o que reforça a evolução conceitual sofrida pelo tema.

Agora, sob o óbice do entendimento moderno sobre a natureza jurídica do poder de polícia, observa-se que, essa atividade do Estado pode ser também positiva, quando apresenta aos particulares obrigações de fazer a serem por eles realizadas.

Outra característica importante está na bipartição do Poder de Polícia entre Legislativo e Executivo, apontado por Di Pietro (2013). Essa separação decorre do princípio da legalidade que atua como pressuposto, vez que a partir da sua observância a Administração Pública só pode agir caso haja previsão em lei, seja para impor obrigações ou proibições.

Assim, o Poder de Polícia legislativo, conforme afirma Di Pietro (2013), encarrega que o Estado crie as limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas, já mencionadas deste trabalho, por meio de lei.

Quanto ao seu conceito legal, encontra-se disposto no Código Tributário Nacional em seu artigo 78, qual seja:

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)
Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (BRASIL, 1966)

Nota-se que o dispositivo assevera que as limitações impostas através do exercício desse poder pelo Estado só são possíveis e acertadas quando realizadas em razão da manutenção do bem-estar de toda a coletividade e assegurado o interesse público.

Relativamente as prerrogativas e sujeições do poder de polícia, Di Pietro (2013) aborda que os vocábulos são a base do Poder de Polícia do Estado. A autora demonstra a concatenação entre os dois conceitos que se entrelaçam, demonstrando as concessões abertas à Administração Pública para a realização de suas atividades de forma plena, mas que, no entanto, estão evadas de restrições que estabelecem limites para a prestação de tais atividades, para que estas não ultrapassem os limites de atuação do Estado nem os direitos e o bem-estar da coletividade.

Assim Di Pietro (2013), destaca a dualidade que o tema Poder de Polícia apresenta:

O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia (DI PIETRO, 2013, p.121)

Importante destacar, como bem prescreveu a supracitada autora que, embora haja uma ideia de conflito entre os direitos individuais dos cidadãos e as restrições promovidas pela ação do Poder de Polícia do Estado, não se observa de fato a existência de incompatibilidade entre os mesmos, vez que ainda que a atuação do Poder de Polícia empregue inibições à direitos, essas inibições só são impostas quando realmente necessárias para a observância do Interesse Público. “O fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados” (DI PIETRO, 2013, p. 122).

No que tange aos atributos presentes no Poder de Polícia, Carvalho (2017) já estabelece de antemão que se trata de tema que ainda é alvo de debates dentre os doutrinadores e, por conseguinte, não encontra-se pacificado.

A partir desse primeiro apontamento, esta pesquisa se valerá dos atributos considerados por Maria Sylvia Di Pietro e Matheus de Carvalho que comungam do mesmo entendimento. Para os supracitados autores, são atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

Quanto a discricionariedade, conforme Carvalho (2017) consiste na liberdade que possui o administrador, frente ao caso concreto, de decidir em prol da decisão mais acertada.

Di Pietro (2013), ainda sobre o referido tributo, chama atenção quanto a distinção entre o Poder de Polícia discricionário e o vinculado.

Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário. Em outras hipóteses, a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção. Nesse caso, o poder será vinculado. (DI PIETRO, 2013, p. 126-127)

A autoexecutoriedade é compreendida como a possibilidade da Administração Pública em executar suas próprias decisões sem que haja a interferência do Poder Judiciário. Assim como a discricionariedade, a autoexecutoriedade depende de determinação em lei, mas também pode ocorrer em situações de urgência (CARVALHO, 2017).

“A autoexecutoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário.”, assim reitera Di Pietro (2013, p. 128).

No primeiro caso, a medida deve ser adotada em consonância com o procedimento legal, assegurando-se ao interessado o direito de defesa, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição. No segundo caso, a própria urgência da medida dispensa a observância de procedimento especial, o que não autoriza a Administração a agir arbitrariamente ou a exceder-se no emprego da força, sob pena de responder civilmente o Estado pelos danos causados (cf. art. 37, § 6º, da Constituição), sem prejuízo da responsabilidade criminal, civil e administrativa dos servidores envolvidos (DI PIETRO, 2013, p. 128).

Com isso, a autora demonstra a necessidade da apreciação de algumas formalidades e condições para que o atributo da autoexecutoriedade seja exercido de forma correta, demonstrando mais uma vez a presença de princípios inerentes a Administração Pública, sendo eles o princípio da legalidade, ao exigir na primeira hipótese que haja determinação legal, e o princípio da supremacia do interesse público onde, no segundo caso em que há uma situação de urgência, ainda que seja dispensado a regulamentação em lei é indispensável que o ato seja realizado a fim de evitar maiores danos ao interesse público.

A coercibilidade, conforme expõe Carvalho (2017, p. 139), “torna o ato obrigatório, devendo este ser obedecido independente da vontade do administrado”. Di Pietro (2013, p. 128) vai dizer que a coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade, “O ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva”.

2.4 Limitações ao Poder de Polícia

A atividade de polícia da Administração Pública, ainda que goze de discricionariedade, como fora abordado em tópico anterior, depara-se com restrições impostas pela própria lei, para que não haja abusos através da extrapolação dos atos promovidos pelo Estado em sede de Poder de Polícia.

Com efeito, tal faculdade estatal de restrição de direitos e liberdades individuais, em prol do interesse público e do bem-estar social, deve ser exercida com todos os cuidados que a legislação constitucional e infraconstitucional prevê, a fim de evitar abusos do Poder Público e abolição total de garantias do cidadão (MENEZES, 2015, p.12)

Isto posto, mais uma vez é demonstrado que o Poder de Polícia do Estado só consegue ser corretamente exercido se seus atos atenderem as disposições expressas em lei e as preceituações trazidas pelos princípios que regem a Administração Pública.

O acatamento a essas necessidades garante não só a eficiência, eficácia e exatidão dos atos de polícia, como também obsta possíveis abusos por parte do Poder Público e a supressão indevida de direitos individuais (MENEZES, 2015).

Di Pietro (2013) destaca que as limitações legais impostas ao exercício do Poder de Polícia referem-se à competência e à forma, aos fins, aos motivos e objetos e ocorrem sob a ótica dos princípios administrativos já citados, e também sob a tutela dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No que concerne a forma, aos motivos e objeto, Di Pietro (2013) destaca que seus limites encontram-se nas disposições legais pertinentes ao tema.

A respeito dos fins, a autora preceitua que este só deve ser exercido com o objetivo de atender ao interesse público, no entanto, o exercício em excesso desse poder acarreta em desvio de poder por parte do administrador público, sendo assim, é necessário observar que esse ato de polícia não pode ser realizado com fim de prejudicar ou beneficiar pessoa específica (DI PIETRO, 2013).

2.4.1 Direitos fundamentais como limitações do Poder de Polícia

É evidente que o fim principal do Direito Administrativo e do Poder de Polícia a ele intrínseco seja a manutenção e a promoção do interesse público, no entanto, o exercício desse poder encontra alguns entraves, como já fora exposto nesse trabalho, contudo, um dos

impedimentos mais relevantes e discutidos encontram-se nos direitos fundamentais (MOURA, 2020).

A Constituição de 1988 enalteceu e elevou a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos a um grau máximo a partir disso. Princípios como a legalidade, e principalmente a supremacia do interesse público, consistentes no Direito Administrativo, tiveram de se adequar à nova realidade jurídica.

O pilar que sustenta o regime jurídico-administrativo – o interesse público – também diante da supremacia axiológica da Constituição e a centralidade assumida pelos direitos fundamentais é reordenado a fim de garantir a concretização dos referidos preceitos, já que correspondem, igualmente, aos objetivos da sociedade consagrados na lei fundamental. (MOURA, 2020, p. 940)

Menezes (2015) destaca sobre a necessidade de que seja estabelecida de forma estritamente harmoniosa o equilíbrio entre a tutela do interesse coletivo, buscado pelo exercício do Poder de Polícia, e a salvaguarda dos direitos individuais dos cidadãos. “O poder de polícia deve ser exercido pelo Estado com certa cautela. Este cuidado se dá pela preocupação em não abolir direitos e liberdades individuais do cidadão em prol da coletividade, mas apenas restringi-los” (MENEZES, 2015, p. 14).

Menezes (2015) traz outras considerações acerca do conflito entre direitos fundamentais e o exercício do Poder de Polícia. O autor escreve a respeito de um ponto de grande abrangência dentro das limitações auferidas ao Poder de Polícia, qual seja seu embate para com a tutela máxima dos direitos individuais constitucionalmente protegidos.

Como exemplo, o autor utiliza a situação de controle epidemiológico em caso de fortes epidemias, como a da dengue, onde haveria a imposição da entrada de agentes de saúde para a realização de atividades de tratamento e combate dos focos dos mosquitos transmissores da doença, o que ocasionaria em uma infração ao direito constitucional de inviolabilidade do domicílio, como também em caso obrigatoriedade de vacinações.

