

Administração não pode violar domicílio para fiscalização sanitária de animais

Bruno Marini*

Parecer 01/2007 – Comissão de Biodireito (CBIO) da Ordem Dos Advogados - Mato Grosso Do Sul (OAB/MS) – Remetido pelo DRº. Fabio Trad
PARECERISTA: PRESIDENTE DA COMISSÃO DE BIODIREITO DA OAB/MS (CBIO) - DRº. BRUNO MARINI.
SOLICITANTES: "SOCIEDADE VEGETARIANA BRASILEIRA - GRUPO CG", "ABRIGO DOS BICHOS" E "BIOTÉRICO GIOCONDO" – NAS PESSOAS DE SEUS REPRESENTANTES LEGAIS.
ASSUNTO: DECRETO MUNICIPAL (CAMPO GRANDE, MS) Nº 9.882/07 – ART. 6º, PARÁGRAFO SEGUNDO – SOLICITANTES QUESTIONAM POSSÍVEL ARBITRARIEDADE POR PARTE DO PODER PÚBLICO.

I. BREVE HISTÓRICO DA CONTROVÉRSIA

1.1.Trata-se de consulta pública realizada pelos solicitantes identificados na página inicial do presente parecer, onde se questiona a constitucionalidade do art. 6º, parágrafo segundo, do Decreto Municipal (Campo Grande, MS) 9.882/07, o qual contém a seguinte redação:

"O proprietário fica obrigado a permitir o acesso da autoridade sanitária, quando no exercício de suas funções, às dependências e alojamentos do animal, sempre que necessário à observação dos princípios do presente decreto, bem como, acatar as decisões dela emanadas".

1.2.O presente decreto regulamenta a Lei Complementar nº79/05 (Campo Grande, MS), a qual ficou popularmente conhecida como a "Lei de Posse Responsável" ou "lei do Cão", a qual visa equilibrar o exercício da propriedade dos animais de estimação e o bem estar da coletividade.

1.3.Sem mais demora, segue a análise jurídica.

II. DO PODER DE POLÍCIA

2.1.A Constituição Federal estabelece o dever de o Estado Brasileiro "promover o bem de todos" (art.3º, I, C.F.), o que seguramente envolve a tutela e a fiscalização da **saúde e higiene pública**. A esta atividade da Administração Pública, no Direito Constitucional, Administrativo e Tributário, dá-se o nome de "**poder de polícia**".

2.2.Neste sentido, a legislação infraconstitucional, destacando-se o art. 78 do Código Tributário Nacional, define o instituto jurídico do "poder de polícia":

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

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

2.3.Desta feita, pode-se de forma sucinta afirmar que quando surge a necessidade de a Administração Pública limitar o exercício de um direito individual em decorrência de um interesse público, caracteriza-se o "poder de polícia".

2.4.No mesmo sentido, conforme reconhecido de forma pacífica pelos doutrinadores administrativistas, o "poder de polícia" goza do atributo da "auto-executoriedade" (Marya Silvia Zanella di Pietro) ou "executoriedade" (Celso Antônio Bandeira de Melo). Desta feita, a Administração Pública, *a priori*, pode implementar certas restrições aos direitos individuais sem ter de primeiro recorrer ao Poder Judiciário.

2.5.No entanto, antes que se tirem conclusões precipitadas, jamais deve ser esquecido que a parte final do parágrafo único do art. 78 do CTN faz referência ao "abuso de poder" ou "desvio de poder". Desta feita, o "poder de polícia" não pode ser exercido de forma arbitrária a ponto de aniquilar o exercício dos direitos fundamentais, dinamitando a estrutura jurídica do Estado Democrático de Direito.

2.6.Deste modo, o exercício do "poder de polícia" deve seguir os parâmetros do *Princípio da Proporcionalidade*, o qual foi desenvolvido pela doutrina e tribunais alemães, sendo admitido em nosso ordenamento jurídico a partir da abstração do "devido processo legal" e da vedação ao excesso e abuso de poder (restando positivado, a título de exemplo, na Lei 9.784/99, art.2º e inciso VI, a qual rege o processo administrativo federal).

