

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

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

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

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

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-058-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi e será sempre um marco não apenas para o CONPEDI mas para toda a comunidade jurídica e para os programas de pós-graduação em direito do Brasil, por ser o primeiro evento totalmente virtual e no meio de uma das maiores pandemias da história da humanidade, a Covid-19 - e que, nada obstante todas as adversidades, foi concluído com enorme sucesso. Um evento que ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um amplo, qualificado e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e inquestionável relevo prático.

Com efeito, a Covid-19 e seus desdobramentos foram a tônica dos debates e das comunicações, mas não somente isso! A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e na respectiva atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões informadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DESLEGALIZAÇÃO E DEMOCRACIA
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL
3. OS REFLEXOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
4. DISCRETIONARIEDADE TÉCNICA ADMINISTRATIVA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA JUDICIAL
5. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUTARQUIA INSS PARA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS VERSOS A EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

6. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIÁLOGO COM AS FONTES DO DIREITO E COM AS NOVAS TECNOLOGIAS
7. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA ARRENDAMENTO DE ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS ORGANIZADOS
8. ANÁLISE ESTRUTURAL DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO EM ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS BRASILEIROS
9. A DEVOLUÇÃO DO BEM PÚBLICO SUBTRAÍDO E A DESCARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
10. A INTERVENÇÃO ESTATAL DESPROPORCIONAL NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E A VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA
11. O REGIME JURÍDICO PÚBLICO SOBRE O REGIME PRIVADO: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
12. A PRÁTICA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL
13. GOVERNANÇA CORPORATIVA DE EMPRESAS ESTATAIS: EFEITOS PRODUZIDOS A PARTIR DA LEI DAS ESTATAIS FRENTE AOS DESAFIOS DE MITIGAÇÃO DE FRAUDES E CORRUPÇÃO
14. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: UM ESTUDO DE CASO
15. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A ADVOGADOS PÚBLICOS
16. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AS PENAS – ARTIGO 12
17. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÕES

18. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAR POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

19. POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 E OS MECANISMOS PARA SUA TUTELA À INFORMAÇÃO SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA CORRETA

20. AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A PANDEMIA DO CORONAVIRUS

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da 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.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação 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 São Luiz (MA), junho de 2020.

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)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no I 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 item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de

Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal -
publicacao@conpedi.org.br.

DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAR POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

PUBLIC CIVIL ACTION AS A MECHANISM TO IMPLEMENT PUBLIC HEALTH POLICY IN DETRIMENTING THE FREEDOM OF LOCOMOTION OF A PERSON WITH COVID-19

Vanessa Yoshiura ¹
Ivan Dias da Motta ²
Washington Aparecido Pinto ³

Resumo

Busca-se, por meio deste artigo, analisar um caso concreto no qual a ação civil pública (ACP) é utilizada como instrumento de reafirmação de política pública obrigando portador de COVID-19 a cumprir o isolamento domiciliar. Para tanto, parte-se do estudo das políticas públicas, seus autores e instrumentos, nos quais se inclui a ACP. Posteriormente, adentra-se na classificação do direito à saúde e do direito à locomoção como direitos fundamentais e da personalidade e, diante de sua colisão, apontam-se os principais métodos de resolução desse conflito. Ao final, apresenta-se o caso ocorrido no Município de Paranavaí/PR com aplicação de ambas as teorias.

Palavras-chave: Ação civil pública, Política pública, Covid-19, Direitos da personalidade, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to analyze a specific case that public civil action is used as an instrument to reaffirm public policy, forcing the bearer of COVID-19 to comply with home isolation. For that, we start from the study of public policies, their authors and instruments, which include the civil public action. Subsequently, we study the classification of the right to health and the right to locomotion as fundamental and personality rights and, in the face of their collision, the main methods of resolving this conflict are pointed out. At the end, we present the case with application of both theories.

¹ Mestranda do Programa de Ciências Jurídicas do UNICESUMAR. Especialista em Direito Tributário e Direito Civil e Processo Civil. Graduada em Direito. Procuradora Municipal de Paranavaí-PR. E-mail: vayoshi@gmail.com

² Orientador. Professor do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do UNICESUMAR. Pós-doutor em Direito Educacional. Doutor em Direito das Relações Sociais. Mestre em Direito. Graduado em Direito. E-mail: ivan.iddm@gmail.com

³ Mestrando do Programa de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Especialista em Direito Tributário e Direito do Trabalho. Graduado em Direito. Procurador Municipal de Paranavaí-PR. E-mail: washington.pinto@yahoo.com.br

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public civil action, Public policy, Covid-19, Personality rights, Fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

Nos dias hodiernos o mundo vive uma situação muito peculiar e – por muitas pessoas – nunca vivida: uma pandemia global de uma doença denominada COVID-19, causada pelo “novo coronavírus” (Sars-Cov-2).

Neste diapasão, as mais variadas medidas para a contenção de pessoas, de modo a evitar aglomerações, estão sendo adotadas pelos governos, como, por exemplo, o isolamento domiciliar ou hospitalar de pessoas infectadas, o fechamento de estabelecimentos empresariais, a proibição de reuniões de pessoas e o toque de recolher. Cada qual dos países afetados, dentro de suas peculiaridades, vem traçando políticas públicas para conter a propagação da doença, fixando a forma de execução da “quarentena” que estabeleceu.

No Brasil várias medidas estão sendo tomadas em todas as esferas de governo, do federal ao municipal. São leis, decretos, portarias e outros atos normativos que objetivam disciplinar a conduta da população, além de diversas campanhas educacionais transmitidas pelos meios de comunicação.

No que tange às pessoas portadoras da COVID-19, sem quadro clínico grave e dentro da janela de transmissão viral, a Organização Mundial da Saúde indica o isolamento domiciliar, de modo a evitar que locais frequentados sejam infectados pelo vírus altamente contagioso. Ocorre que algumas dessas pessoas, não compreendendo a seriedade da questão, desrespeitam o isolamento e acabam por colocar em risco toda a sua comunidade.

De modo a salvaguardar a política pública de distanciamento (ou isolamento) social, implementada pelo governo, o Ministério Público é (um dos) detentor(es) de legitimidade para ajuizamento de ação civil pública a fim de obrigar o portador de COVID-19 a permanecer em isolamento, removendo o ilícito e tentando evitar a majoração do dano social causado, mesmo que aludida medida importe no cerceamento – temporário – do direito de ir e vir (liberdade de locomoção da pessoa).

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar a colisão da liberdade de locomoção com o direito à saúde e o manejo de ação civil pública como forma de reafirmar a política pública adotada por parte do Poder Executivo.

2 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa social aplicada do tipo exploratória e descritiva com abordagem qualitativa (CHIZZOTI, 2000). As fontes de dados foram os documentos da gestão federal, estadual e municipal relativos às políticas públicas convergente ao direito à saúde e à liberdade de locomoção.

A coleta e análise dos dados se deram por meio da pesquisa documental, a qual favoreceu a observação do processo de evolução e construção do arcabouço jurisdicional, permitindo acrescentar a dimensão do tempo à compreensão social (CELLARD, 2008).

Os dados foram localizados nos Diários Oficiais da Justiça do Estado do Paraná e do Município de Paranavaí, disponíveis para consulta pública na forma on-line. Eles foram agrupados segundo o tipo. Em seguida foi realizada a pré-análise dos dados por meio de leitura exploratória, seletiva, analítica e interpretativa, levantando cinco dimensões: o contexto, o(s) autor(es), a autenticidade e a confiabilidade do texto, a natureza do texto, os conceitos-chave e a lógica interna do texto.

Dessa forma, foram selecionados para análise os mencionados documentos, a saber: petições iniciais de Ação Civil Pública, informações processuais e informações oriundas de órgãos públicos do setor da saúde pública. Os documentos selecionados passaram por um processo de levantamento das unidades de análise e, em seguida, definição das categorias de análise.

A discussão dos dados se deu à luz literatura científica atual acerca da temática do direito à saúde, liberdade de locomoção e direitos da personalidade. A pesquisa dispensa apreciação e aprovação pelos órgãos éticos competentes por ser realizada com documentos públicos, bem como, preservada a identificação das partes processuais, com exceção do ente público municipal.

3 DESENVOLVIMENTO

Compõe-se esse estudo, da apreciação e da verificação do cabimento de Ação Civil Pública, para fins de implementação de política pública visando salvaguardar o direito à saúde da coletividade em face da liberdade de locomoção do portador de COVID-19, por tempo determinado.

Após a apreciação do conteúdo, verifica-se plenamente cabível o manejo da Ação Civil Pública como instrumento de política pública para a defesa dos direitos da coletividade, ante a necessidade de coibir e reprimir a proliferação do vírus da COVID-19.

O objeto da Ação Civil Pública é a tutela de direitos ou interesses difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, CDC).

O bem jurídico tutelado nos autos de ação civil pública é o direito ao cidadão e toda a coletividade ao seu direito à saúde, fazendo com que haja uma efetividade nas políticas públicas relacionadas ao tema da saúde.

Resta clara a possibilidade de colisão entre os direitos fundamentais (e da personalidade) à saúde e de ir e vir, a qual, dentro do caso concreto apresentado, é resolvida com aplicação dos métodos de Alexy ou Barcellos.

3.1 DO CONCEITO E DOS ATORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

De início, cumpre ressaltar que inexistente um único ou melhor conceito de política pública (SOUZA, 2007). A definição pode variar de acordo com a vertente adotada pelo autor.

Entretanto, reporta-se à Lowi *apud* Souza (2007, p. 68) a conceituação clássica de política pública, como sendo “uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular, o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas”.

Nesse diapasão, vislumbra-se que o intuito da política pública é a identificação e correção de problemas, influenciando, alterando ou regulando o comportamento da sociedade.