Isto posto, Menezes (2015) entende que, ainda que se tratando de violação a direitos individuais constitucionalmente protegidos, ao se deparar com a ocorrência de situações que afetam pontualmente à saúde pública a garantia constitucional, não se sobrepõe ao interesse da coletividade.

Em conclusão, podemos considerar que haverá situações especiais em que o poder público poderá valer de restrições nos direitos e liberdade do indivíduo, mas de forma temporária, devendo se analisar, no caso concreto, qual interesse se sobrepõe e qual sacrifício é viável ser realizado, sempre em observância da proporcionalidade e razoabilidade (MENEZES, 2015, p. 17).

O autor utilizou da dengue como exemplificativo para a possibilidade da incidência do Poder de Polícia de forma tão abrangente e pontual na vida da coletividade, mas é possível trazer o tema pra atualidade, e observar a ocorrência da pandemia mundial do Covid-19, onde o Estado, através do exercício do seu Poder de Polícia, estabelece aos cidadãos limitações a direitos amplamente protegidos pela Constituição, mas, em virtude da necessidade de se resguardar o bem-estar e a vida de toda a coletividade, esses direitos são legitimamente suprimidos.

Desta feita, quando a efetividade da supremacia do interesse coletivo for real, efetiva e as medidas coercitivas para sua manutenção estiverem alinhadas com as necessidades e razões que o caso concreto apresenta, a ação estatal por meio do poder de polícia poderá agir como supressiva de direitos fundamentais (VINCE; CARMO, 2020, p.133)

Este aspecto será novamente trabalhado, e de forma mais pontual a situação da pandemia do Coronavírus, recorte central dessa pesquisa, no tópico seguinte.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA

No ano de 2020, a pandemia do Coronavírus se alastrou de forma abrangente, veloz e incontrolável por todo o mundo. A doença altamente contagiosa e de grande letalidade causou forte alarme ao se perceber a velocidade em que o número de infectados e de mortes em decorrência da doença aumentavam exponencialmente.

Assim, de forma abrupta, os Estados se viram sob o dever de tomar medidas severas como meio de resguardar a vida de seus cidadãos e proteger o sistema de saúde de um eminente colapso.

As principais medidas de emergência tomadas pelo Brasil consistiram na restrição ao direito de locomoção, através da imposição da quarentena e isolamento social aos cidadãos. As pessoas deveriam permanecer em suas casas evitando ao máximo o trânsito nas ruas. Além disso foi determinado o fechamento de comércio, a proibição de eventos públicos, fechamento de transporte entre os estados, fechamento de escolas e universidades, sob a pena de sanção.

A decisão foi recebida com grande relutância e desentendimento até mesmo entre os próprios governantes. Discutia-se sobre a real necessidade e legalidade das medidas restritivas, apontando se essas não configuravam como abuso do poder por parte da Administração Pública, em exercício do seu Poder de Polícia, vez que era questionado haver uma clara e abrangente violação à liberdade de locomoção, direito fundamental constitucionalmente protegido.

Neste cenário, se acentuaram os debates concernentes aos conflitos existentes entre a manutenção das garantias e direitos fundamentais e o livre exercício dos atos de polícia.

Como já é sabido, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional atuam como limitadores entre si, no entanto, em determinadas situações factuais, como a da pandemia da Covid-19, a observância de uma matéria tende a se sobressair em detrimento da outra, mas sempre com o objetivo primordial da salvaguarda do interesse da coletividade.

Acerca desse embate, Schirato e Schirato (2020) preceitua que a resolução dos conflitos que emergem do entrave entre direitos constitucionalmente garantidos e casos concretos não previstos em lei, tal qual a pandemia do Coronavírus, fica a cargo da Administração Pública.

A decisão pública restritiva de um direito fundamental (seja ela legislativa ou administrativa) deve ser tomada a partir de um sopesamento, que leve em conta, diante das circunstâncias do caso concreto, o âmbito de proteção de cada direito fundamental, seu conteúdo essencial e as circunstâncias do caso concreto que determinarão o conteúdo real de um direito fundamental (SCHIRATO; SCHIRATO, 2020, p. 5).

Vince e Marco (2020) apontam que o Direito Administrativo foi construído sob os pilares da autoridade e da liberdade, para que seja realmente possível salvaguardar de forma eficaz os direitos públicos individuais.