2.7. Assim sendo, a fim de se analisar se o comando jurídico combatido pelos solicitantes do presente parecer obedece ou não aos parâmetros da *Proporcionalidade*, torna-se necessária uma breve explicação do referido princípio antes do juízo final de mérito.

III. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

III.A. BREVE APONTAMENTO HISTÓRICO

3.1. Com o surgimento do Estado de Direito nasce a idéia de a *lei* limitar a atuação do Soberano. De fato, um direito fundamental só poderia ser limitado pela "vontade geral", a qual seria expressa por meio de um comando normativo. No entanto, a partir da década de trinta alguns sistemas políticos começaram a desvirtuar o conceito de *vontade geral* para legitimar sua tirania.

3.2. Podem ser citados como exemplos de desvirtuamento do Estado de Direito o fascismo na Itália (décadas de 20 a 40), o nazismo na Alemanha (1933-1945) e a ditadura stalinista na URSS (décadas de 20 a 50). O impressionante é que Adolf Hitler chegou ao poder na Alemanha respeitando os meios legais e depois segregou e assassinou milhões de judeus (e outras minorias) por meio dos "devidos" instrumentos normativos.

3.3. Desta forma, após os horrores da Segunda Guerra Mundial os tribunais na Europa Central (principalmente a Corte Alemã) passaram a estabelecer parâmetros às leis que limitam direitos fundamentais. De fato, os juristas, sobretudo na Alemanha, começaram a desenvolver a idéia de que não basta a *lei* ser elaborada segundo os requisitos formais, nem se coadunar à primeira vista com o texto constitucional para ser "aceita" no ordenamento jurídico. De fato, a *lei* (bem como os atos administrativos) que limitam direitos fundamentais devem respeitar três requisitos/elementos intrínsecos ao Princípio da Proporcionalidade: 1º- *adequação*, 2º- *necessidade* e 3º- *proporcionalidade em sentido*.

III.B. ELEMENTOS DA PROPORCIONALIDADE

3.4. A doutrina tradicionalmente divide os *elementos* (também chamados por alguns de *requisitos* ou *subprincípios*) da Proporcionalidade em três:

a) **1º Elemento - Adequação:** A *adequação* também é conhecida como *aptidão* ou *pertinência*, e exige uma "*conexão lógica*" entre "*meio e fim*". Como assim? Nela se estabelece que deva haver uma coerência entre o direito fundamental a ser limitado e a finalidade que a norma deseja alcançar. A Juíza Suzana de Toledo Barros levanta o seguinte questionamento para averiguarmos se a medida é adequada: "*o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?*".

3.4.1. George Marmelstein Lima, um profundo estudioso da Proporcionalidade, fornece um exemplo para compreendermos o elemento da adequação:

"Suponha-se que o Prefeito de Salvador, no carnaval, proíba a venda de bebidas alcoólicas para evitar a disseminação do vírus da AIDS. Inegavelmente, será inválida essa proibição, pois não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcoólica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV)...".

3.5.No exemplo citado pelo jurista, poderíamos dizer que haveria *adequação* (coerência entre meio e fim) se o prefeito de Salvador adotasse medidas rígidas de fiscalização e combate à exploração sexual e ao rufianismo, aliado a distribuição de preservativos nos blocos e clubes de carnaval a fim de se evitar a disseminação da AIDS. Da mesma forma, se o prefeito proibisse a venda de bebida alcoólica após um determinado horário com a finalidade de diminuir os índices de violência e acidente de trânsito, poderia ser vislumbrada a *"adequação"* entre *"meio e fim"*. No entanto, proibir venda de bebida alcoólica para evitar a disseminação da AIDS é incoerente, pois não há ligação direta entre tais fatores, caso contrário, a Alemanha e a República Tcheca teriam que ser os países com os maiores índices de HIV no mundo, o que obviamente não ocorre!.

3.6.Raciocinemos em um outro exemplo: suponha que o prefeito de um município de uma região caracterizada pelo alto índice de mortalidade infantil determinasse que no hospital (ou posto de saúde) municipal, os partos fossem realizados apenas por médicas (mulheres) a fim de diminuir o referido índice. É óbvio que tal medida não se coaduna com a *"adequação"*, pois a taxa de mortalidade infantil não tem ligação alguma com o fato de o parto ser realizado por médicos (homens) ou médicas (mulheres). Neste caso não há coerência entre o *meio* adotado (proibir homens de realizarem partos) e a *finalidade* a ser alcançada (diminuir a mortalidade das crianças). De fato, o que poderá reduzir as mortes é a melhoria do serviço de saúde pública no acompanhamento do período de gestação das mulheres do município.

3.7.Assim sendo, o elemento da *"adequação"* visa evitar que o Poder Público adote limitações inúteis, descabidas ou irrealistas de direitos dos cidadãos, as quais não irão trazer o resultado almejado.

b) 2º Elemento - necessidade: A necessidade requer o *menor sacrifício possível* de um direito fundamental para se atingir uma finalidade. Paulo Bonavides, citando Ulrich Zimmerli e Xavier Philippe, esclarece: *"a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja... de dois males, faz-se mister escolher o menor"*.

3.8.Desta forma, se há diversas maneiras de se obter um determinado *"fim"*, deve ser escolhida a que cause o menor sacrifício aos direitos dos cidadãos. Em outras palavras, deve-se escolher o *meio mais suave* para se resolver uma determinada questão ou um problema. Utilizando-se do ditado popular, os juristas têm afirmado que na *"necessidade"* evita-se que se utilize um *"canhão para um passarinho"*, ou seja, não deve ser utilizada uma limitação grotesca para se resguardar uma finalidade.

3.9.Mais uma vez nos serviremos de dois exemplos do professor, magistrado e jurista George Marmelstein: 1º - suponha que uma fábrica polua o meio ambiente. Logo, o

Poder Público decide fechar a fábrica. No entanto, se for possível solucionar o problema pela colocação de um filtro, será inválida, por desnecessária, a atitude estatal; 2º - imaginemos que em uma ação demolitória, o Poder Público pede a demolição de um prédio pelo simples fato de não terem sido observadas formalidades no ato de autorização da construção da obra. Neste caso, o pedido deve ser julgado improcedente por não ser o meio mais suave de se solucionar o problema, uma vez que o vício da formalização pode ser solucionado por outros meios (tal como o estabelecimento de um prazo para ser satisfeita a formalidade sob pena de multa ou embargo da obra).

3.10. Deste modo, na necessidade objetiva-se vedar excessos ou arbitrariedades do Poder Público. Portanto, para aferir a necessidade, deve-se perguntar no caso em concreto: o meio escolhido foi o *mais suave* entre as opções existentes?

c) 3º Elemento - Proporcionalidade em sentido estrito: Este terceiro elemento está diretamente relacionado aos conflitos de direitos fundamentais. Há casos em que o julgador ficará perplexo diante do choque (ou aparente choque) de direitos de igual carga axiológica no ordenamento jurídico.

3.11. Raciocinemos novamente em um exemplo: um determinado jornal flagra uma autoridade pública entrando em um motel com uma pessoa que não é seu cônjuge. A referida autoridade entra com uma liminar para impedir a publicação das fotos com base no direito fundamental ao respeito à intimidade e privacidade (art.5º, X, da CF). O jornal, por sua vez, invoca a liberdade de imprensa e informação para publicar as referidas fotos (art.5º, IX, da CF). E agora, qual direito deve prevalecer?

3.12. Na *Proporcionalidade em sentido estrito*, objetiva-se a solução mais interessante no caso em concreto, isto é, a que projetará mais benefícios do que malefícios. Desta forma, em regra, a violação da privacidade de um ser humano para atender a curiosidade alheia geraria mais prejuízos do que benefícios, de modo que não deveria ser autorizada a publicação de tais fotos. No entanto, se o caso envolve, por exemplo, a suspeita de a pessoa que está no motel com a autoridade pública ser dono (a) de empresa que constantemente vence as licitações relacionadas à referida autoridade, percebe-se que há um interesse relacionado a "*moralidade na Administração Pública*" que deve ser prestigiado em detrimento da privacidade. Nota-se que o próprio funcionamento transparente da máquina pública estaria em jogo.

3.13. Desta forma, o julgador precisa ter a sensibilidade para no caso em concreto medir as conseqüências da limitação (ou mitigação) de um (ou alguns) dos direitos fundamentais em conflitos. Apenas como palavra de cautela cremos que não deve ser usado de forma absoluta a "fórmula" de que o interesse público deve prevalecer sobre o particular. Na realidade, o que se deve observar é a proporção existente entre benefícios/malefícios, já que nem sempre atender o suposto "interesse público" trará mais benefícios. De fato, pode ocorrer de a proteção a um determinado direito do particular ser a medida mais recomendável em determinadas circunstâncias.

3.14. Para finalizar, aqui se aplica as lições do ilustre jurista português Canotilho: "*Só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é*

legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro". Desta feita, uma vez analisada a estrutura jurídica do "poder de polícia" e do "Princípio da Proporcionalidade", no próximo tópico será realizado o juízo de mérito do caso em concreto trazido ao presente parecer.

IV. DO PODER DE POLICIA E DA PROPORCIONALIDADE NO CASO EM CONCRETO

4.1. No caso em análise há de se verificar se o art. 6º, parágrafo segundo, do Decreto Municipal 9.882/07 pode ensejar abusos, isto é, violações a Proporcionalidade.

4.2. No que diz respeito ao critério da **adequação**, observa-se que há uma coerência entre "meio" e "fim", uma vez que a atividade de fiscalização da situação física do animal (meio) está intrinsecamente relacionada à preservação da higiene e saúde pública (fim). Desta forma, não temos no decreto um problema de "inadequação", "incoerência" ou "inutilidade" da medida adotada.

4.3. No entanto, o problema se localiza no critério da **necessidade**. A parte final do dispositivo simplesmente diz que o dono do animal deve "*acatar as decisões dela* (autoridade sanitária) *emanadas*". O referido trecho pode abrir portas para medidas abusivas ou excessivas. De fato, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal disciplina que ninguém pode ser privado de seus **bens** sem o devido processo legal. Ora, todos sabem que os animais de estimação, para efeitos jurídicos, são **res** de seus donos, isto é, há uma ligação de "coisa" e "proprietário".

4.4. Assim sendo, como na hipótese se vislumbra uma restrição ao direito de propriedade, há que se traçar um equilíbrio proporcional no decreto em comento. Desta feita, se por um lado a Administração Pública deve atuar em prol da higiene e saúde pública, por outro lado, deve se possibilitar ao proprietário do animal a impugnação administrativa da medida adotada, dando a oportunidade de o mesmo utilizar das "provas" medicinais (laudos e exames de veterinários) para se apurar a possibilidade do tratamento do animal, evitando sua eliminação.

4.5. Desta forma, o agente sanitário só deve realizar o recolhimento do animal em caso emergencial, e uma vez realizado o mesmo, deve ocorrer a notificação do proprietário, bem como ser concedido prazo para que o mesmo possa impugnar a medida adotada.

4.6. No que diz respeito à **proporcionalidade em sentido estrito**, os bens jurídicos a serem protegidos (saúde e higiene pública) são compatíveis ao direito a ser limitado (propriedade de animal de estimação), não restando violado este critério. Desta forma, a redação do dispositivo em análise viola a Proporcionalidade no critério da "necessidade", restando satisfeitas a "adequação" e a "proporcionalidade em sentido estrito".

4.7.Outro aspecto de caráter mais técnico-jurídico a ser destacado é que o art. 5º, II, da C.F. disciplina que só a **lei** é que pode impor deveres aos administrados. Desta feita, em nossa opinião, o "decreto" não é o instrumento jurídico apropriado para impor deveres aos cidadãos. Este instrumento normativo deve apenas dar operatividade a lei, sem contudo inovar o ordenamento jurídico – isto é – não pode criar novas obrigações.

4.8.Por fim, no que diz respeito ao caráter da inviolabilidade domiciliar (art.5º, XI, C.F.), deve-se levar em consideração, além da proporcionalidade, a razoabilidade da medida, uma vez que todo direito fundamental (inclusive o direito à vida) pode ser limitado em casos emergenciais. Assim sendo, *a priori*, não poderia a Administração Pública invadir o domicílio de um cidadão, a não ser em casos urgentes, no qual, por exemplo, se constata a proliferação (ou o seu risco) de uma determinada doença proveniente dos animais de estimação em uma dada região. