

Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-Doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho Editorial Interno da *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR)*. Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, Árbitro e Consultor Jurídico. Sócio-Fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. *E-mail*: contato@roaa.adv.br.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar as possibilidades e os limites do exercício do poder de polícia na situação de estado de necessidade administrativo. Em situação de anormalidade no âmbito da saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19, doença ocasionada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), a administração pública tem o desafio de adotar soluções excepcionais, temporárias e proporcionais para proteção do interesse público. O exercício da ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, em momento de anormalidade social, sugere a adoção de soluções estatais restritivas à liberdade, desde que sejam proporcionais e justificadas por razões técnicas. No Brasil, o ordenamento jurídico apresenta possíveis respostas para o enfrentamento do problema pela administração pública.

Palavras-chave: Direito administrativo. Estado de necessidade administrativo. Poder de polícia. Coronavírus.

Sumário: 1 Introdução – 2 Ferramentas do direito administrativo no enfrentamento das crises: estado de necessidade administrativo – 3 Ordenamento jurídico e o novo coronavírus: o regime jurídico da Lei nº 13.979/2020 – 4 Conclusões – Referências

1 Introdução

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 11 de março de 2020, declarou a pandemia do COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2).¹

¹ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>. Acesso em: 15 mar. 2020.

O termo *pandemia* significa que a doença é disseminada em diversos continentes. Identificado, inicialmente, no final de 2019, na cidade chinesa de Wuhan, o vírus se espalhou rapidamente para centenas de países, inclusive o Brasil.

A pandemia, naturalmente, acarreta crise nos sistemas público e privado de saúde, bem como gera reflexos negativos na ordem econômica, desafiando as autoridades estatais e a população a adotarem medidas preventivas e repressivas para superação da crise.

Ao lado da necessidade de pesquisas científicas para compreensão do vírus e da busca de vacinas e remédios eficazes, o poder público precisa adotar medidas, geralmente amargas, para controlar a disseminação do vírus e a contaminação das pessoas. Em momentos de crise, o poder público tem o desafio de adotar condutas excepcionais e temporárias para solução de problemas extraordinários.

O objetivo do presente artigo é apresentar algumas ferramentas do direito administrativo no enfrentamento de crises na saúde pública, com destaque para a pandemia do novo coronavírus.

2 Ferramentas do direito administrativo no enfrentamento das crises: estado de necessidade administrativo

Tradicionalmente, o direito administrativo apresenta ferramentas importantes para os momentos de crise. Diversas normas excepcionais são consagradas no ordenamento para lidar com situações igualmente excepcionais, tais como: a) desapropriação por necessidade pública (art. 5º, XXIV, da CRFB e DL nº 3.365/1941); b) requisição de bens no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV, da CRFB); c) contratação temporária de servidores públicos, sem concurso público, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CRFB); d) contratação direta, com dispensa de licitação, de empresas para prestação de serviços, fornecimento de bens e execução de obras, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, bem como nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando houver risco de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares (art. 24, III e IV, da Lei nº 8.666/1993); etc.

Em situação de anormalidade, o próprio ordenamento jurídico reconhece, portanto, medidas excepcionais (legalidade extraordinária) para o atendimento do interesse público.

O “estado de necessidade” no direito administrativo português, segundo José Manuel Sérvulo Correia, constitui princípio geral de direito que condiciona a atuação administrativa em situações de vida caracterizadas pela anormalidade,

devendo preencher os seguintes pressupostos:² (i) perigo iminente e atual: risco de lesão ou ofensa, com caráter de urgência “que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos”; (ii) interesse público essencial: essencialidade do interesse público tutelado que justifique a inaplicabilidade da “legalidade ordinária”; (iii) circunstância excepcional: realidade social anormal, revestida “de características cuja raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral”; (iv) não provocada pelo agente: a situação de anormalidade não pode ter sido provocada pelo agente, tendo em vista o princípio da boa-fé; e (v) adequação da inaplicabilidade da regra estabelecida: juízo sobre a instrumentalidade do afastamento das regras estabelecidas para afastamento ou atenuação do perigo iminente e atual, com o atendimento do interesse público essencial.

Em razão das circunstâncias fáticas excepcionais, que demandam atuações estatais urgentes, admite-se, no estado de necessidade administrativo, a preterição das regras que são aplicadas ordinariamente à administração pública, abrindo-se caminho para aplicação de uma legalidade excepcional ou alternativa.

Ao tratar do tema, Paulo Otero sustenta que o estado de necessidade administrativo funciona como verdadeira causa de exclusão da ilicitude de uma atuação administrativa *contra legem*, tendo em vista que a atuação será submetida a uma “legalidade alternativa”. Segundo o autor, a natureza *contra legem* da atividade administrativa relaciona-se com o seu “confronto face à legalidade jurídico-positiva que normalmente rege a Administração Pública, sabendo-se, no entanto, que a mesma é substituída, desde que se verifiquem os pressupostos do estado de necessidade administrativa, por uma legalidade excepcional”.³

Em Portugal, o estado de necessidade não é reconhecido apenas pela doutrina, mas, também, é consagrado no art. 3º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo, que dispõe:

Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.

² CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 733-738.

³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 998.

O reconhecimento do estado de necessidade, contudo, não depende, necessariamente, de sua normatização, ainda que a previsão no ordenamento jurídico tenha o mérito de garantir, de forma explícita, parâmetros, não exaustivos, para atuações administrativas em situações excepcionais.

Em síntese, o estado de necessidade administrativo, como afirma Gustavo Binbenojm, é uma tentativa de “preservar um elo, ainda que tênue, entre o poder e o direito em situações de grave perturbação da normalidade”.⁴

Nas situações de estado de necessidade, a visão rígida e tradicional sobre o princípio da legalidade, segundo a qual a administração pública somente poderia atuar se autorizada pela lei, sem qualquer margem de inovação – tema bastante controvertido na doutrina –, sofre mitigações para viabilizar atuações administrativas normativas (regulamentos de necessidade) ou concretas caracterizadas como urgentes, excepcionais, temporárias e proporcionais.⁵

Na situação de crise na saúde pública, dois institutos do direito administrativo ganham destaque especial: serviços públicos e poder de polícia.

A gestão e a execução de serviços públicos de saúde são fundamentais para prevenção e repressão à disseminação do vírus. A pandemia acarreta sobrecarga nos postos de saúde e nos hospitais públicos – que já apresentam problemas ordinários, infelizmente – e privados, o que revela enorme desafio para racionalização das atividades e atendimentos de todos os pacientes.

No campo do poder de polícia (direito administrativo ordenador),⁶ a administração pública, ordinariamente, tem a prerrogativa de exercer o seu poder de polícia com a implementação de restrições à propriedade e à liberdade das pessoas, na forma da legislação vigente.

O reconhecimento de prerrogativas estatais é justificado, normalmente, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Isso não significa dizer supremacia do “interesse do Estado” enquanto pessoa jurídica, mas, na

⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 151.

⁵ Sobre os regulamentos de necessidade e a releitura do princípio da legalidade administrativa, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 62. Segundo Juan Carlos Cassagne, a admissibilidade desses regulamentos, que não se encontram previstos expressamente no texto constitucional, é fundamentada pelo princípio da subsistência e continuidade do Estado. CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 73, Madrid: Civitas, p. 17-28.

⁶ Carlos Ari Sundfeld propõe a substituição da expressão “poder de polícia” pelo termo “administração ordenadora”, que seria conceituada como “parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20).

linha mencionada por Celso Antônio Bandeira de Mello, o reconhecimento da “dimensão pública dos interesses individuais”.⁷

Atualmente, a polêmica sobre a existência do “princípio da supremacia do interesse público”, em razão da centralidade dos direitos fundamentais, não impede o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de prerrogativas estatais para restrição de direitos individuais para satisfação de outros direitos igualmente fundamentais e coletivos.⁸ Ocorre que a definição do interesse público deixa de ser definido a partir do inteiro arbítrio do administrador, “passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados”.⁹

Uma das características marcantes do poder de polícia é a sua autoexecutoriedade, que representa a prerrogativa conferida à administração para implementar os seus atos sem a necessidade de manifestação prévia do Poder Judiciário.¹⁰ Em casos de urgência, a doutrina converge para o reconhecimento da necessidade de medidas estatais autoexecutórias com o intuito de satisfazer o interesse público.

