



CONSIDERAÇÕES SOBRE A COLISÃO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO SARS COV2.

Considerations about the collision between the right to property and the fundamental right to access health in the context of the sars cov2 pandemic.

Jadson Correia de Oliveira

Universidade Católica do Salvador- UCSAL – Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2155898544894802> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1599-6552>

E-mail: jadson_correia@hotmail.com

Eric Araújo Andrade Oliveira

Universidade Católica do Salvador- UCSAL – Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8643220919711117>

E-mail: eric.araujo.oliveira@gmail.com

Trabalho enviado em 15 de julho de 2021 e aceito em 01 de janeiro de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.03., 2022, p. 1405-1432.

Jadson Correia de Oliveira e Eric Araújo Andrade Oliveira

DOI: 10.12957/rqi.2022.61129

RESUMO

Esta investigação, na forma de um artigo, objetiva analisar os limites, jurídicos, éticos e econômicos da utilização da requisição administrativa, enquanto política pública, no período compreendido pela pandemia de SARS-CoV2, buscando solucionar o questionamento: Existem limitações, e em caso afirmativo quais são as limitações ao uso da requisição administrativa? Para solucionar esse questionamento, optou-se pela utilização do método lógico-dedutivo, e pela revisão bibliográfica e normativa, submetendo as hipóteses e as premissas iniciais ao processo de falseamento de modo a alcançar a corroboração ou refutação das mesmas. Conclui-se que a requisição administrativa é uma atividade plenamente vinculada com farta legislação capaz de lhe traçar contornos democráticos, embora a norma legal não possa afastar o uso político, ou biopolítico da mesma, conforme a margem de discricionariedade do gestor público. Atendidos os preceitos e limitações impostas, é possível e mesmo necessária, em alguns casos, a realização da requisição administrativa. Observou-se que o Estado Brasileiro encontra-se em decorrência da pandemia, em um momento atípico do cumprimento e efetivação da norma, qual seja o estado de calamidade pública, o que acarretou uma margem ainda maior de discricionariedade quanto aos limites e manejo das políticas públicas, ao arripio dos Direitos fundamentais do cidadão.

Palavras chave: Direito de Propriedade. Requisição Administrativa. Superestrutura Jurídica. Estado de Exceção. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

This investigation, in the form of an article, aims to analyze the legal, ethical and economic limits of the use of administrative requisition, as a public policy, in the period covered by the SARS-CoV2 pandemic, seeking to resolve the question: There are limitations, and if so, what are the limitations on the use of the administrative requisition? To solve this question, we opted for the use of the logical-deductive method, and for the bibliographical and normative review, submitting the hypotheses and the initial premises to the falsifying process in order to reach their corroboration or refutation. It is concluded that the administrative requisition is an activity fully linked with abundant legislation capable of tracing democratic contours, although the legal norm cannot rule out its political or biopolitical use, according to the public manager's discretion. Once the precepts and limitations imposed are met, it is possible and even necessary, in some cases, to carry out the administrative request. As a result of the pandemic, it was observed that the Brazilian State is at an atypical moment of compliance and enforcement of the norm, which is the state of public calamity, which resulted in an even greater margin of discretion regarding the limits and management of policies public, contrary to the fundamental rights of the citizen

Key-words: Property right. Administrative Request. Legal Superstructure. Exception State. Economic Analysis of Law.



INTRODUÇÃO

No atual contexto histórico, a Pandemia do NOVO CORONAVÍRUS – 19 trouxe importantes impactos não apenas frente ao cidadão, com a constante ameaça de contaminação, adoecimento e mesmo de morte, mas também para o Estado brasileiro, plasmado sobretudo nas medidas que procedem o Decreto nº6/20 (BRASIL, 2020), com a instauração do Estado de Calamidade Pública.

Dentro deste contexto, nasce então o questionamento: A propriedade, enquanto Direito absoluto pode ser afastada sobre quais pretextos, e quais os limites dessas intervenções no Direito Público, durante este Estado de calamidade?

Para responder a tal questionamento, optou-se pela utilização do método lógico dedutivo, ou hipotético dedutivo, e pela revisão bibliográfica e normativa. Para tanto é formulada enquanto hipótese inicial que, a requisição administrativa é uma atividade limitada, devendo ser utilizado apenas enquanto *ultima ratio*, ou seja, quando o seu escopo, ou objetivo, for a salvaguarda do Direito fundamental a saúde pública e a vida.

Como fulcro no estudo da função social da propriedade se buscará compreender a possibilidade de garantir um conteúdo mínimo da propriedade, que emana do Direito fundamental (aqui compreendido como todo o plexo de Direitos sociais e prestacionais, ligados ao mímico existencial) à propriedade, em especial em um momento de calamidade pública, possuindo como recorte epistemológico temporal, a situação atual da pandemia do NOVO CORONAVÍRUS- 19, quando do conflito entre o conteúdo mínimo do Direito fundamental à propriedade e o bem estar social.

O presente artigo se subdivide em seis tópicos de forma à melhor organizar e sistematizar o processo de investigação, sendo os mesmos: Introdução; tópicos 2 e 3, a revisão teórica e normativa, bem como as premissas iniciais da pesquisa; o tópico 4 descortina-se os desafios a serem enfrentados pela investigação; o tópico 5 a confrontação ou falseamento da hipótese inicial onde haverá a corroboração, e ou refutação da mesma e o tópico 6 as considerações e comentários finais da pesquisa, seguidos pelas referências bibliográficas.

Conclui-se que a requisição administrativa, em que pese tratar-se de um instrumento que evidencia o uso do poder soberano, demonstrando, pois o poder de império do Estado é também uma atividade plenamente vinculada com farta legislação capaz de traçar contornos democráticos à mesma, embora não possa afastar o uso político, ou biopolítico da mesma, conforme a margem de discricionariedade do gestor público.

Observou-se também que a requisição administrativa, embora seja um importante mecanismo frente a crises sanitárias deve ser utilizada enquanto *ultima ratio*, abrindo espaço para outras medidas tais como a Dispensa de Licitação para obtenção de insumos, dentre outras.

Atendidos aos preceitos e limitações impostas tanto pelo Direito fundamental à propriedade e quanto pelo Direito fundamental à Saúde, e objetivando o atendimento à Dignidade da Pessoa Humana e à Ordem Social, e esgotada as demais medidas alternativas, é possível e mesmo necessário em alguns casos à realização da requisição administrativa.

2. BREVES CONCEITOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROPRIEDADE E SUAS LIMITAÇÕES.

O Direito à propriedade, em sua origem, possui natureza discricionária e ilimitada, se referindo a utilização do bem pelo seu titular, o que implicará no poder soberano de decisão do proprietário em relação à mesma.

Evidencia-se, neste íterim, uma importante correlação entre o exercício do Direito de propriedade e o valor maior da Liberdade, mais especificamente a liberdade de realizar os poderes ou faculdades frente à propriedade. (PIEROTH E SCHLINK, 2019).

A Propriedade, no seu plano conceitual está amplamente interligada com a própria história das sociedades humanas e com os processos civilizatórios, sendo uma construção do mundo dos fatos posteriormente revestida de juridicidade, ou seja, trata-se de um instituto pré-jurídico.

De modo geral se compreende o paradigma (no sentido de momento histórico e científico de importante e profunda mudança, ensejada por uma reformulação conceitual, quanto às características e funções do instituto “propriedade”. KUHN. 1998) da propriedade em seus traços modernos, é dizer, aquela que juridicamente reconhecida, frente às estruturas normativas modernas e frente à organização política e social tamanha a importância e a inter-relação entre a propriedade e a estrutura jurídica atual (VENOSA, 2016).

Enquanto modelos socioeconômicos e, sobretudo, enquanto modelos políticos imperantes no contexto social contemporâneo se tem o clássico embate entre os modelos capitalistas e os modelos calcados na socialdemocracia, ou socialismo, cujo ponto nevrálgico da discussão entre ambos situa-se justamente na existência ou não do instituto da propriedade enquanto garantia individual e ou coletiva, (PACHUKANIS, 1998), o que demonstra em primeiro plano a grande importância política que este Direito possui na modernidade.

O instituto da propriedade, não é, portanto, puramente jurídico, é uma importante manifestação cultural e social entremeada com a própria concepção de civilização e de sociedade modernas.

A norma positiva constitucional e infraconstitucional, sobretudo cível, possui como missão revestir de juridicidade tal instituto, ou seja, trazer o aporte normativo e o suporte fático abstrato ou hipotético para o mundo dos fatos, fazendo nascer o instituto pré-jurídico da propriedade dentro da semiótica do Direito.

A propriedade permeou momentos de maior e de menor socialização quanto sua utilização pelos indivíduos que compõem a sociedade, momentos de maior e de menor compartilhamento do uso da propriedade, e também de maior e menor proteção jurídica da propriedade enquanto Direito, uma vez que a mesma historicamente provém do conceito de “propriedade coletiva primitiva” (VENOSA, 2016).

Conforme a constitucionalista portuguesa, Ana Prata, (2019), o momento inicial da caracterização da função protetiva, e dos limites, do Direito de propriedade frente a terceiros, com os moldes atuais, se deu através da instituição dos Direitos de vizinhança durante o período napoleônico na realidade europeia continental.

O Direito de Propriedade embora, em sua origem seja sabidamente absoluto, durante o período napoleônico, ganhou uma nova conotação, é dizer, uma proteção contra terceiros (dentre eles inclusive o Estado) e também uma limitação (frente a todos as demais propriedade, no espaço geográfico circunscrito á propriedade, sobretudo imóvel havia verdadeiros “absolutismos” quanto aos usos ou faculdades do Direito de propriedade, entretanto tais absolutismos encontravam como limitação aos demais absolutismos, ou seja, as demais propriedades.

A ideia de coexistência dos Direitos de propriedade, na questão da vizinhança, se dá justamente para trazer maior efetividade para o exercício dos mesmos, fazendo surgir as primeiras limitações a esse instituto.

Tal coexistência se dá, sobretudo por meio dos limites externos, que condicionam a propriedade quanto o exercício de suas faculdades intrínsecas. Para o estabelecimento dos Direitos de vizinhança se faz uso de Regras, tratando-se de modalidade jurídica que reclama sua plena efetivação, ou seja, aplica-se à mesma a função do “tudo ou nada”, ou *all or nothing* (DWORKIN, 2002), as regras são, pois afastadas por meio de um simples juízo de conformidade entre o ordenamento jurídico e regra em questão, já os princípios, outras modalidades de normas, possuem graus variados de aplicabilidade, podendo em um conflito entre dois ou mais ensejar o afastamento total ou parcial de um dos mesmos (ALEXY, 2006).

Foi previsto no regramento napoleônico o surgimento de conflitos entre os Direitos de propriedade e entre vizinhos, tais conflitos ensejavam soluções judiciais, sobretudo fundamentadas nas regras sobre o Direito de vizinhança, que não possuíam o condão de avaliar o exercício da propriedade em seu prisma interno, dado ao seu “absolutismo”, mas simplesmente averiguar se os limites físicos da propriedade foram violados (PRATA, 2019).

As regras de vizinhança neste ínterim funcionariam muito mais como supedâneos das ditas condições essenciais de convivência, enquanto que a colisão entre Direitos de propriedade seriam incumbências do legislador, bem como a questão da conformação (de forma genérica, dado ao caráter pretérito da propriedade em relação ao Direito) do seu conceito (MENDES E BRANCO, 2012) não se limitando neste caso a restringi-lo.

Por outro lado o caráter absoluto do Direito real da propriedade (portanto a propriedade imóvel) era protegido por meio de Princípios, e não de regras, diferente, portanto das regras que tutelavam o Direito de vizinhança, ou seja, os Direitos reais, em seu núcleo possuíam natureza fundamental, sendo sujeitos á colisões e afastamentos em determinados casos concretos quando da sua ponderação com outros Direitos fundamentais (PRATA, 2019).

Trazendo a temática da propriedade para o contexto brasileiro atual, o conceito de propriedade, tanto na norma, quanto na jurisprudência e doutrina brasileira possui um alcance amplo, sendo de vital importância tanto para a concepção do Direito civil quanto para a concepção do Direito público, quando se trata, por exemplo, das interferências ou restrições administrativas na propriedade: tombamento, servidão administrativa, desapropriação, dentre outras, que retiram temporária ou definitivamente o revestimento protetivo sobre a propriedade do particular, de forma constitucionalmente legítima uma vez que cumpra requisitos mínimos como é o caso da função social da propriedade.

Esse regramento que tanto interessa ao Direito civil quanto o Público não se dá de forma aleatória no Brasil, tendo evoluído a partir da concepção de propriedade enquanto Direito fundamental de Primeira geração, ou seja, que reclama proteção constitucional, tanto frente ao Estado quanto frente à sociedade (ALEXY, 2006).

Conforme Ana Prata (2019) a confrontação entre o exercício da propriedade no âmbito público com o privado, evidencia uma discricionariedade no trato das coisas particulares que não se encontra nos bens públicos dada natureza funcional dos bens que compõe a coisa pública, sendo que o poder de exclusão de terceiros da propriedade pública e privada seria um ponto em comum de ambos os conceitos. E traz também a ideia da gestão, do manejo dos bens frente a terceiros.

A concepção de propriedade moderna possui tanto uma conotação jurídica quanto econômica, ou seja, encontra-se estruturada sobre o princípio da função social da propriedade (PRATA, 2019).

Sobre o prisma histórico o conceito de propriedade está muito voltado ao sistema socioeconômico capitalista, possuindo desde então três aspectos básicos, quais sejam: 1- Constitui um atributo humano, 2- Possui externamente um caráter absoluto, ou seja, se teria uma concepção de Direito absoluto do exercício do Direito de propriedade em relação ao bem, e uma vedação para a interferência de terceiros no bem; 3- Garante ao sujeito as vantagens econômicas que emanem deste bem, ou seja, se teria aqui a ideia da percepção de frutos: naturais, industriais e civis, ou utilidades (GAGLIANO E FILHO, 2017).

A propriedade está profundamente correlacionada com as origens do pensamento burguês e conforme MACPHERSON (*apud*, DI PIETRO, 2019), plasmando uma correlação entre o instituto da liberdade e da propriedade, uma vez que a Liberdade implicaria que a vontade do ser humano não dependeria da vontade de terceiros, seria essa liberdade de disposição que se aproxima do conceito primeiro de propriedade.

Tais aspectos da propriedade devem ser levados em conta, mesmo quando da questão do empobrecimento do sujeito, ou seja, preveem um poder mesmo em relação ao possuidor insolvente.

A concepção da Propriedade enquanto fenômeno Jurídico e enquanto fenômeno econômico ocorre através do estabelecimento do contexto sócio-político-econômico do modelo capitalista, e da concepção de “mercadoria” de acordo com a doutrina Pachukaniana, é dizer, a propriedade torna-se mais ampla do que simplesmente a propriedade imóvel, abarcando todos os mecanismos pertinentes a mesma capazes de auferir renda (PACHUKANIS, 1988).

Como paradigma para se analisar a ocorrência do Direito de propriedade se teria justamente a troca de bens econômicos intermediados pela figura da pecúnia, como elemento suficiente para caracterizar tal negócio jurídico, ou conforme tratado na doutrina Pachukaniana simplesmente como mercadoria (PACHUKANIS, 1988), que traz a ideia dos poderes de propriedade que irão emanar do sujeito em relação ao objeto, conferidos por meio da norma jurídica.

Os poderes de propriedade e, sobretudo os poderes de disposição sobre a propriedade ganham nova roupagem quando do estabelecimento do modelo capitalista, e de forma paralela, do movimento do constitucionalismo (MORAES, 2017), perdendo parte de seu absolutismo frente à algumas limitações dentre elas a função social.

Os Poderes, ou liberdades, imanentes da propriedade ganham destaque no momento da confrontação entre as Liberdades do indivíduo e a atividade Tributante do Estado, tendo em vista as suas origens e sedimentação nos textos constitucionais atuais, por serem não apenas Direitos

fundamentais, mas verdadeiros Direitos humanos trazidos pela *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen* (Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão) de 1789, documento paradigmático para a concepção de Direitos que adotamos atualmente, conferindo o aspecto inalienável aos Direitos de: Liberdade, Propriedade, Segurança e Resistência a Opressão (PIEROTH E SCHLINK, 2019).

Neste ínterim, os atos interventivos sobre o cidadão, e dentre eles mesmo a tributação devem se dar de forma limitada, calcado na máxima do *check and Balances*, ou freios e contrapesos, limitações ao poder estatal e supedâneos dos Estados organizados por meio de Constituições (DI PIETRO, 2019).

A figura do contrato ganha destaque nesta conjuntura enquanto figura indissociável dos poderes de disposição que permeiam a propriedade. Tal a importância da propriedade, que Ana Prata (2019) leciona que a propriedade permite ao homem ser proprietário de si mesmo, no sentido de poder dispor sobre si mesmo, a ferramenta de disposição então que permitiria a ideia do exercício jurídico de propriedade seria, portanto o contrato.

É válido também ressaltar a origem histórica da máxima *Check and Balances*, tendo como paradigma, a Magna Carta ao Rei da Inglaterra ou *Magna Charta Libertatum*, quando nas palavras de CHATHAM “o homem mais pobre, desafia em sua casa todas as forças da coroa [...] o rei da Inglaterra não pode nela (na casa) entrar” (*apud*, MORAES, 2017), onde se evidencia a figura da proteção da propriedade frente terceiros.

Há de se destacar a positivação do Direito fundamental de propriedade no art. 17º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, uma vez que estabelece que a propriedade é um “Direito sagrado e inviolável”, mas que poderia sofrer limitações ou afetações (PIERTOH E SCHLINK, 2019).

Desta forma se evidenciam que as interferências do Poder Público na propriedade embora sejam autorizadas são desde sua origem limitada, devendo respeitar também a questão da necessidade pública da utilização do imóvel, ou seja, o cumprimento de sua função social.

Restando evidenciado o não atendimento à função social do imóvel, faz surgir para o Estado o Direito de afastar o Direito de propriedade, entretanto condicionada à obrigação de indenizar previamente e em Dinheiro o cidadão, por tal ingerência sobre o bem imóvel.

As ingerências do Estado sobre a propriedade são classicamente observáveis no instituto da desapropriação do imóvel, mas podem ser estendidas para toda ação estatal que vise à afetação do patrimônio do particular, imputando-lhe a obrigação de contribuir para com a sociedade (PIEROTH E SCHLINK, 2019).

A constituição possui como objetivo transformar o “simples ter em propriedade” (MENDES E BRANCO, 2012), o que se dá pelas normas que conferem sentido ao conceito de propriedade, isso, pois o Direito a propriedade é ao mesmo tempo uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Válido destacar que as normas legais de propriedade não trazem a priori restrições à mesma, mas atuam em sua conformação, buscam, pois, subjazer e as características do instituto da propriedade para que melhor seja interpretada pelo sistema jurídico, possuindo também como função vincular e obrigar o Estado, por ser um Direito supra estatal, que os Estados tem de respeitar.

Por meio de uma visão jus filosófica é possível se falar em propriedade e autonomia privada como aspectos componentes da liberdade humana, aqui encarada no seu panorama geral: fático e normativo.

Também indissociável do conceito moderno de Propriedade, se tem a Função social. O objeto da função social da propriedade, é dado pela percepção de cada ordenamento jurídico conforme PRATA (2019), não seria possível precisar o seu conceito em um plano meramente abstrato, o que se poderia afirmar e isso de forma genérica é a natureza hetero-individual do objeto social da propriedade, qual seja a ordem socioeconômica de cada nação.

Partindo-se da análise em concreto da função social da propriedade em sua origem, tem-se o conceito de propriedade enquanto utilização produtiva de bens, evidenciando um interesse social calcado na figura da produção e no aumento das riquezas, que traria como efeito uma maior proteção àquele que se utiliza (possuidor ou detentor) da propriedade do que o seu proprietário, também se evidencia que este conceito de função social da propriedade restaria adstrito às propriedades de bens produtivos, e não a todas as propriedades, o que vem se alterando com as novas gerações de Direitos fundamentais.

A propriedade pode ser tanto Pública quanto privada, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012) discorre que propriedade pública, é da titularidade dos agentes públicos, sendo exercida por estes; já os bens públicos, são aqueles que compõem o patrimônio público, sendo tutelados por entes jurídicos que são configurados no texto constitucional, há exemplo do mar territorial e das terras originalmente ocupadas por índios, dentre outros elencados no art. 20 da carta magna (BRASIL, 2020).

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUAS LIMITAÇÕES.

Parte-se então para análise de outra premissa fundamental para o desenvolvimento da presente pesquisa, qual seja o Direito fundamental à saúde.

Figurando na ordem dos Direitos fundamentais mais basilares encontra-se de forma muito evidente a proteção à vida, e à dignidade da pessoa humana, como verdadeiros corolários para o atendimento dos demais Direitos fundamentais, tais Direitos compõem um núcleo de fundamentalidade sem a qual não há que se falar no atendimento dos demais Direitos fundamentais (ALEXY, 2006).

Deve-se ressaltar que quanto a esses Direitos, a Constituição Federal, impõe proteções, portanto, obrigações negativas, entretanto, para a sua efetivação, é dizer para que tais Direitos venham a surtir efeito no âmbito social, os mesmos reclamam atuações positivas, ou seja, verdadeiras prestações sociais, que partindo do rol de deveres estatais melhor se denominam Direitos sociais (SARLET, 2012).

No âmbito brasileiro, sobressai enquanto política pública, e enquanto Direitos sociais, aqueles tutelados por meio da Ordem Social Título VIII da Magna Carta Brasileira (MORAES, 2017), enquanto garantia à: Seguridade, Assistência Social e Saúde, representando da mesma forma um Dever Estatal em atender a esses mesmos Direitos.

Mais detidamente no que concerne à saúde, no contexto Brasileiro se têm o Sistema único de Saúde, ou SUS, enquanto órgão federal, integrado com as políticas das três esferas nacionais e também com a iniciativa privada, enquanto mecanismo próprio de atendimento à saúde, tanto de forma regular, quanto também em situações adversas como a atual situação pandêmica do SARS-CoV 2.

O Direito fundamental à saúde, enquanto Direito fundamental, sobremaneira é um Direito que encontra limitações, é dizer não é absoluto, embora deva sempre ser efetivado na melhor medida do possível (DWORKIN, 2002).

Enquanto limitação natural, o Direito fundamental à saúde, encontra os limites dos demais direitos fundamentais, embora deva-se frisar o ato de afastamento de um Direito fundamental frente à outro nunca é um ato automático, e sim um sopesamento ou ponderação levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto (ALEXY, 2006).

Outra modalidade de limitação, mais controversa vem ganhando terreno na seara constitucional, em especial no âmbito do atendimento a Direitos sociais, por intermédio da tutela jurisdicional. Tal limitação decorre da teoria da Reserva do Possível, de origem alemã, que leciona

que o poder público deve atender aos Direitos subjetivos do cidadão, mas levando em conta também os limites orçamentários que tem à sua disposição para tal (OLIVEIRA E SOUZA, 2018).

Para os fins desta pesquisa, deve-se destacar uma perspectiva de conflito ou de colisão (DWORKIN, 2002), entre o atendimento ao Direito fundamental à Saúde, cuja relevância torna-se ainda maior em um episódio pandêmico como o atual, e o Direito fundamental à propriedade corolário de qualquer Estado de Direito moderno, o que tende a atrair a concretização do mesmo frente aos demais Direitos fundamentais quando da análise do caso concreto, não sendo esta de forma alguma uma regra absoluta.

Inicialmente concentrada na região chinesa de Wuhan, o SARS-CoV2, espécie do gênero SARS, de incidência também restrita à macrorregião do sudeste asiático, foi percebido pela comunidade internacional enquanto um surto viral no final do ano de 2019, motivo pelo qual a OMS passou a denominar tal moléstia também de CORONAVÍRUS-19.

O surto pandêmico alastrou-se pela comunidade internacional já em 2019, de modo que “autoridades locais comunicaram o fato à Organização Mundial da Saúde (OMS), que emitiu um alerta em 31 de dezembro de 2019” (GOMES E GOMES, 2020).

Ato contínuo, já no ano de 2020, a comunidade internacional passou a verificar um aumento exponencial tanto no número de casos quanto no número de mortes em praticamente todos os países do mundo, levando inclusive ao colapso do sistema de saúde em muitos países europeus, e em países das Américas e da Ásia.

De modo mais específico para esta investigação também no Brasil, cujo primeiro caso de SARS-CoV2 ocorreu no dia 26 de fevereiro de 2020, ainda não havendo no presente ano de 2021, previsões reais de uma possível superação do surto pandêmico ao menos no âmbito nacional.

O Estado de Calamidade pública, de implicações não apenas sanitárias, como também trabalhistas, econômicas, jurídicas e políticas, reclamou uma tomada de decisão estatal, portanto, o reconhecimento em primeiro plano jurídico, mas eminentemente político de um Estado geral de perigo ao bem estar e mesmo à vida dos cidadãos.

Por intermédio do Decreto nº6/20 (BRASIL, 2020), se tem o reconhecimento jurídico da situação de calamidade, o que atrai todo um conjunto de medidas, muitas das quais de responsabilidade do gestor público, em sanar as demandas decorrentes desse Estado pandêmico de modo à melhor superá-lo.

A tutela da saúde pública, em especial por meio de políticas públicas, não se trata de uma atividade exclusivamente deflagrada por intermédio de uma situação de crise, trata-se pois, de um Direito fundamental social, cuja concretização pelo Estado remonta um de suas mais basilares atribuições constitucionais, o que se deflagra efetivamente é a tomada de medidas excepcionais, em

razão de uma maior ameaça à saúde pública, atraindo a utilização de novos mecanismos para sanar tal contenda.

Chama-se atenção para o ato de escolha dos mecanismos que serão efetivamente utilizados por cada pessoa política, para o enfrentamento da Pandemia de SARS-CoV2, ou seja, o ato discricionário (DWORKIN, 2002) de escolha do *Modus Operandi* de enfrentamento do Estado de calamidade, tal escolha é sobremaneira política, no sentido de que, embora embasadas na boa ciência e na boa técnica, integram os projetos políticos e as escolhas políticas do gestor público.

Portanto, entre os elementos a serem ponderados na tomada de decisão do gestor público, quando da escolha política da Requisição Administrativa, despontam a análise do melhor atendimento ao Direito fundamental à Saúde e Dignidade da Pessoa Humana em contraponto (embora que de forma transitória motivada e com prévia indenização) ao Direito fundamental de Propriedade.

4. A PROPRIEDADE PELA PERSPECTIVA DO ORÇAMENTO PÚBLICO.

Recebem especial destaque no que concerne à garantia e manutenção da propriedade, bem como a sua compatibilização com a função social, os princípios constitucionais: da Proteção à Liberdade, conferida aos cidadãos por meio do Direito a prestação, ou Direitos sociais elencados no art.6º da CR/88; e o princípio da Proteção da Propriedade, enquanto garantidor da liberdade, plasmado também no texto constitucional no art. 5º, inciso XXII da CR/88 (BRASIL, 1988).

O que se pode observar de forma preliminar é que estes princípios em determinadas situações encontram-se em colisão, reclamando, portanto um sopesamento ou ponderação quanto à sua aplicabilidade, o que precisa ser solucionada pelo legislador, e ou pelo intérprete de acordo com as peculiaridades do caso concreto, respeitando “a lei de colisão” (ALEXY, 2006).

Quando da atividade orçamentária, e principalmente da sua fase inicial, ou seja, da tributação propriamente dita (HARADA, 2018), se torna evidente o afastamento do Direito de propriedade, quando o Estado passa, mesmo que dotado de competência constitucional para tal, a dispor de valores que antes estavam adstritos ao cidadão.

4.1. DIREITO DE PROPRIEDADE E LIBERDADE MATERIAL.

Sem entrar na ceara do debate da legitimidade da atividade tributante, é imprescindível observar que para a mesma satisfazer os seus efeitos, deve haver um afastamento da tutela da propriedade, (aqui compreendida num contexto amplo: propriedade móvel, imóvel e valores

econômicos ou pecúnia) do cidadão sobre determinados valores, que então passariam a integrar a coisa pública.

É importante ressaltar a inter-relação entre o conceito de Liberdade e de propriedade. O exercício da propriedade e da autonomia privada é verdadeira base para a garantia da liberdade em seu sentido amplo (PRATA, 2019), não por outro motivo, é trazido pelos primeiros diplomas constitucionais enquanto garantia fundamental (PIEROTH E SCHLINK, 2019).

Portanto ao mesmo tempo em que a atividade tributante confere liberdades aos indivíduos pelo meio da prestação de Direitos sociais plasmados no art.6º da CR/88 (BRASIL, 1988) por outro lado, também restaria diferida a liberdade conferida por meio do Direito à propriedade, no momento em que o Estado passa a ativamente intervir no domínio dos bens do cidadão.

Torna-se evidente o fator do confronto entre o princípio da Propriedade e o da Liberdade, sendo que ambos se encontram no texto constitucional e, portanto, possuem carga principiológica, o que evidencia a natureza *prima facie* dos mesmos (ALEXY, 2006).

4.2. ESCOLHA TRÁGICA E AS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

O gestor público enfrenta sobremaneira o desafio econômico dos mais basilares. O desafio da Escassez, o déficit nunca preenchido entre a quantidade de recursos de que pode dispor e a quantidade sempre crescente de necessidades que surgem e precisam ser sanadas através do plano econômico, podendo ser citados como exemplos as obrigações prestacionais ou Direitos a prestações. Deste modo “A escassez de bens e produtos, bem como sua alta de preços, decorre de relação econômica entre oferta e demanda, só que pautada agora pelo viés sanitário.” (TSUBOUCHI, 2020).

Outro elemento de fundamental importância para a presente investigação diz respeito a um grupo muito distinto de Direitos fundamentais, quais sejam os Direitos sociais fundamentais ou Direitos a prestações positivas (ALEXY, 2006), uma vez que sua concretização no plano dos fatos requer certo aporte econômico, são Direitos também tidos como prestacionais, e ou como Deveres Estatais prestacionais, estando interligados com as questões orçamentárias e com suas limitações, aqui expressas por meio das Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.

O fenômeno da escassez impinge ao gestor público a tomada de ação frente ao déficit orçamentário, para tanto se tem a o que a doutrina coloca como Escolha Trágica, ou seja, a escolha pelo atendimento racional de certas demandas em detrimento de outras, que perpassa a temática atual da Teoria da Reserva do Possível.



A escolha trágica, quando fundamentada na Reserva do possível parte da premissa de que o gestor pode lançar mão da falta de recursos orçamentários, para se opor ao cumprimento de uma obrigação mais custosa quando a mesma colidir com interesses mais urgentes e mais gerais da população, o que atrai outra teoria diametralmente oposta, qual seja a do Mínimo Existencial, que confere um núcleo de Direitos, mais sensíveis cuja tutela deve ser encarada com a máxima urgência e com maior hierarquia do que os demais direitos fundamentais sobre a tutela do Estado sobre o risco de se perder tais Direitos e mesmo de se afastar a Dignidade da Pessoa Humana (ALEXY, 2006).

É válido destacar também, uma possível correlação entre esses Direitos elencados pelo Mínimo Existencial com os Direitos salvaguardados por meio da Assistência Social: Tanto no Plano dos Direitos: À saúde, a previdência Social e Assistência Social, elencados no art. 203 da CR/88 (BRASIL, 1988) recentemente emendada por meio da EC nº103/19 e por meio da legislação geral de previdência. Lei 8.213/91. (BRASIL, 1991). Tais despesas encontram-se elencadas no plano das receitas obrigatórias da LRF (lei de Responsabilidade Fiscal).

Quanto ao conceito de Reserva do Possível, é justamente “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (ALEXY, 2006), tendo se originada a partir de um julgado no Tribunal Constitucional Federal alemão, no ano de 1972, sob a denominação “*numerus clausus*” (OLIVEIRA E SOUZA, 2018).

Tal teoria de amplo uso no contexto administrativo brasileiro está mais intimamente ligada com as ferramentas de concretização dos Direitos fundamentais a prestações ou, Direitos sociais, sendo justamente estes os que requerem certa intervenção Estatal na realidade fática, o que acaba por dispendir certo custo de cunho orçamentário.

4.3 RESTRIÇÕES NA PROPRIEDADE E LIMITES DA INGERÊNCIA DO PODER PÚBLICO.

Atualmente o conceito de proteção patrimonial é bastante amplo e abarca institutos como: hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas, dentre outros. Sendo justamente esse o entendimento do constituinte originário brasileiro. O conceito de propriedade é, portanto mais amplo do que aquele que se deu à propriedade privada.

A configuração constitucional e legal da propriedade não impede que outros elementos jurídicos venham a ser tratados como propriedade, ou seja, não só os bens móveis e imóveis, mas também outros valores patrimoniais, tratados em rol exemplificativo.

Agregado ao instituto da propriedade o legislador deve atender ainda: a existência, a funcionalidade e a utilidade privada, a configuração do conceito de propriedade é algo dinâmico conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012), o que leva à conclusão de que configurações definitivas fugiriam ao escopo da função social da propriedade, o que aponta um intenso processo de relativização deste conceito.

A desapropriação por interesse social se diferencia da desapropriação por necessidade pública, havendo, entretanto pontos em comum entre ambos os institutos o que se leva ao questionamento se um Estado membro poderia realizar desapropriação movida por interesse social, motivando a desapropriação por parte da União de imóvel rural para a reforma agrária conforme art. 184 da CR/88, onde se tem plasmado a política pública distributiva, condicionada à prévia indenização em dinheiro (VENOSA, 2016).

Há de se observar que a desapropriação para fins de reforma agrária deve respeitar determinadas regras técnicas, sobre o arripio de se configurar uma situação ilegítima e ou confiscatória.

Tem-se também a figura da desapropriação indireta, que é aquela que ocorre sem o devido processo legal expropriatório (GAGLIANO E FILHO, 2017), o que não escusa a indenização prévia e em dinheiro. Uma das modalidades de Usucapião a de imóvel urbano é aquisição originária de propriedade trazida no art. 183. §§ 2º e 3º da CR/88, onde, sobretudo é discutido o caráter temporal necessário há aquisição da propriedade (VENOSA, 2016).

Também componente indissociável da propriedade a pecúnia ou dinheiro, enquanto valor econômico possui como função a reserva de valor, função essa pretérita e não imanente á vontade constitucional uma vez que assim como a propriedade, a pecúnia é um instituto anterior á superestrutura jurídica.

A configuração do sentido patrimonial do dinheiro está ligada ao seu poder de compra, sendo que a garantia constitucional ao mesmo irá alcançar o seu poder de troca, neste sentido PAPIER (*apud* MENDES E BRANCO, 2012) discorre sobre a figura da tributação de renda no âmbito alemão, e do caráter social da exação, o que ele denomina de “legítima expressão da função social da propriedade”.

Na Alemanha a configuração de dinheiro como propriedade levaria ao absurdo de uma expropriação do mesmo, o que configuraria uma tributação com efeito confiscatório (PIEROTH E SCHLINK, 2019).

Inclusive a constituição alemã reforça o afastamento do Estado nas questões referentes à estabilidade monetária, sendo tal abstenção um verdadeiro Direito subjetivo de proteção. Tal proteção legislativa tem como escopo também a proteção ao valor de troca da moeda.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2019) destacam a necessidade de sopesamento entre o interesse coletivo e o interesse individual quando do Direito à propriedade, tal ponderação será comum há todos os Direitos fundamentais. Neste sentido a amplitude do significado de propriedade será inversamente proporcional ao poder de conformação ou delimitação do legislador.

Também funcionando como um limite ao exercício dos poderes de propriedade se tem a Função Social da propriedade, cuja subjetividade deste conceito passou a ser internalizadas nas constituições. Tal premissa vem evoluindo no campo do Direito Português, embora de forma lenta e gradual conforme a autora (PRATA, 2019), no Brasil a função social encontra-se evidenciada no art.5º, XXIII da CR/88 funcionando como um dos impedimentos constitucionais à natureza absoluta da propriedade (GAGLIANO E FILHO, 2017).

Conforme PRATA (2019) o condicionalismo em que a propriedade está adstrita, em relação a determinadas condutas do particular (ou mesmo obrigações comportamentais), reguladas em lei, evidenciam um objetivo social, a garantia dos poderes de propriedade resta então condicionalmente atrelada à função social do imóvel. Desta forma o descumprimento da função social da propriedade faz cessar o Direito de propriedade.

A função social ganha uma destinação interna, enquanto conduta prestada pelo particular frente à sociedade, e sustenta o caráter legítimo da propriedade, não deixando de ser, entretanto, um limite ao exercício da propriedade.

O substrato fático onde ocorre o exercício do Direito de propriedade, ou seja, o consumo do bem ou no Gozo direto da propriedade, são de vital importância para se compreender o fenômeno da intervenção na propriedade.

Como primeiro exemplo legal, se tem a figura das Servidões, que no Direito brasileiro são os Direitos reais de Servidão elencados no art.1378 do C.C. (BRASIL, 2002) podendo a servidão ser concebida mesmo como um interesse público, genérico e difuso, pois pode ser tanto de natureza privado quanto pública (DI PIETRO, 2019).

Outra modalidade de restrição é a Requisição Administrativa, que pode se destinar a fins tanto civis quanto militares, de acordo com o art.22, II da CR/88 (BRASIL, 1988). A requisição se evidencia tanto pelo exercício da propriedade, quanto pelo gozo ou uso da coisa pelo poder público.

PIEROTH E SCHLINK (2019) tratam do princípio da proporcionalidade e sua correlação com a limitação da propriedade, devendo se destacar aqui os três aspectos da proporcionalidade: adequação, necessidade e razoabilidade.

No Brasil a questão da proporcionalidade embora não tenha ganhado uma sistematicidade no meio doutrinário constitucional, vem sendo utilizado como ideia guia para as leis restritivas, garantindo-lhes, juntamente com o princípio da reserva legal a adequação constitucional.

A orientação da doutrina acabou por converter ambos os princípios em reserva legal proporcional, fundindo seus conceitos e conferindo maior proteção, ao adequar os seus meios de efetivação da norma os objetivos perseguidos pelo legislador com o seu escopo constitucional, ou seja, com o significado da norma (OLIVEIRA E SOUZA, 2018).

O conceito de restrição aqui se aproxima do conceito de Abuso de Direito, plasmado no código Civil português em seu art. 334º (PORTUGAL, 1966) e ligado à função social do contrato, em um momento inicial o Abuso de Direito teria nascido nas chamadas relações de vizinhança.

Já para JOSSERAND (*apud*, PRATA, 2019) o que evidenciaria o abuso de Direito seria muito mais a figura do dolo em causar dano à terceiro, fugindo-se ao escopo da mera satisfação dos Direitos de propriedade.

5. REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19.

De modo à trazer maior especificidade, objetividade e também atualidade a esta investigação proposta, agora irá se partir para a análise das requisições Administrativas, fundamentadas na Lei nº 8.080/ 90 (organização e funcionamento das políticas públicas integradas de saúde. BRASIL, 1990), bem como no Decreto Legislativo nº 6/2020 (Reconhecimento do Estado de Calamidade Pública. BRASIL, 2020), voltadas, portanto para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Dentre elas ainda merecem destaques as Requisições que tiveram por objetivo a construção de hospitais de campanha na maioria dos municípios Brasileiros.

De acordo com as melhores lições de DI PIETRO (2019): “pode-se conceituar a requisição como ato administrativo unilateral, auto executório e oneroso”, partindo, pois do exercício dos legítimos poderes estatais, cuja discricionariedade é sobremaneira limitada pela norma constitucional e pela legislação infraconstitucional, como modo de sanar uma necessidade coletiva de máxima urgência.

Evidentemente, o Poder de polícia, atribuído à Autoridade Pública por meio do art. 5º, inciso XXV da CR/88 (BRASIL, 1988), como ocorre com as demais ingerências do poder público na propriedade privada (bem como aquelas formas de atuação estatal que incidam no rol protetivo dos

Direitos fundamentais), entra em conflito (embora de forma constitucionalmente autorizada e temporária) com o Direito Fundamental De propriedade e suas faculdades, conforme já explicitado, trazendo implicações jurídicas e políticas que merecerão um maior aprofundamento.

Entretanto deve-se observar também que as ingerências políticas, bem como os demais poderes Estatais que derivam da Soberania, ao obedecerem às condições prévias estabelecidas na norma constitucional quais sejam: indenização ulterior se houver dano, serão eivadas de legitimidade.

Sob o prisma dos Direitos Fundamentais, o Direito à Saúde, supedâneo do Direito fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, desponta durante a pandemia do CORONAVÍRUS-19 como principal elemento de justificação das Requisições Administrativas de propriedades de cunho privado, realizada por meio da autoridade soberana dos representantes políticos de todas as três esferas de poder que compõem a nossa federação.

O Direito fundamental à saúde deve ser compreendido como um Direito Fundamental Social, ou Direito a Prestações Sociais (ALEXY, 2006), na medida em que importa em um Dever Estatal de prestação de uma determinada atividade, caráter premente de um Estado do Bem Estar Social, ou segunda Fase ou ainda geração Do constitucionalismo (MORAES, 2017) e corolário do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Trata-se também de um Direito Fundamental localizado fora do catálogo dos Direitos Fundamentais, presentes nos títulos I e II, deste modo de um Direito que importa necessariamente de uma atividade legislativa, e neste caso também administrativa, para que se possa exprimir todos os seus efeitos conforme as melhores lições de Ingo W. Sarlet (SARLET, 2012).

Também se deve observar que juntamente com ingerência em si, se tem a execução do Direito Social de Saúde, a ser executado pelo Sistema Único de Saúde, é dizer, juntamente com a restrição em si, se tem o condicionamento da mesma à promoção de um Direito Fundamental Social.

Deste modo observa-se que não há realmente um conflito entre o Direito de propriedade, na requisição de hospitais, estádios, e outras propriedades de natureza privada, uma vez que a utilização dos mesmos está condicionada tanto à indenização em hipótese de dano, e também à circunstância que motivou a requisição, sendo, pois de natureza condicionada e temporária, havendo ao fim a devolução do Direito Real de propriedade bem como de suas faculdades ao proprietário e de justa indenização nas hipóteses de dano.

A legitimação da ação se mostra ainda mais evidente, na medida em que se está protegendo o Direito da Saúde, ligado a questão do mínimo existencial, que por sua vez esta se conecta com a Liberdade material e sem a qual não há que se falar no pleno exercício dos Direitos Fundamentais pelo cidadão (ALEXY, 2006).



É justamente esta característica da necessidade de uma atividade condicionada do poder público (por meio da requisição administrativa propriamente), que se exaure no mundo dos Fatos é que se faz presente a necessidade de um aporte econômico, e que vai evidenciar a prestação do serviço de Saúde Pública, como um Direito Prestacional Social, ligado aos Deveres e Objetivos estatais.

Por tanto, pode-se dizer, que tais intervenções do poder Estatal sobre a propriedade Tratam-se em primeiro plano em uma conformação (a preservação do seu âmbito de proteção. PIEROTH E SCHLINK. 2019) da realidade social, possuindo como escopo a salvaguarda do Direito fundamental para a sociedade, buscando-se proteger o mínimo existencial do Direito à Saúde.

No cenário Brasileiro muitos Decretos Municipais e Estaduais foram editados no sentido de estabelecer requisições administrativas de bens e serviços para fins sanitários de combate à pandemia, como é o caso do Decreto nº 32.275/2020 (SALVADOR, 2020) do município de Salvador - BA que em seu art. 1º determina:

Fica determinada a requisição administrativa de equipamentos de proteção individual - EPIs, quais sejam, máscaras cirúrgicas, máscaras de proteção, luvas de procedimento, aventais hospitalares e óculos de proteção, e, ainda, antissépticos para higienização, tendo como objetivo o enfrentamento da pandemia do coronavírus, autorizando-se o recolhimento nas sedes ou locais de armazenamento dos fabricantes, distribuidores e varejistas (SALVADOR, 2020, p. 1).

O Decreto nº 7.730/2020 do município de São Sebastião-SP (SÃO SEBASTIÃO, 2021) que em seus art.1º e 2º estabelecem:

Art. 1º Fica requisitada administrativamente, enquanto perdurar a necessidade, em razão da pandemia relacionada ao COVID-19, as seguintes estruturas de hospedagem: – “Atena Praia Hotel” com endereço na Rua SGTO Filisbino Teodoro da Silva, n 85, Boiçucanga, São Sebastião; [...]Art. 2º A justa indenização será aferida por meio de procedimento administrativo próprio (SÃO SEBASTIÃO, 2020, p.1-2).

Observa-se um amplo uso da modalidade de intervenção sobre a propriedade, requisição administrativa, através de decretos, muitos deles derogados ou revogados por novos decretos que atualizam as medidas necessárias ao enfrentamento da situação pandêmica, ora pelo meio da requisição da propriedade imóvel, ora por meio da requisição e bens móveis, e ainda por meio da requisição de serviços.

5.1 UMA ANÁLISE BIOPOLÍTICA E DO ESTADO DE EXCEÇÃO DO AGIR POLÍTICO NA PANDEMIA DE SARS-COV2.

De modo paralelo à análise orçamentário-política das responsabilidades do Estado para com a concretização do Direito fundamental social à saúde, se tem em outra mão a perspectiva daquele que será impactado por esta prestação, ou seja, de acordo com as lições de Robert Alexy (2006), merece também uma particular atenção aquele que é o “destinatário do Direito”, ou seja, o cidadão.

A forma com o que a administração pública age no sentido de tutelar os Direitos e garantias do “sujeito destinatário do direito fundamental” (ALEXY, 2006), não é estática, e vem acompanhando a evolução tanto do contexto da evolução dos Direitos fundamentais, quanto do escopo político que tende a se adequar à realidade social, sem perder de vista determinados objetivos, cujo núcleo de suas atenções vem se deslocando da figura da terra, para a figura da pessoa.

Precisamente com o advento das duas grandes guerras do século XX, é que se viu despontar o uso político do “*corpus*” humano, enquanto figura biológica (AGAMBEM, 2007), no mesmo período, organizações políticas de cunho eminentemente ditatorial, como é o caso clássico do Nazismo, do Socialismo e do Stalinismo, que nas melhores palavras de Giorgio Agamben (2007) “[...] são, antes de tudo, uma redefinição das relações entre o homem e o cidadão [...] situados sobre o plano de fundo biopolítico inaugurado pela Soberania nacional e pelas declarações direitos”.

Quanto ao Estado Nacional-Socialista Nazista surgido na Alemanha, mas ampliado para os países anexados por meio do movimento expansionista militar Alemão no decorrer da segunda guerra Mundial conforme as melhores palavras do magistrado e doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet e do professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

O Estado do nacional-socialismo revelou-se, na essência, como um Estado de exceção permanente, conceito e modelo de Estado e governança compreendido e estudado primacialmente como uma questão de fato e não como um problema jurídico, marcado, entre outros aspectos, por uma indeterminação entre adesão popular e o absolutismo (SARLET E GODOY, 2021, p. 220-221).

Tal o impacto negativo da experiência política, social, ideológica, humanitária e notadamente biopolítica do Estado nazista, atraiu um olhar cuidadoso dos principais cientistas políticos e pensadores da ciência e da filosofia jurídica da segunda metade do século XX, principalmente para o paradigma da pessoa enquanto sujeito biológico sujeito á profundas intervenções, inclusive em sua subjetividade, bem como a garantia de Direitos fundamentais, não apenas no âmbito constitucional, mas de forma suplementar pela comunidade internacional.

O que se tem é um verdadeiro Estado de exceção substituto a um Estado de Direito que temporariamente afastado (no caso do regime Nazista como apontado o Estado de exceção verdadeiramente substitui o Estado de Direito em todo o seu período de sua vigência), permite que as decisões políticas operem em uma zona limítrofe que embora jurídica e moralmente questionáveis, são justificáveis em prol da soberania Estatal, não encontrando respaldo em uma ordem constitucional, uma vez que a mesma encontra-se temporariamente suspensa (AGAMBEN, 2007).

Tal modelo de governo, embora tenha causado certo espanto na comunidade internacional, replicou-se em outros momentos históricos, mas teve evidenciado seus principais efeitos nos regimes políticos Nazista, Fascista e Stalinista do século XX, caracterizados por um contínuo Estado de Exceção.

A biopolítica por sua vez pode ser definida como: “forma globalmente disseminada de exercício cotidiano de um poder estatal que investe na multiplicação da vida por meio da aniquilação da própria vida” (DUARTE).

Eivadas de todo um aparato governamental e propagandístico, calcado no uso científico, sociológico, cultural e ideológico da subjetividade do cidadão, de modo que em certos momentos tanto a vontade do Estado quanto a vontade do cidadão confundem-se tornando-se um só, ou seja, a população torna-se o objetivo e o fim das políticas públicas, vindo inclusive à compor suas próprias ferramentas de dominação.

A requisição enquanto ato administrativo, e de forma mais ampla, enquanto ato do poder público, emana sobremaneira do instituto ou categoria da Soberania Estatal (ou Poder estatal, que nas melhores palavras de AGAMBEN (2007) é “aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o Estado de exceção”) das pessoas políticas, que possui inúmeras implicações, tanto políticas, quanto sociológicas e mesmo ontológicas (Teoria Do Conhecimento que investiga os entes que compõem o saber humano, REALE 2002), mais evidenciáveis em um momento de crise, ou exceção, a exemplo daquele instaurado por meio da decisão política federal ao autorizar o Estado De Calamidade Pública no Brasil (BRASIL, 2020).

Neste sentido merece ser aqui destacado o dispositivo normativo que estatui e explicita tal Estado de calamidade:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa (BRASIL, 2020, n.p).

Enquanto principal destinatário das ações e prestações estatais em sentido amplo, o cidadão não apenas brasileiro, como o cidadão humano, reclama um olhar supra normativo, é dizer, para além de suas implicações jurídicas, enquanto ser vivo.

A existência fática de um Estado de anormalidade jurídica (e também econômica e social), reclama certa tomada de decisão das autoridades políticas do Estado, ocorre pois uma hipótese de Estado de Exceção, onde “o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei”, ou ainda um Estado de anormalidade política (AGAMBEN, 2007).

Evidenciou-se que o Estado de Calamidade, enquanto Estado transitório de suspensão parcial da eficácia da norma jurídica constitucional, emana da soberania Estatal, de modo que provisoriamente se tem um Estado de anormalidade, ou exceção jurídica, conforme Tadahiro Tsubouchi (2020) “diante da situação caracterizada de calamidade pública ou de epidemias, facultase ao Poder Público lançar mão da intervenção, *in casu*, da Requisição Administrativa Sanitária, visando ao resguardo do interesse público.”, conforme a literatura do art. 3º da Lei 13.979/20 (BRASIL, 2020), e também conforme previsão na Lei Orgânica federal de Saúde lei 8080/90 (BRASIL, 1990).

Deve-se destacar também o papel fundamental da pessoa política federal, ou ente federativo, União, cujas atribuições incluem a coordenação e a direção das políticas de saúde pública no território nacional, havendo sim margem de autonomia e de tomada de decisões entre as demais pessoas políticas fato verificado no decorrer do episódio pandêmico, com foco para a execução, ou concretização das políticas públicas por meio dos municípios (TADAHIRO, 2020).

A requisição administrativa para fins sanitários encontra, pois sólido regramento normativo capaz de lhe conferir legitimidade, fato que assevera em momentos de crise da saúde pública, como é logicamente o caso do Estado de calamidade instaurado em razão da pandemia de SARS-CoV 2.

Enquanto modalidade interventiva sobre a propriedade, a requisição, embora pouco utilizado em contextos normais, acaba por tornar-se indispensável nos casos concretos de grande urgência e de grande crise, tendo sido um mecanismo indispensável para a concretização das políticas públicas de combate ao SARS-CoV2, em certa medida, enquanto política pública a valoração do que venha a ser um Estado de calamidade pública pode sim dar-se de forma discricionária, o que não afasta a urgência e a necessidade de implemento de tal medida, como foi o caso da requisição de ventiladores realizada tanto pelo Município do Recife quanto da União, da mesma pessoa jurídica, que resultaria na perda da qualidade do atendimento intensivo de tratamento em UTIS contra o SARS-CoV2 (GOMES E GOMES, 2020).

A figura do bem tutelado, saúde pública, cuja urgência tornou-se maior em decorrência da ameaça biológica pandêmica em questão, traz a toma a semiótica biopolítica das ações estatais, integrando as ações políticas, enquanto escolhas é dizer, num contexto pandêmico as escolhas trágicas possuem o condão de se tornarem ainda mais trágicas, dada ao Estado de fragilidade na qual o bem social “vida” encontra-se inserido.

5.2. CONFLITO DE COMPETÊNCIAS.

Outro ponto polêmico quando da utilização da modalidade das requisições administrativas dizem respeito á momentos de verdadeiros conflitos de competências entre os entes federativos, motivados por ações não coordenadas de combate ao SARS- CoV2, que redundam na requisição dos mesmos bens por duas ou mais pessoas políticas (GOMES E GOMES 2020)

O conflito de competências entre esses entes federativos decorre em certa medida de uma não organização, ou de uma não comunhão de interesses, quanto às políticas públicas de combate á pandemia. Caracterizado por atos não coordenados, que em algumas situações tornam-se contrários aos objetivos constitucionais, como foi, no já citado caso do *bis in idem* quanto à compra de ventiladores pulmonares de uma mesma sociedade empresária tanto pelo governo federal, quanto pelo governo municipal de Recife-PE.

O embate político embora salutar, no plano de uma situação sanitária, que pode mesmo ser lida como situação de exceção, conforme as lições do filósofo político Giorgio Agamben (2007), representou um risco ainda maior ao Direito fundamental à saúde, já fragilizado durante este período excepcional.

Portanto, a tomada de decisões políticas soberanas (AGAMBEN, 2007) dos gestores públicos brasileiros, motivada pelo perceptível Estado de exceção atraído pela Pandemia de SARS-CoV2, implicou negativamente para o rol de Direitos essenciais do cidadão que se viu desamparado e sob o risco constante do adoecimento coletivo e mesmo morte coletiva, revestindo-o de uma verdadeira “matabilidade”, ou *Homo Sacer* (AGAMBEN, 2007), é dizer, o Estado de exceção, não apenas afastou a segurança jurídica do cidadão comum, mas também a sua segurança existencial.

5.3. LIBERDADE DE AQUISIÇÃO DE INSUMOS E REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA.

Como alternativa complementar à requisição administrativa e também de amplo uso no decorrer da pandemia de SARS-CoV2 no Brasil, se tem a liberdade aos entes federativos, para que os mesmos adquiram insumos sem a necessária obediência ao procedimento licitatório de modo a atender suas demandas sanitárias, funcionando ainda como mecanismo intermediário.

Quanto a esse mecanismo administrativo também de larga utilização no contexto pandêmico, discorre DI PIETRO:

Na dispensa, há possibilidade de competição que justifica a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração [...] Em razão de situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração contrato (DI PIETRO, 2019, pp. 430 e 433).

Deve-se ressaltar por óbvio que mesmo o uso de tal mecanismo de celeridade contratual entre o gestor público e os segmentos privados, deve se dar respeitando um rito específico, que embora célere imponha condições a serem respeitadas por ambos os lados, conforme a disciplina geral dos contratos administrativos (DI PIETRO, 2019).

Também atenta-se que o procedimento de contratação com dispensa de licitação para obtenção de insumos, embora enviesado durante a Pandemia por um propósito maior qual seja a salvaguarda do Direito fundamental à saúde, Dignidade da Pessoa Humana e mesmo da vida, enquanto decisão política, pode ser utilizada também de forma a técnica e inclusive biopolítica, risco que se maximiza em um Estado de exceção, em que as tomadas de decisão política tendem a impactar de forma mais gravosa os Direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Não se está dizendo que dispensa de licitação para obtenção de insumos virá a suprir as demandas ocasionadas pelo atual Estado pandêmico, entretanto, deve-se reforçar que o gestor público deve na toma de suas decisões políticas, atentar de forma comedida aos mecanismos juridicamente previstos para o enfrentamento de crises, utilizando-os conforme as especificidades da demanda, utilizando os mecanismos mais incisivos e drásticos que impõem limitações ao cidadão somente em *ultima ratio*.

Deste modo, o uso da requisição administrativa deve ocorrer: “Nas situações em que ficar clara a impossibilidade ou inadequação de medidas relativas à aquisição dos insumos para contenção da doença, pode-se ponderar acerca da utilização da requisição administrativa.” (GOMES E GOMES, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz das questões aqui tratadas fica portanto evidente que a requisição administrativa, em que pese tratar-se de um instrumento que evidencia o uso do poder soberano, demonstrando, pois o poder de império do Estado, é também uma atividade plenamente vinculada com farta legislação capaz de traçar contornos democráticos à mesma, embora não possa afastar o uso político, ou biopolítico da mesma, conforme a margem de discricionariedade do gestor público.

Observou-se também que a requisição administrativa, embora seja um importante mecanismo frente a crises sanitárias deve ser utilizada enquanto *ultima ratio*, abrindo espaço para outras medidas tais como a Dispensa de Licitação de Insumos, dentre outras, o que nem sempre ocorreu conforme a análise do caso concreto, plasmado pela desorganização quanto à administração das políticas públicas integradas de saúde, conflitos de competências, e mesmo uso desarrazoado do poder político em um verdadeiro Estado de calamidade ou de Exceção, que tende a se perpetrar juntamente com a própria pandemia. (AGAMBEN, 2007).

A propriedade enquanto corolário do Estado de Direito, perfaz um dos direitos fundamentais mais basilares o que reclama maior ponderação quando do seu afastamento, conforme as circunstâncias do caso concreto, havendo sim a possibilidade de seu afastamento, e sendo o mesmo em alguns casos inclusive indispensável para o correto implemento de políticas públicas tão urgentes e necessárias no atual Estado de calamidade ensejado pelo SARS-CoV2.

Atendidos aos preceitos e limitações impostas tanto pelo Direito fundamental à propriedade e quanto pelo Direito fundamental à Saúde, e objetivando o atendimento à Dignidade da Pessoa Humana e à Ordem Social, e esgotada as demais medidas alternativas, é possível e mesmo necessário em alguns casos à realização da requisição administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª Edição Alemã. Tradução de Vigílio Afonso Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006 (Teoria e Direito Público), Bibliografia, índices onomástico e remissivo.

BRASIL. **Constituição** (1988). Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil** (2002). Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm >.

BRASIL. Lei nº 8080 de 19 de Setembro de 1990. **Lei Orgânica Federal da Saúde**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>.

BRASIL. Lei. n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. **Lei Geral de Previdência**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>.

BRASIL. Lei nº. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Medidas Para Enfrentamento Da Emergência de Saúde Pública**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm >.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6 de 20 de Março de 2020. **Reconhecimento do Estado de Calamidade Pública**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm >.

BYINGTON, Carlos Amadeu B. **Psicologia Simbólica Junguiana: A Viagem de Humanização do Cosmos em Busca da Iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32ª Ed. 2ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2019,

DUARTE, André. “Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI”. **Revista Cinética**. Artigo disponível em: <http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.pdf>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SARLET, Ingo Wolfgang. **A História Constitucional Da Alemanha. Da Constituição Da Igreja De São Paulo à Lei Fundamental**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.

GOMES, Camila Paulo de Barros; GOMES, Flávio Marcelo. “Requisição Administrativa Em Tempos De Pandemia”. **Revista: Juris UniToledo**, , Vol. 05, n. 03, p. 180-191, São Paulo, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.



MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. 33ª Edição.** São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. “Da Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível no Contexto Jurídico-Social Brasileiro: O Estado Social Como Garantidor do Direito Fundamental à Saúde”. **Revista: Pensamento Jurídico.** Vol. 12, n.2, p.184-206, São Paulo, 2018.

PACHUKANIS, Evgenie. **Teoria Geral do Direito e Marxismo.** São Paulo: Boitempo, 1988.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Benrhard. **Direitos Fundamentais.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

PORTUGAL. Decreto Lei nº 47.344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Código Civil Português (1966). DRE. Diário Da República Eletrônico. **Art. 334. Abuso do Direito.** Disponível em: < <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>>.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional Da Autonomia Privada.** Coimbra: Almedina, 2019.

SALVADOR (município). Decreto nº 32.275 de 21 de março de 2020. Leis Municipais Bahia. Salvador. **Requisição Administrativa de Bens.** Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2020/3228/32275/decreto-n-32275-2020-determina-a-requisicao-administrativa-de-bens-em-razao-da-necessidade-de-enfrentamento-da-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-decorrente-coronavirus>>

SÃO SEBASTIÃO (município). Decreto nº 7.730, de 23 de março de 2020. PMSS Prefeitura de São Sebastião. Documentos Oficiais. **Requisição Administrativa de Bem Imóvel para a utilização das equipes de saúde do município.** Disponível em: < <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.saosebastiao.sp.gov.br%2Fsistemas%2Foficialdocs%2Farquivos%2F04207730.pdf&cLen=631705&chunk=true>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TUBOUCHI, Tadahiro. “Governança Do SUS e Requisição Administrativa Sanitária. Revista: De Direito Sanitário Da Comissão De Saúde. Saúde e Ministério Público Desafios e Perspectivas”. **Revista de Direito Sanitário Da Comissão Da Saúde.** Saúde e Ministério Público, Desafios e Perspectivas. n.1, p. 57-70, ISSN 2675-8903, Brasília, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil, Volume V: Direitos Reais.** 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016.



Sobre os autores:**Jadson Correia de Oliveira**

Mestre em Direito PPGD pela Universidade Católica do Salvador, Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2155898544894802> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1599-6552>

E-mail: jadson_correia@hotmail.com

Eric Araújo Andrade Oliveira

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae- IGC/CDH, da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UNICAMP. Especialista em Direito Público pela ESMape. Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe, do Centro Universitário do Rio São Francisco e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador. Advogado.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8643220919711117>

E-mail: eric.araujo.oliveira@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.