Bucci (2006, p. 39) apresenta um conceito mais atual de políticas públicas:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Conforme se pode extrair da leitura da definição de política pública acima acostada, esse conjunto de decisões interrelacionadas para a consecução de objetivos predefinidos podem ser tomadas por um ou, como regra, um grupo de atores.

Hodiernamente, é cediço que não se encontram exclusivamente nas mãos dos governos o poder de definição e de implementação de políticas públicas. No Brasil, fala-se no princípio participativo, como forma de chamar outros atores interessados (população, classes ou entidades não governamentais) à atuação junto ao Poder Público, visando a maior legitimidade das decisões a serem tomadas.

Vê-se que, na prática, a autonomia estatal, neste ponto, mostra-se cada vez mais relativizada diante dessas diversas forças externas. Todavia, “essa autonomia relativa gera determinadas capacidades, as quais, por sua vez, criam as condições para a implementação de objetivos de políticas públicas” (SOUZA, 2007, p. 71-72).

Isso significa que a participação de outros entes, porventura técnicos na área de discussão, gera maior pluralidade no debate e, assim, tende a ser mais acertada e eficiente.

Ademais, a eficiência, com a implantação da administração pública gerencial (OLIVEIRA, 2018, p. 12), tornou-se foco de toda atuação estatal, incluindo-a desde a definição da agenda até a implementação das políticas públicas.

Aludida eficiência é marcada por duas características interdependentes: a questão da credibilidade e da atuação de órgãos independentes (SOUZA, 2007).

No que tange à credibilidade, impõe mencionar que a sua ocorrência depende do respeito às normas anteriormente definidas, tais como as leis e a Constituição, a despeito da vontade momentânea daquele que se encontra no poder.

Em razão dessa observância de regras predeterminadas, acaba-se por reforçar a atuação de órgãos independentes, sejam nacionais (Ministério Público, por exemplo) ou estrangeiros (Organização Mundial da Saúde, exemplificando), na definição ou, ao menos, indicação da política pública que se mostra mais adequada, vez que são instituições apartadas da direta influência da política e/ou detentoras de objetivos e missões já definidas, o que mostra maior tecnicidade nas argumentações.

Deste modo, afirma Souza (2007, p. 80) que “a política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada nos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais também são importantes”.

3.2 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Conforme dispõem os artigos 1º, 3º e 11 da Lei nº 7.347/85⁴, a ação civil pública é cabível para tutelar, de forma preventiva ou ressarcitória, de ordem patrimonial ou moral, todo e qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

⁴ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social. Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Impõe ressaltar que a ação civil pública detém o condão de realizar tanto a tutela reparatória quanto a preventiva. Essa objetiva evitar a ocorrência do ilícito e, por consequência, os (eventuais) danos indenizáveis. Em outro vértice, aquela tem o intuito de reparar o ilícito e o dano já ocorrido.

Segundo Gajardoni (2012, p. 18), a tutela preventiva é, via de regra, ligada às obrigações de fazer e não fazer (artigo 11 da Lei n. 7.347/85 e artigo 84 do CDC), sendo sua execução realizada, mormente, por meio de cominações (multa); podendo ser inibitória (obsta a ocorrência do ilícito) ou de remoção do ilícito (retira o ilícito já praticado para evitar a ocorrência de dano ou sua majoração).

Divide-se a tutela reparatória em ressarcitória pelo equivalente e específica. A primeira consiste na reparação pecuniária por meio da transferência de um montante equivalente ao prejuízo gerado. “Na esfera dos direitos coletivos, esta forma de reparação não é a ideal, uma vez que os bens jurídicos tutelados demandam tutela específica” (GAJARDONI, 2012, p. 19), ou seja, proteção que promova a reparação do próprio bem jurídico lesionado.

A tutela preventiva deve ser, como regra, priorizada em face da reparatória, mesmo que específica, haja vista ser mais interessante evitar o ilícito e/ou o dano do que reparar o dano já causado. É cediço que o retorno ao *status quo ante* é praticamente impossível em se tratando de muitas espécies de interesses, tal como a saúde pública e o meio ambiente.

Diante do exposto, verifica-se que a ação civil pública se mostra, na prática jurídica, como um instrumento eficaz para influenciar, alterar ou regular o comportamento de indivíduos, ou seja, para estabelecer a agenda ou a própria implementação de políticas públicas.

Smanio (2013, p. 10), aponta que:

Como fenômeno jurídico, notamos que as Políticas Públicas se traduzem por um complexo de normas jurídicas e assim podem ser definidas. Normas especiais, como proposto por Eros Grau, com fixação de objetivos a serem alcançados, mas também podendo realizar normas de conduta e normas de organização, [...]. Essa conceituação jurídica permite que as Instituições Jurídicas e os órgãos e Poderes do Estado possam efetivar as decisões Políticas e sofrer o controle necessário de sua atuação, sobretudo para assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Isso porque, partindo-se do pressuposto de que a Constituição brasileira define que as políticas públicas correspondem a um dos instrumentos aptos a realização de direitos fundamentais, não se pode olvidar da presença do Judiciário neste controle.

Saliente-se que aludido ativismo judicial deve ser moderado, sob pena de se violar o princípio da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição da República).

3.3 DO DIREITO À SAÚDE E DO DIREITO DE IR E VIR COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos da personalidade caracterizam-se como uma categoria especial de direito que cuida da “essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano” (BORGES, 2007, p. 20).

São essenciais porque correspondem à própria natureza da pessoa, dizendo-se, pois, orgânico, além de ligados aos bens jurídicos de maior valoração dentro de um ordenamento. Aludidos bens detêm íntima correlação tanto com as necessidades de ordem física quanto as de ordem moral da pessoa, pois preocupam-se com o ser e não com o ter do homem.

Assim explana Reale (2004):

[...] cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias civilizações, nas quais há valores fundantes e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino invariantes axiológicas. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior duração, cujo conjunto compõe o horizonte de cada ciclo essencial da vida humana. Emprego aqui o termo horizonte no sentido que lhe dá Jaspers, recuando à medida que o ser humano avança, adquirindo novas idéias ou ideais, assim como novos instrumentos reclamados pelo bem dos indivíduos e das coletividades (REALE, 2004).

Nesse diapasão, é possível conceituar os direitos da personalidade como direitos subjetivos que objetivam a proteção dos bens da personalidade, seja física ou moral, decorrentes da própria noção de dignidade humana.

Lopes (2000) bem conceitua os direitos da personalidade como sendo:

[...] os atinentes à utilização e disponibilidade de certos atributos inatos ao indivíduo, como projeções biopsíquicas integrativas da pessoa humana, constituindo-se em objetos (bens jurídicos), assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante (2000, p. 241).

Uma vez que o universo jurídico não é estático e o direito está em constante evolução, não poderia ser outra a conclusão: os direitos da personalidade são *numerus apertus*; não são, pois, taxativos. “O catálogo está em contínua expansão, constituindo uma séria aberta de vários aspectos da personalidade” (BORGES, 2000, p. 24).

A área de concentração de qualquer dos direitos da personalidade é o princípio da dignidade humana, mormente em razão do fato de que todos os direitos fundamentais

decorrem de sua concepção. É, assim, o princípio mãe de todo o ordenamento jurídico e cláusula geral de proteção da personalidade, devendo ser respeitado por todos, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas.

Dentre esses direitos é inegável a presença do direito à saúde e do direito de ir e vir, também chamado de liberdade de locomoção.

Isso porque, “com efeito, a proteção do direito à saúde (...) servirá, a bem da verdade, para criar o ambiente propício para que a pessoa – considerada individualmente – desenvolva os demais atributos de sua personalidade” (URBANO, 2010, p. 180) e o direito à liberdade, do qual deriva a espécie “de locomoção”, assegura que o ser humano possa escolher o que entender como correto, dentro daquilo que acredita e que lhe traga satisfação, de modo a compor a sua própria personalidade.

Saliente-se, entretanto, que, não obstante a interseção existente entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, não há uma coincidência entre as categorias. A doutrina não converge sobre a abrangência dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, bem como a relação entre uns e outros; se os direitos da personalidade são direitos fundamentais ou se os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são categorias independentes (URBANO, 2010, p. 180).

Não obstante tal divergência, a proteção da pessoa, principalmente no que se refere à sua dignidade, mostra-se como ponto comum das duas categorias.

Bem explica Urbano (2010, p. 181):

A par da divergência sobre a abrangência dos direitos fundamentais e se estes englobariam os direitos da personalidade e, ainda, em qual medida o fariam, ambas categorias buscam a proteção da pessoa humana seja de forma direta, seja indireta. Os direitos da personalidade voltam-se totalmente à proteção dos atributos da pessoa e mais focados nas relações de Direito Privado e os direitos fundamentais, em maior ou menor medida, também buscam essa proteção, porém de maneira lateral e com um foco maior no Direito Público.

Deste modo, cada qual dentro de seu espectro de atuação – seja no âmbito das relações privadas, seja na atuação do Poder Público sobre seus jurisdicionados – ambos buscam a maximização da implementação desses direitos.

3.4 DO DIREITO À SAÚDE

O artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Neste sentido, a saúde foi erigida ao patamar de direito público subjetivo constitucionalmente tutelado. Por meio da aludida norma programática⁵, ao Poder Público foi incumbida a tarefa de formular e implementar políticas sociais e econômicas que objetivem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. Isso significa que o direito à saúde não pode ser convertido em uma mera promessa institucional, visto que estar-se-ia violando o preceito constitucional.

Conforme leciona Silva, J (2001):

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexas com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, J, 2001, p. 285).

A Constituição protege a saúde por meio de medidas que asseguram a integridade psicofísica da pessoa, como ser humano e como coletividade, por consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Importante frisar neste ponto que o direito à saúde pode ser analisado por duas vertentes complementares: individual e social.

No que tange ao seu aspecto individual, o direito à saúde se refere à liberdade que possui o indivíduo em escolher, dentre os tratamentos médicos e recursos médicos-sanitários existentes, aquele que mais lhe aprouver.

Ao revés, na vertente social, o direito à saúde tem maior ligação com o princípio da igualdade: o Estado impõe determinados limites às liberdades individuais para que todos os cidadãos possam usufruir, de maneira igualitária, das vantagens da sociedade. Portanto, para

⁵ “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000).

ser possível a preservação da saúde de todos, faz-se necessário que ninguém possa impedir outrem de buscar seu bem-estar ou levar outrem a adoecer.

Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade (SILVA, s/a. p. 13).

Assim, sem o respeito à saúde na sua acepção social, inviabiliza-se a própria liberdade de escolha do indivíduo, que pode ser impedido por outro de buscar seu próprio bem-estar quando atitudes alheias o levam a adoecer e não conseguir atuar livremente na modulação do seu próprio eu.

Isso não significa que a acepção individual do direito à saúde não tenha importância. Ao contrário: as normas jurídicas que implementam a saúde coletiva devem se limitar aos aspectos necessários à criação de um universo apto a conferir às pessoas a possibilidade de atuar livremente para escolher o caminho almejado.

Trata-se, pois, de duas acepções complementares e interdependentes. Não há liberdade individual quando inexistente igualdade para escolha.

3.5 DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

A liberdade de locomoção compreende o direito fundamental de ir e vir, previsto no artigo 5º, inciso XV, da Constituição de República Federativa do Brasil, que assevera 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”.

À título histórico, é considerada uma das mais antigas liberdades da civilização, tendo sido inserida, pela primeira vez, em um documento escrito, através da Magna Charta Libertatum (INGLATERRA, 1215). Ademais, encontra-se sua previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1949 (artigo 13), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 12) e em todas as Constituições brasileiras.

Referido direito, dentro da teoria da evolução dos direitos fundamentais de Bobbio, consoante explanado alhures, corresponde à primeira dimensão de direitos, os quais são ligados ao princípio da liberdade frente à atuação arbitrária do Estado.

Deste modo, a norma constitucional impede que a liberdade de locomoção do indivíduo seja tolhida por meio de atitudes arbitrárias do Poder Público, sem fundamento em lei ou em um devido processo legal.

A *contrario sensu* e lembrando que nenhum direito fundamental é absoluto, a depender das circunstâncias do caso concreto, a liberdade de locomoção poderá ser restringida, observando-se o princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em conflito.

Nesse viés entende o Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do HC 94.147, asseverou que “não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto”.

3.6 DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Consoante disposto outrora, não obstante a divergência doutrinária, no que se refere especificamente aos direitos à saúde e de ir e vir no Brasil, é inegável a sua classificação – também – como direitos fundamentais.

O direito à saúde é considerado um direito fundamental social, constante no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, além de considerado uma cláusula pétrea.

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.

Por sua vez, o direito de ir e vir, também chamado de liberdade de locomoção, é um direito fundamental de primeira dimensão (Bobbio), insculpido no inciso XV do artigo 5º da Constituição e, de igual modo, classificado como cláusula pétrea.

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 - 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.

Assim, a partir do instante em que a Constituição reconhece uma série de direitos fundamentais de diferentes naturezas e os coloca à disposição dos indivíduos na qualidade de direitos subjetivos, surgirão momentos em que haverá sua – inevitável – colisão.

Deste fenômeno nascem as teorias que buscam a resolução deste conflito entre direitos fundamentais, sendo, a principal, a Teoria da Ponderação de Robert Alexy.

Não obstante as diversas críticas recebidas pela respectiva teoria, ainda se mostra como a melhor das soluções existentes, mormente pela ampla aplicabilidade pelo Judiciário brasileiro.

Propõe o autor a utilização de um método de ponderação, com fulcro no princípio da proporcionalidade, para a resolução do conflito entre direitos fundamentais. Isso porque, quando se analisa direitos ditos fundamentais, não se está analisando simples regras jurídicas, mas valores jurídicos. Os critérios tradicionais de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade) não se mostram suficientemente aptos à resolução do embate.

Barcellos (2005, p. 34-35) assim expõe:

[...] os conflitos que não podem ser superados pelas técnicas tradicionais refletem em geral um confronto entre valores ou opções políticas decorrentes da própria Constituição como um todo e dos princípios por ela previstos em particular. Conflitos entre liberdade de expressão e direito à honra e à intimidade, entre propriedade e sua função social, entre proteção do meio ambiente e direito à moradia, dentre muitos outros, revelam tensões entre elementos consagrados pelo próprio constituinte.

[...]

Qual o fundamento para decidir entre eles, então? O critério teleológico tem pouca utilidade, já que não é possível apurar uma única finalidade com clareza. Os demais elementos, como o lógico e o sistemático, igualmente enfrentam problemas: o mesmo texto e o mesmo sistema fornecem elementos que podem sustentar diferentes conclusões. Diante de hipóteses assim, a subsunção é insuficiente e a ponderação parece ser a única forma de superar o conflito e chegar a uma decisão.

Neste diapasão, o princípio da proporcionalidade é aplicado no conflito com a obediência a três etapas ou subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Por meio da adequação, a medida deve ser apta (adequada) a realização da finalidade almejada. Nesse ínterim, excluem-se os meios que não conseguem atingir o objetivo que se pretende. É, pois, uma máxima negativa, “ajusta-se à ideia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas coisas – a saber: aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo” (ALEXY, 2008, p. 590), visto que, a adequação, é o primeiro degrau a ser seguido.

Em segundo lugar, a medida deve ser necessária. A necessidade “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso” (ALEXY, 2008, p. 590). Dentre uma gama de medidas que tenham a capacidade de atingir o objetivo almejado (são adequadas) impõe-se a escolha daquela que menos cause lesões, que seja essencial ao cumprimento do que se quer, sem que se peque pelo excesso.

Ao final, utiliza-se do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, de modo a otimizar as normas em colisão, o que se dá com a lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593).

Por meio do sopesamento, o autor aponta os passos que se deve trilhar para encontrar a proporcionalidade em sentido estrito:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2008, p. 594).

Barcellos (2005, p. 91), utilizando-se da ideia de ponderação, sugere um novo método sua realização, dividido em três etapas.

A primeira etapa impõe que o intérprete reúna os enunciados normativos conflitantes e os divida em grupos de acordo com as soluções propostas. Faz-se importante “[...] que todos os enunciados normativos pertinentes sejam identificados [...], ou ao menos que se tente produzir o quadro mais completo possível desses elementos normativos” (BARCELLOS, 2005, p. 96).

A segunda etapa é utilizada para apurar os aspectos fáticos relevantes do caso em concreto e suas consequências sobre as soluções indicadas (mediante atribuição de pesos para os grupos de soluções ou apontando qual o nível de restrição das soluções sobre os enunciados normativos).

Ao final, na terceira etapa, haverá a decisão sobre qual solução será adotada, objetivando, sempre, a universalização dos fundamentos empregados no processo e da decisão propriamente dita, a concordância prática dos enunciados em conflito e o respeito ao núcleo e ao limite dos direitos fundamentais.

Assim, explana a autora:

Em primeiro lugar, o intérprete deve estar comprometido com a capacidade de universalização tanto dos fundamentos empregados no processo, como da decisão propriamente dita. Em segundo lugar, e como já referido, os esforços do aplicador nesta fase devem ter por meta a concordância prática dos enunciados normativos em conflito. Por fim, uma terceira questão que não pode ser negligenciada nesta fase, quando ela envolva direitos fundamentais, diz respeito ao núcleo dos direitos e o limite que ele representa à ponderação (BARCELLOS, 2005, p. 125).

Conclui-se, assim, que os métodos convencionais de resolução de antinomias não são suficientes para solucionar o conflito entre direitos fundamentais, cuja essência abarca valores

intrínsecos da sociedade e não podem ser resolvidos, como regra, no “tudo ou nada”. Faz-se indispensável a aplicação do método de ponderação, independentemente da doutrina escolhida.

3. 7 DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FORMA DE REAFIRMAR A POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

O ano de 2020 se iniciou de modo diferente no mundo inteiro: a COVID-19, doença causada pelo “novo coronavírus (SARS-CoV-2), alastrou-se rapidamente e gerou uma pandemia global.

Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da COVID-19 constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, sendo tal classificação o mais alto nível de alerta da Organização, conforme Regulamento Sanitário Internacional. Posteriormente, em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi declarada, pela OMS, como uma pandemia mundial⁶.

A grande problemática deste novo vírus é seu alto nível de transmissão e contágio, além das consequências graves à saúde humana, que estão – ainda – em fase de estudos. De dezembro de 2019, quando descoberto, até abril de 2020, ou seja, cinco meses, são quase duas milhões de pessoas infectadas e quase cento e vinte mil mortes no mundo todo⁷.

Diante disso, os governos, de todas as esferas de Poder, começaram a agir para evitar a propagação da doença em massa, mormente, no que tange ao Brasil, em razão da falta de estrutura física, de equipamentos e de pessoal para suportar explosões de alta demanda de pacientes.

O Governo Federal do Brasil, em 06 de fevereiro de 2020, editou a Lei nº 13.979/2020, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

No artigo 3º da supracitada lei, definiu-se que as autoridades, dentro de cada âmbito de competência, poderão determinar, por exemplo, o isolamento, a quarentena e restrição de locomoção dentro e para entrada e saída do território nacional.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito

⁶ Dados retirados do sítio eletrônico da Organização Pan-Americana de Saúde Brasil. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 15 de abril de 2020.

⁷ Idem.

de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e

b) previstos em ato do Ministério da Saúde. [...]

Além disso, o parágrafo 4º do artigo 3º apontou que “as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei”.

A Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, no seu artigo 3º, reafirmou a obrigatoriedade no cumprimento da determinação legal, clarificando que “o descumprimento das medidas previstas no art. 3ª da Lei nº 13.979, de 2020, acarretará a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes infratores”.

Vislumbra-se, pois, que a legislação – temporária – impôs diversas medidas que limitam direitos fundamentais básicos, como a liberdade de locomoção (direito de ir e vir). Poder-se-ia pensar em algum tipo de inconstitucionalidade dessas limitações? A resposta é latente: não.

Como se discorreu alhures, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um direito fundamental absoluto que, num eventual embate com outro, sempre prevaleça. O direito de ir e vir não seria diferente, é dotado da característica da relatividade.

Logo, quando colocado em conflito com o direito à saúde da população, surge a necessidade de se aplicar os métodos para solucionar a colisão de direitos fundamentais, de modo a apontar, com justeza, qual haverá de prevalecer diante da casuística específica.

Passemos, então, a análise de um caso concreto para melhor vislumbrar a aplicação dos métodos de resolução de colisão de direitos.

O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou uma ação civil pública em face de um indivíduo que, sabendo ser portador da COVID-19 e orientado pelos agentes de saúde que deveria permanecer em isolamento domiciliar, descumpriu a medida e foi flagrado por outros munícipes caminhando pela rua. Diante da aludida atitude, requereu o autor da ação uma tutela preventiva de remoção do ilícito (obrigação de permanecer em isolamento domiciliar durante o período de transmissão do vírus) e uma tutela ressarcitória, a título de indenização pelos danos sociais⁸.

Pois bem. De início cumpre ressaltar que a atuação do *Parquet* no caso exposto é legítima. Como é cediço, o Ministério Público detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição da República, e do artigo 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública). Também há adequação do objeto, haja vista ser a saúde pública um interesse difuso, apto a ser tutelado por meio de ação civil pública, consoante artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85.

Ambas as tutelas (preventiva e ressarcitória) são abstratamente possíveis, principalmente no que se refere ao pedido de indenização por dano social, que só pode ser requerido por um legitimado coletivo.

Analizadas as questões processuais, impõe-se o estudo da colisão entre os dois direitos fundamentais ora citado: a saúde pública e a liberdade de locomoção.

Neste diapasão, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, sugerido por Alexy, tem-se as seguintes conclusões: a imposição de obrigatoriedade de isolamento domiciliar ao portador de COVID-19 é adequada ao fim que almeja, qual seja, evitar a (maior) propagação do vírus entre a população, segundo recomendações da Organização Mundial da Saúde⁹; a medida se mostra igualmente necessária ao atingimento do objetivo, sendo, também, a que causa menos lesões, se comparada às atitudes de outros países, como, por exemplo, as Filipinas, que autorizam a morte por arma de fogo daquele que violar a quarentena¹⁰; por fim, a imposição se mostra proporcional em sentido estrito, vez que a proteção da saúde pública em face da COVID-19, que pode levar ao óbito, mostra-se mais relevante do que a

⁸ Autos nº 0003706-70.2020.8.16.0130, que corre na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Paranavaí/PR.

⁹ As recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) constam no sítio eletrônico da Organização Pan-Americana da Saúde Brasil. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 15 de abril de 2020.

¹⁰ Matéria jornalística veiculada no sítio eletrônico da Revista Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/coronavirus-filipinas-ordena-a-policias-matar-quem-violar-quarentena/>. Acesso em 15 de abril de 2020.

manutenção da liberdade de locomoção do indivíduo portador da doença contagiosa (saliente-se a temporariedade da suspensão do direito – somente enquanto durar a fase de transmissão do vírus).

A mesma conclusão se chega quando utilizada a teoria da ponderação sugerida por Ana Paula Barcellos: na primeira etapa, observa-se que na colisão entre o direito à saúde da população e a liberdade de locomoção de indivíduos, duas podem ser as soluções, quais sejam, priorizar a saúde pública em face da liberdade de locomoção individual ou vice-versa; por meio da segunda etapa, quando se apuram os aspectos fáticos e suas consequências sobre as soluções propostas, vê-se que a COVID-19 é uma doença viral altamente contagiosa, de tratamento ainda desconhecido e que pode levar seu portador a óbito; assim, ao se exigir o isolamento compulsório de seu portador, estar-se-á atuando pela tentativa de impedir a propagação do vírus e, ao revés, se não lhe for imposta aludida proibição, a coletividade poderá ser contagiada em massa e levar o sistema de saúde a colapso; por último, na aplicação da terceira etapa, verifica-se que a medida adotada pelo Ministério Público acaba por realizar a concordância prática dos enunciados em conflito, haja vista que se preserva a saúde da coletividade e se respeita o núcleo do direito fundamental à liberdade de locomoção do indivíduo, que só será restringido de forma temporária, de forma razoável e proporcional.

Ante o exposto, conclui-se que, independentemente do caminho seguido, o resultado será o mesmo: no caso exposto, é proporcional e ponderada a decisão que obriga um indivíduo portador da COVID-19 ao isolamento domiciliar, enquanto durar a fase de transmissibilidade viral, em prol da manutenção da saúde da coletividade e, indiretamente, da qualidade no atendimento hospitalar público e privado ao se evitar demandas em massa de infectados.

4 CONCLUSÕES

No primeiro capítulo, aborda-se o conceito e os atores da política pública, concluindo-se que, hodiernamente, a elaboração da agenda e a sua implementação não se encontra exclusivamente nas mãos dos governos. Outros vários atores participam ativamente deste processo, tal como o Ministério Público.

Nesse sentido, a ação civil pública é um instrumento apto implementação de política pública, tutelando os interesses coletivos (*lato sensu*), tanto de forma reparatória quanto preventiva. A primeira objetiva evitar a ocorrência do ilícito e, por consequência, os (eventuais) danos indenizáveis; a segunda tem o intuito de reparar o ilícito e o dano já ocorrido.

No segundo capítulo adentra-se no estudo do direito à saúde e da liberdade de locomoção como direitos fundamentais e da personalidade.

A doutrina não converge sobre a abrangência dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, bem como a relação entre uns e outros; se os direitos da personalidade são direitos fundamentais ou se os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são categorias independentes.

Não obstante, ambas as categorias têm como área de concentração a dignidade da pessoa humana, sendo, especificamente a saúde e a liberdade de locomoção comum às duas. São tanto direitos fundamentais quanto direitos da personalidade.

O direito à saúde pode ser analisado por duas vertentes complementares: individual e social. No que tange ao seu aspecto individual, o direito à saúde se refere à liberdade que possui o indivíduo em escolher, dentre os tratamentos médicos e recursos médicos-sanitários existentes, aquele que mais lhe aprouver.

Ao revés, na vertente social, o direito à saúde tem maior ligação com o princípio da igualdade: o Estado impõe determinados limites às liberdades individuais para que todos os cidadãos possam usufruir, de maneira igualitária, das vantagens da sociedade.

São acepções complementares e interdependentes. Não há liberdade individual quando inexistente a igualdade para escolha.

A liberdade de locomoção compreende o direito fundamental de ir e vir, previsto no artigo 5º, inciso XV, da Constituição de República Federativa do Brasil, que assevera 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”.

Observa-se que a própria a norma constitucional impede que a liberdade de locomoção do indivíduo seja tolhida por meio de atitudes arbitrárias do Poder Público, sem fundamento em lei ou em um devido processo legal.

Assim, a *contrario sensu* e lembrando que nenhum direito fundamental é absoluto, a depender das circunstâncias do caso concreto, a liberdade de locomoção poderá ser restringida, observando-se o princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em conflito.

Por fim, no capítulo três, estuda-se um caso concreto de reafirmação de política pública por meio de ação civil pública.

Diante da pandemia global de COVID-19, a legislação – temporária – impôs diversas medidas que limitam direitos fundamentais básicos, como a liberdade de locomoção (direito de ir e vir), em prol da saúde pública.

O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou uma ação civil pública em face de um indivíduo que, sabendo ser portador da COVID-19 e orientado pelos agentes de saúde que deveria permanecer em isolamento domiciliar, descumpriu a medida e foi flagrado por outros munícipes caminhando pela rua.

Após a aplicação do método da proporcionalidade de Alexy ou da ponderação de Barcellos, conclui-se que, independentemente do caminho seguido, o resultado será o mesmo: no caso exposto, é proporcional e ponderada a decisão que obriga um indivíduo portador da COVID-19 ao isolamento domiciliar, enquanto durar a fase de transmissibilidade viral, em prol da manutenção da saúde da coletividade e, indiretamente, da qualidade no atendimento hospitalar público e privado ao se evitar demandas em massa de infectados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.) 2. ed. São Paulo (SP): Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinabilidade**. Belo Horizonte (BH): Del Rey, 2004.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O Microssistema de Processo Coletivo Brasileiro: Uma Análise Feita à Luz das Tendências Codificadoras**. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/43/26>. Acesso em 12 abr. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo (SP): Saraiva, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei no 7.347, de 24 de Julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 17 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.979 de 6 de Fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em 17 abr. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre (RS): Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II: ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo**. São Paulo (SP): Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo (SP): Método, 2017.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 13 abr.2020.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro (RJ): Freitas Bastos, 2000.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em 12 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo (SP): Malheiros, 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: A Efetivação da Cidadania**. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). O Direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo (SP): Atlas, 2013.

SOUZA, Celina. **Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas**. In Políticas Públicas no Brasil. HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta; MARQUES, Eduardo (orgs.). Rio de Janeiro (RJ): Editora Fiocruz, 2007, p. 65-86.

STF. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em 13 abr. 2020.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. **Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p179.pdf>. Acesso em 13 abr. 2020.