Os autores reforçam que essa máxima esbarra nos direitos individuais dos cidadãos que não devem ser infringidos sob qualquer pretexto banal, mas sim em casos que essa ação mostre-se indispensável. “A coerção das liberdades públicas somente poderá ocorrer para tutelar interesses considerados maiores no caso concreto e exatamente no grau necessário ao atingimento da finalidade pública.”, escreveram (VINCE; MARCO, 2020, p.136).

Desta feita, já é possível afirmar neste primeiro momento que atos da Administração Pública frente à pandemia do Coronavírus mostram-se pertinentes e indispensáveis, vez que tem como objetivo a efetividade e a concretização do direito à saúde protegido pela Constituição da República e a manutenção da vida de toda a população, ou seja, ainda que o direito à livre locomoção tenha sido mitigado, tal ação foi imposta tão somente até o limite para se garantir a proteção a outro direito fundamental e de importância ímpar, assim, não houve violação, mas apenas restrição para se atender a uma emergência de caráter público.

Ainda sobre o tema, Schirato e Schirato (2020) aponta para a necessidade de realizar uma minuciosa análise entre as circunstâncias determinantes do caso concreto e o limite de violação a ser infringida aos direitos individuais por parte da Administração Pública por meios do seu Poder de Polícia. Tal análise é realizada a luz do Princípio da Proporcionalidade.

E é aí que aparece o Princípio de Proporcionalidade, eis que será ele o instrumento jurídico a ser utilizado para verificar tanto se a decisão tomada pelo legislador parlamentar quanto pela Administração Pública (i.e., ato administrativo) promove uma restrição aceitável aos direitos fundamentais. É dizer, sempre que houver um conflito entre direitos fundamentais e uma decisão pública que realize um sopesamento impondo limitações recíprocas aos direitos em conflito ou impondo uma restrição a um em benefício de outro, será necessário um teste à luz do Princípio da Proporcionalidade (SCHIRATO; SCHIRATO, 2020, p.6).

Schirato e Schirato (2020) traz um importante exame referente as etapas de análise atinentes ao Princípio da Proporcionalidade e que são utilizadas para a solução de conflitos reais e efetivos que se apresentam na sociedade, o qual faz-se necessário estabelecer um equilíbrio entre a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos e a supressão dos mesmos com forma de garantir o bem-estar coletivo.

Essas etapas verificam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da ação estatal pretendida pela Administração Pública frente a situação concreta, (VINCE; CARMO, 2020, p. 134).

Nesses quadrantes, portanto, tem-se uma situação na qual a análise da possibilidade jurídica de se impor restrições ao direito fundamental de livre circulação demanda a análise de sua proporcionalidade, a partir da verificação de legitimidade de finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SCHIRATO; SCHIRATO, 2020, p.6).

Assim, uma vez que se observa que as medidas emergenciais sanitárias adotados pelo governo Brasileiro foram realizadas frente a análise da situação pandêmica de exposição em massa de pessoas ao vírus de alto contágio e letalidade, a necessidade urgente de providências sanitárias de contenção da disseminação e a impossibilidade da inércia do Estado frente uma situação de eminente colapso do setor de saúde, não há que se falar em abuso da Administração Pública e ilegitimidade nos seus atos de polícia, posto que à luz do Princípio da Proporcionalidade e suas etapas de análise a ação pretendida pela População, qual seja, preservar a vida da coletividade resguardando o direito fundamental a saúde conversa com a situação real de calamidade pública.

Isto posto, fica evidente que muito embora o Direito Constitucional e a proteção dos direitos fundamentais se caracterizem como grandes limitadores ao exercício do Poder de Polícia do Estado, estabelecendo os limites da atuação deste poder e atuando como proteção de possíveis abusos por parte da Administração, a aplicação desses limitadores devem partir de uma minuciosa análise da situação em tela, afinal o foco principal sempre será a máxima manutenção do bem-estar e do interesse da coletividade.

Desta feita, ainda que as restrições propostas pela Administração Pública restrinjam alguns direitos basilares dos indivíduos, como ocorreu ao se estabelecer medidas restritivas à locomoção e ao direito de ir e vir dos cidadãos através da imposição da quarentena e do isolamento social, o bem-estar da coletividade deve sempre prevalecer, dessa forma, a primazia se deu a conservação e proteção a saúde pública. No entanto, é preciso perquirir: há uma extrapolação no exercício de tais poderes?

4 COMO O TOQUE DE RECOLHER EXTRAPOLA O PODER DE POLÍCIA

O presente artigo objetivou tratar de analisar os limites do poder de polícia em tempos de pandemia. Até então, todas as restrições impostas à população, com já mencionado anteriormente, foram à luz da legislação pertinente. Ou seja, a Lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020), e decretos regionais e locais, com a finalidade precípua de defender o direito coletivo à saúde. Observa-se que, mesmo em situações de confronto de direitos individuais fundamentais com o direito coletivo à saúde, a efetividade do Poder de Polícia sempre se deu sob a tutela da supremacia do interesse público, no uso do equilíbrio, da razoabilidade e da proporcionalidade.

No entanto, depara-se com uma nova realidade em virtude do aumento de casos e de novas variantes do vírus que se propagam com mais intensidade, exigindo das autoridades sanitárias, junto ao Poder Público o aumento das restrições na tentativa de não colapsar o sistema de saúde já precário, e preservar vidas.

Daí, foi implementado o “toque de recolher” em diversos municípios pelo país. Tal medida partiu dos governadores de Estado, e aqui precisamente do Estado de Minas Gerais, a realidade mais próxima.

Ir e vir, é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XV) e na Declaração dos Direitos Humanos. Na Constituição, é estabelecido que: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

Como todo direito fundamental, ele pode sofrer limitações, inclusive essas limitações também estão previstas na própria Constituição e outros diplomas legais, como por exemplo: se uma pessoa comete um crime, ele terá sua liberdade restringida com sua prisão, há os institutos da extradição e expulsão, dentre outros.

Em que pese todas as medidas, mesmo tomadas dentro da sua legalidade, desde o início da pandemia, sempre foi fator de questionamentos e linhas de pensamentos diversos,

até com ações judiciais buscando sua anulação. Com o “toque de recolher”, não foi diferente, cujo além de extrapolar o poder de polícia fere brutalmente o direito fundamental de ir e vir consagrado na Constituição, e ainda usurpa a competência dos poderes.

Nesta direção, o Jurista André Gonçalves já havia manifestado sobre o tema, ao falar ao Jornal gazeta do povo em 01/03/2021 “[...] o decreto de toque de recolher exigiria aprovação do congresso e decreto de Estado de Sitio pelo poder executivo” (JORNAL GAZETA DO POVO, 2021).

Voltando às legislações que regem a matéria, tanto regional quanto local, conforme ADI 6341 do Supremo Tribunal Federal, tal medida não encontra amparo legal nem constitucional.

Desde a implantação dessa medida, já se encontra no judiciário várias demandas, com o objetivo de declarar sua inconstitucionalidade. No caso de Minas Gerais, a do deputado estadual Bruno Engler, cujo foi objeto de recurso para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde o seu Presidente Gilson Soares Lemos, com um tom conciliador em virtude de dar celeridade ao entrave, celeridade esta exigida pela matéria, convocou as autoridades do Estado numa reunião conciliatória suspendeu o “Toque de recolher” em todo o Estado, para posterior medidas mais efetivas (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2021).

Uma vez inconstitucional o “toque de recolher”, não há falar em penalização ou sanção para quem quer que esteja na rua no horário por ele definido, caso contrário configuraria abuso de poder ferindo direito fundamental.

Vale ressaltar ainda que, sendo essa medida decretada pelo poder regional, ou seja, o governador do Estado, também seria abuso de poder por parte deste, a imposição de cumprimento pelos municípios. Lembrando que os mesmos têm competência local de estabelecer medidas de restrição de conformidade com sua adequação e realidade local, conferida pelo Supremo Tribunal Federal no combate à pandemia.

Nesse contexto, tal medida implementada não carrega fundamento jurídico ou motivo científico que indique necessidade de horários específicos, variando geralmente de 20:00 as 05:00 horas ou 22:00 as 06:00, como fator de redução de contágio pelo vírus covid-19.

5 CONCLUSÃO

Diante do discutido nesta pesquisa, foi possível estabelecer um paralelo entre a discricionariedade do exercício do Poder de Polícia próprio da Administração Pública e as medidas restritivas impostas aos cidadãos por ocasião da pandemia do Coronavírus.

Em um primeiro momento, foi discorrido no que toca ao conceito, características e atributos do Poder de Polícia, como ele se delinea e abrange o cotidiano da Administração Pública que o utiliza como forma de zelar e conceder a tutela dos direitos e interesses da coletividade.

Foi também apresentado ponto de importante impacto na discussão que circunda na possibilidade da mitigação de direitos fundamentais, como forma de conter a disseminação do Vírus da Covid-19, as limitações impostas ao Poder de Polícia.

No que tange o tema, foram abordadas as restrições conferidas ao Poder de Polícia do Estado com o escopo de garantir que este não extrapole seus limites legais e não recaia em atos de abuso de poder.

Dentre essas limitações, que são basicamente de caráter legal, a mais importante e determinante está na barreira imposta pela garantia e defesa dos direitos fundamentais.

A promulgação da Constituição da República de 1988 cotejou de forma expressiva a tutela dos direitos e garantias fundamentais, protegendo-os de forma enérgica no texto constitucional, à vista disso, o Direito Administrativo que antes contava com menos comedimento de seus atos passou, assim como os demais ramos do direito, a se limitar e basear seus atos, inclusive os atos de polícia, às disposições protetivas trazidas na nova Constituição.

Isto posto, ainda que o poder de polícia tenha legitimidade em infringir direitos individuais, tal ato só pode ser concretizado no limite permitido pela legislação Constitucional, em especial no que diz respeito a tutela dos direitos fundamentais e sempre com finco da tutela do interesse coletivo.

No tópico dessa pesquisa o tema foi discutido sob o óbice da atual situação vivenciada no Brasil e no mundo causada pela pandemia do Coronavírus.

Fez-se análise das medidas sanitárias de contenção da contaminação em massa do vírus que consistiram, de forma geral, na determinação da quarentena e isolamento social aos indivíduos, além da decretação do fechamento do comércio, atividades que promovessem aglomerações, como shows, festas e feiras.

As medidas de emergência, que claramente restringiam a população do gozo do direito fundamental à locomoção, propiciaram o debate da relação entre Direito Constitucional e o Direito Administrativo, questionando os limites do exercício do seu Poder de Polícia frente a proteção dos direitos individuais protegidos constitucionalmente.

Trazendo novamente a baila o conflito entre direitos fundamentais e proteção do interesse da coletividade, depreende-se que em situações de grande necessidade é possível que

Administração Pública se valha do seu poder de polícia restringindo direitos individuais, ainda que de caráter fundamental, com o objetivo de preservar e garantir o bem-estar da população.

Ponto importante destacado é que os direitos individuais fundamentais não podem ser amplamente violados e suprimidos, cabendo tão somente restrições ao seu exercício, sempre dentro dos limites exigidos para a resolução da situação concreta e factual.

Neste sentido, muito embora o Poder de Polícia do Estado tenha limitado o exercício do direito individual à locomoção, tal ato foi determinado em vista da iminência de um colapso da saúde pública e da exponencial exposição da população a um vírus de enorme letalidade, desta feita, constata-se que as medidas tomadas pela Administração Pública estão em consonância com a liberalidade intrínseca ao Poder de Polícia, porém, esse poder é extrapolado ao se restringir drasticamente o direito de ir e vir com a imposição de toque de recolher, o que pode caracterizar, portanto, abuso de poder por parte do Estado.

REFERÊNCIAS:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal, de 1988**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Código Tributário Nacional, de 1966**. Brasília, DF, 1966.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 356/2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 20 set. 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

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

JORNAL ESTADO DE MINAS. Toque de recolher é suspenso em todo o estado de Minas Gerais. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/04/05/interna_gerais,1253887/toque-de-recolher-e-suspenso-em-todo-o-estado-de-minas-gerais.shtml. Acesso em: 12 abr. 2021.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. **R. DU. Adm.**, Rio de Janeiro, 199:89-96, jan./mar. 1995.

MENEZES, Felipe Barbosa de. Limites do Poder de Polícia da Administração Pública. **Revista da ESDM**, v. 1, n. 1, p. 81-111, 2015.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 113, de 12 de março de 2020**. Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/images/noticias_e_eventos/000_2020/coronavirus-legislacoes/Decreto_113-de-12.03.2020-declara-Situacao-de-Emergencia.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 47.891, de 20 de março de 2020**. Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/images/noticias_e_eventos/000_2020/coronavirus-legislacoes/25-03/Decreto-n-47.891-20.03.20.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Sérgio Rhein. Poder de polícia em tempos de pandemia: proporcionalidade nas restrições impostas ao direito de ir e vir? Uma abordagem interdisciplinar. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 14, Jul./Ago., 2020.

VINCE, Fernando Navarro; CARMO, Valter Moura. A Legitimidade Do Exercício De Poder De Polícia Em Tempos De Pandemia. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 6, n. 1, p. 124-141, 2020.