É preciso esclarecer que a autoexecutoriedade não significa arbitrariedade – confusão encontrada em alguns estudos sobre o tema –, pois a atuação administrativa sempre deverá observar a juridicidade, com a ponderação, devidamente justificada, entre direitos fundamentais conflitantes.

Infelizmente, não é novidade a constatação de situações emergenciais no âmbito da saúde pública que exigem medidas estatais restritivas intensas ao direito de liberdade e à autonomia privada.

Lembre-se, por exemplo, da Revolta da Vacina, ocorrida, em 1904, no Rio de Janeiro, capital do Brasil à época. No governo do presidente Rodrigues Alves, o Rio de Janeiro recebeu intensas transformações urbanas, implementadas pelo prefeito Pereira Passos, bem como adotou medidas extremas de higienização e limpeza urbana por intermédio do médico sanitarista Oswaldo Cruz, Diretor-Geral de Saúde Pública (DGSP), com o objetivo de combater a febre amarela, tuberculose, peste bubônica, tuberculose, varíola, entre outras doenças que arruinavam a saúde pública, com reflexos negativos, também, na economia.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62.

⁸ Sobre a discussão, vide: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 159-180.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 7-8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 08 maio 2009.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 284-287.

As medidas urbanísticas (ex.: a reforma “bota-abaixo”, com a demolição de imóveis velhos para construção de avenidas, edifícios, praças e jardins) e sanitárias (ex.: criação das brigadas mata-mosquitos, grupamento de agentes sanitários que ingressavam forçadamente nas residências para combater a febre amarela), adotadas, respectivamente, por Pereira Passos e Oswaldo Cruz, geraram forte insatisfação popular, e o estopim para revolta foi a promulgação da Lei nº 1.261/1904, que tornou obrigatórias a vacinação e a revacinação contra a varíola em toda a República. Diversos fatores contribuíram para a revolta popular, especialmente a falta de informação da população, o contexto de restrições estatais à liberdade e à propriedade privada, os excessos das autoridades públicas na implementação das medidas restritivas, os movimentos políticos, etc.

Em 2009, a influenza pandêmica (H1N1), conhecida como gripe suína, afetou mais de 100 países, incluído o Brasil. Em 2010, foi elaborado o Plano Brasileiro de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza, bem como a adoção de medidas preventivas e repressivas para garantia de saúde pública.¹¹

Recentemente, no combate à epidemia da dengue, alguns entes da Federação adotaram medidas de poder de polícia para garantia da saúde pública. Destaca-se, nesse ponto, a Lei nº 13.301/2016, que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus zika. O art. 1º, §1º, IV, da lei em comento autorizou, por exemplo, o “ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, no caso de situação de abandono, ausência ou recusa de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, regularmente designado e identificado, quando se mostre essencial para a contenção das doenças”.¹²

Trata-se de relativização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio em favor da necessidade de garantia de saúde pública por meio da atuação

¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. Grupo Executivo Interministerial. *Plano Brasileiro de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza*. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_brasileiro_pandemia_influenza_IV.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

¹² Em relação ao ingresso forçado nos imóveis públicos e privados, o art. 1º, §2º, da Lei nº 13.301/2016 considera: a) imóvel em situação de abandono: aquele que demonstre flagrante ausência prolongada de utilização verificada por suas características físicas, por sinais de inexistência de conservação, pelo relato de moradores da área ou por outros indícios que evidenciem a sua não utilização; b) ausência: a impossibilidade de localização de pessoa que possa permitir o acesso ao imóvel na hipótese de duas visitas devidamente comunicadas, em dias e períodos alternados, dentro do intervalo de dez dias; e c) recusa: negativa ou impedimento de acesso do agente público ao imóvel. O art. 4º da lei autoriza o ingresso forçado sempre que se verificar a existência de outras doenças com potencial de proliferação ou de disseminação ou agravos que representem grave risco ou ameaça à saúde pública, condicionada à declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN).

da vigilância sanitária, mesmo sem mandado judicial, tendo em vista a situação emergencial.¹³

Outros diplomas legais estabelecem a possibilidade de interdição voluntária de pessoas, com restrição à liberdade pessoal em favor da proteção da saúde. Mencione-se, por exemplo, a Lei nº 10.216/2001, que prevê a internação involuntária das pessoas portadoras de transtornos mentais.¹⁴ Outro exemplo é a Lei nº 13.343/2006, alterada pela Lei nº 13.840/2019, que admite, em seu art. 23-A, §3º, II, e §5º, a internação involuntária dos dependentes de drogas.¹⁵

¹³ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld afirma: “O ingresso forçado no contexto de um programa de vigilância epidemiológica em que se busque a cobertura total (como no caso da dengue) é uma situação muito diferente. A medida é claramente geral, envolvendo todos os ambientes de uma dada região. Não há um endereço específico, nem cunho de pessoalidade. Na decisão de vistoriar não se leva em conta qualquer característica individual do morador, o qual pode permanecer no anonimato; dele nada se subtrai, contra ele nada se produz. Daí a impertinência do mandado judicial” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Combate à dengue X inviolabilidade de domicílio: vigilância epidemiológica e direitos constitucionais*. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=361>. Acesso em: 15 mar. 2020. Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que, no combate preventivo à dengue, as autoridades administrativas dependem de autorização judicial para ingressarem nos domicílios, dispensada a autorização judicial apenas nos casos de “risco comprovado e iminente de dano” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=360>. Acesso em: 15 mar. 2020). Dalmo de Abreu Dallari, por sua vez, sustenta que, na ausência da situação emergencial, “o agente administrativo deverá dirigir comunicação aos órgãos competentes, solicitando as providências necessárias para obtenção de autorização judicial para penetrar em recintos privados” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações*. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=359>. Acesso em: 15 mar. 2020).

¹⁴ Lei nº 10.216/2001: “Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça”. Ao contrário da compulsória, a norma não exige autorização judicial para interdição involuntária. O STJ já afirmou a juridicidade da internação compulsória, desde que baseada em parecer médico (STJ, HC nº 130.155/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.05.2010). Sobre a constitucionalidade da citada lei, Ingo Sarlet e Fábio Monteiro afirmam: “Assim, aplicada em sintonia com os princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, portando, manejada de um modo constitucionalmente adequado, a Lei nº 10.216/2001 poderá, mesmo no caso de internação obrigatória, operar como um meio que simultaneamente assegura o tratamento das pessoas com transtorno mental e promove a sua reinserção social e sua cidadania” (SARLET, Ingo Wolfgang; MONTEIRO, Fábio de Holanda. Notas acerca da legitimidade jurídico-constitucional da internação psiquiátrica obrigatória. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 10, n. 2, p. 1.393-1.436, 2015. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 15 mar. 2020).

¹⁵ Lei nº 13.343/2006: “Art. 23-A (...) § 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas; II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida. (...) § 5º A internação involuntária: I - deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável; II - será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde; III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável; IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento”.

Nesses casos, a ponderação realizada pelo legislador relativizou o direito fundamental à liberdade em favor do direito fundamental à saúde. Em razão do caráter extremo da medida, a implementação da internação involuntária deve ser considerada excepcional, exigindo-se justificativa adequada, apoiada em laudo médico circunstanciado e individualizado.¹⁶

3 Ordenamento jurídico e o novo coronavírus: o regime jurídico da Lei nº 13.979/2020

No momento atual, reconhecida a pandemia do COVID-19, justifica-se, com maior razão, a adoção de medidas urgentes e restritivas, necessárias para conter o avanço da contaminação que coloca em risco a saúde pública.

Diversos países têm adotado medidas preventivas – há discussão entre os especialistas sobre a demora na adoção dessas medidas – que restringem a liberdade das pessoas, como, por exemplo, a proibição de ingresso de pessoas em seus territórios, a estipulação de quarentena para pessoas contaminadas pelo vírus, etc.

No Brasil, as ações de vigilância epidemiológica adotadas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) encontram-se previstas na Lei nº 8.080/1990 e, de acordo com o art. 6º, §2º, compreendem as “ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”.

A Lei nº 6.259/1975, por sua vez, ao tratar da notificação compulsória de doenças, inclusive com a previsão de isolamento e quarentena (art. 7º, I), prevê que a autoridade sanitária deverá efetuar a investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco (art. 11, *caput*). A autoridade poderá exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados, sempre que julgar oportuno, visando à proteção da saúde pública (art. 11, parágrafo único).

Em razão dos resultados, parciais ou finais, das investigações, dos inquéritos ou levantamentos epidemiológicos, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente (art. 12 da Lei nº 6.259/1975).

¹⁶ No mesmo sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Análise constitucional da relação entre saúde pública e internação psiquiátrica compulsória. *Jus Navigandi* (Online), v. 22, p. 1, 2017.

Nesse caso, as pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas citadas medidas, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária (art. 13 da Lei nº 6.259/1975).

O descumprimento das determinações realizadas pelas autoridades poderá configurar infração sanitária, na forma da tipificação contida na Lei nº 6.437/1977. De acordo com o art. 10 da referida lei, constitui infração sanitária, por exemplo, “impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis” (VII) e a “inobservância das exigências sanitárias relativas a imóveis, pelos seus proprietários, ou por quem detenha legalmente a sua posse” (XXIV).

Lembre-se, ainda, a possibilidade de aplicação de sanções penais por crimes contra a saúde pública. O art. 268 do Código Penal, por exemplo, tipifica o crime de “infração de medida sanitária preventiva”, consubstanciado na infração de determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa, com a previsão de detenção de um mês a um ano e multa. Na forma do parágrafo único do citado artigo, a pena é aumentada em um terço se o agente for funcionário da saúde pública ou exercer a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Cite-se, também, o art. 269 do Código Penal, que trata do crime de “omissão de notificação de doença”, com a fixação de detenção de seis meses a dois anos e multa, para o médico que deixar de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação seja compulsória.

Não obstante a legislação vigente já autorizasse a adoção de medidas excepcionais para garantia da saúde pública, optou-se pela promulgação de legislação específica para fixação de normas sobre o enfrentamento do novo coronavírus.

Com efeito, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, fixou normas sobre as medidas emergenciais para o enfrentamento do coronavírus. Trata-se de lei temporária, que tem a sua vigência restrita à duração do estado de emergência internacional pelo coronavírus – responsável pelo surto de 2019 –, cabendo ao Ministério da Saúde a edição de atos normativos necessários à sua regulamentação e operacionalização (arts. 7º e 8º).

Em seu art. 3º, o legislador elencou, exemplificativamente, algumas medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades competentes, a saber:¹⁷

- a) isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais

¹⁷ Os §§5º ao 7º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 dispõem sobre a competência para normatização e adoção das medidas restritivas.

- afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, I);
- b) quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, II);
 - c) determinação de realização compulsória de: (i) exames médicos; (ii) testes laboratoriais; (iii) coleta de amostras clínicas; (iv) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (v) tratamentos médicos específicos;
 - d) estudo ou investigação epidemiológica;
 - e) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
 - f) 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;
 - g) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
 - h) autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: (i) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e (ii) previstos em ato do Ministério da Saúde.

É possível perceber que diversas medidas elencadas na nova legislação já poderiam ser adotadas pela administração pública, com fundamento nas normas constitucionais e legais vigentes. Isso não retira a relevância da Lei nº 13.979/2020, que tem o mérito de garantir maior segurança jurídica aos gestores públicos na adoção de medidas restritivas de direitos e aos particulares, inclusive com a estipulação de limites à atuação administrativa, de forma a prevenir possíveis arbitrariedades.

Destaca-se, aqui, o §1º do art. 3º do referido diploma legal, que dispõe que as medidas restritivas “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

A necessidade de fundamentação científica na implementação de medidas restritivas de direitos fundamentais tem por objetivo evitar uma espécie de “seletividade arbitrária” por parte de parcela dos agentes públicos, impedindo atuações pautadas em subjetivismo preconceituoso.

Igualmente, a limitação, espacial e temporal, da medida restritiva é salutar, uma vez que medida excepcional deve ser implementada no local específico em

que o vírus tem incidência e perdurar pelo tempo necessário à proteção da saúde pública.

O fato de ser permitida a adoção de medidas restritivas excepcionais que restrinjam o direito fundamental de locomoção não significa dizer, portanto, que o Poder Público tem plena liberdade para agir. Aliás, a chave da distinção entre a “discricionariedade legítima” e a “arbitrariedade proibida” reside justamente na motivação que, mais do que um requisito meramente formal, representa a justificação do ato e permite constatar se este foi fruto de um mero capricho (arbitrariedade) do administrador.¹⁸

Além dos limites destacados anteriormente, o art. 3º, §2º, da Lei nº 13.979/2020 resguarda determinados direitos às pessoas afetadas pelas medidas restritivas, como, por exemplo:

- a) direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;
- b) direito de receberem tratamento gratuito; e
- c) pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, na forma do art. 3º do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212/2020. O art. 2º, §3º, da Lei nº 13.979/2020 considera, ainda, “falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada” o período de ausência decorrente das medidas restritivas.

Em matéria de contratação pública, o art. 4º da Lei nº 13.979/2020 dispensa a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. A dispensa de licitação em comento é temporária, vigente enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, e os respectivos contratos serão imediatamente disponibilizados em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (art. 4º, §§1º e 2º).

Por fim, o enfrentamento do problema depende, necessariamente, da colaboração da sociedade civil e do mercado, bem como do diálogo entre as autoridades públicas dos diversos entes da Federação.

Nesse contexto, o art. 5º da Lei nº 13.979/2020 dispõe que toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de (i) possíveis

¹⁸ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: CGPJ-Centro de Documentación Judicial, 2003. p. 73.

contatos com agentes infecciosos do coronavírus e (ii) circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.

Por sua vez, o art. 6º da Lei nº 13.979/2020 determina o compartilhamento obrigatório entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. As pessoas jurídicas de direito privado também devem compartilhar os referidos dados quando houver solicitação da autoridade sanitária (art. 6º, §1º).

Em razão da declaração da pandemia do COVID-19 pela OMS, no dia 11 de março de 2020, diversos entes da Federação publicaram, rapidamente, decretos para regulamentar as medidas temporárias para prevenção e combate ao novo coronavírus, tais como:

* Decreto nº 47.246, de 12.03.2020, do município do Rio de Janeiro: na essência, reproduz o conteúdo da Lei nº 13.979/2020.

* Decreto nº 46.970, de 13.03.2020, do estado do Rio de Janeiro. Estabelece, em resumo, as seguintes medidas:

- a) servidor público, empregado público ou empregado de empresa terceirizada que apresentar febre ou sintomas respiratórios será considerado suspeito e deverá adotar o protocolo de atendimento específico definido pela Secretaria Municipal de Saúde (art. 2º);
- b) trabalho remoto – regime *home office* –, desde que observada a natureza da atividade, mediante a utilização de tecnologias de informação e de comunicação disponíveis (art. 3º); e
- c) suspensão, pelo prazo de 15 dias, das seguintes atividades (art. 4º): c.1) realização de eventos e atividades com a presença de público, ainda que previamente autorizados, que envolvam aglomeração de pessoas (eventos desportivos, *shows*, feiras, eventos científicos, comícios, passeatas e afins); c.2) atividades coletivas de cinema, teatro e afins; c.3) visitação às unidades prisionais, inclusive aquelas de natureza íntima; c.4) transporte de detentos para realização de audiências de qualquer natureza, em cada caso, o Secretário de Estado de Administração Penitenciária deverá apresentar justificativa ao órgão jurisdicional competente; c.5) visita a pacientes diagnosticados com o COVID-19 internados na rede pública ou privada de saúde; c.6) das aulas, sem prejuízo da manutenção do calendário recomendado pelo Ministério da Educação, nas unidades das redes pública e privada de ensino, inclusive nas unidades de ensino superior, sendo certo que o secretário de Estado de Educação e o secretário de

Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação deverão expedir em 48 horas ato infralegal para regulamentar as medidas estabelecidas no decreto; c.7) o curso do prazo recursal nos processos administrativos perante a administração pública do estado do Rio de Janeiro, bem como o acesso aos autos dos processos físicos.

* Decreto nº 40.520, de 14.03.2020, do Distrito Federal. Prevê, em síntese, as seguintes determinações:

- a) suspensão pelo prazo de 15 dias (art. 2º) de: a.1) eventos de qualquer natureza que exijam licença do poder público, com público superior a cem pessoas; a.2) atividades coletivas de cinema e teatro; a.3) atividades educacionais em todas as escolas, universidades e faculdades, das redes de ensino pública e privada;
- b) os bares e restaurantes deverão observar na organização de suas mesas a distância mínima de dois metros entre elas (art. 3º);
- c) os eventos esportivos no Distrito Federal somente poderão ocorrer com os portões fechados ao público, mediante autorização sanitária expedida pela Subsecretaria de Vigilância à Saúde do Distrito Federal e Termo de Compromisso assinado pelos organizadores (art. 4º);
- d) a elevação de preços, sem justa causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19 será considerada abuso do poder econômico, na forma do art. 36, III, da Lei Federal nº 12.529/2011 e do art. 2º, II, do Decreto Federal nº 52.025/1963, sujeitando-se às penalidades previstas em ambos os normativos (art. 5º);
- e) o servidor público, empregado público ou contratado por empresa terceirizada que apresentar febre e/ou sintomas respiratórios (tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar e batimento das asas nasais) ou que tenha retornado de viagem internacional nos últimos dez dias deverá permanecer em casa e adotar o regime de teletrabalho, conforme orientação da chefia imediata (art. 6º); e
- f) as pessoas físicas e jurídicas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas no decreto, sob pena de responsabilização (art. 7º).

Os atos normativos em questão fixam medidas temporárias que podem e devem ser revistas periodicamente com o objetivo de verificar a necessidade de permanência, de alteração ou de revogação dos seus comandos excepcionais, levando em consideração os resultados das medidas preventivas e corretivas adotadas no combate ao novo coronavírus.

4 Conclusões

Não representa qualquer novidade o embate entre a liberdade individual e as medidas estatais sanitárias restritivas para garantia da saúde pública. O conflito não apresenta solução fácil, exigindo a ponderação entre os direitos fundamentais contrapostos.

Em casos emergenciais, revela-se possível, em tese, a adoção de medidas excepcionais, de forma proporcional e justificada, que restringem a liberdade individual para garantir a saúde pública. Como dizia Hipócrates, considerado o pai da medicina, “para os males extremos, só são eficazes os remédios intensos”. Isso não significa dizer, naturalmente, um cheque em branco aos agentes públicos competentes, que deverão agir em conformidade com os limites fixados no ordenamento jurídico, sob pena de responsabilidade.

O direito administrativo possui ferramentas para o enfrentamento da crise na saúde pública, mas, evidentemente, o direito não é suficiente para resolução de todos os problemas, revelando-se fundamental, no ponto, a conscientização da população e os avanços da ciência na busca de tratamentos adequados no tratamento das pessoas contaminadas pelo coronavírus.

A inércia estatal é indesejada no momento de crise, assim como se revela vedada a adoção de medidas arbitrárias que extrapolam a proporcionalidade na restrição de direitos individuais. O desafio, como de praxe, é encontrar o ponto médio na ponderação entre as liberdades individuais e a necessidade de proteção da saúde pública.

Abstract: This article aims to address the possibilities and limits of the exercise of police power in situations of administrative need. In a situation of exceptionality in the field of public health, resulting from the pandemic of COVID-19, a disease caused by the new coronavirus (Sars-Cov-2), the Public Administration faces the challenge of adopting exceptional, temporary and proportional solutions to protect the public interest. The exercise of balancing the fundamental rights involved, at a time of social anomaly, suggests the adoption of state solutions that restrict freedom, requiring that such decisions be proportional and justified for technical reasons. In Brazil, the legal system presents possible answers for Public Administration to face the problem.

Keywords: Administrative Law. State of administrative necessity. Police power. Coronavirus.

Referências

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, São Paulo: Malheiros, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto

Brasileiro de Direito Público n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 1-43. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 08 maio 2009.

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

CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 73, Madrid: Civitas, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Análise constitucional da relação entre saúde pública e internação psiquiátrica compulsória. *Jus Navigandi* (Online), v. 22, 2017.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações*. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=359>. Acesso em: 15 mar. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=360>. Acesso em: 15 mar. 2020.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: CGPJ-Centro de Documentación Judicial, 2003. p. 73.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 284-287.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MONTEIRO, Fábio de Holanda. Notas acerca da legitimidade jurídico-constitucional da internação psiquiátrica obrigatória. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 10, n. 2, p. 1.393-1.436, 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 15 mar. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Combate à dengue X inviolabilidade de domicílio: vigilância epidemiológica e direitos constitucionais*. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=361>. Acesso em: 15 mar. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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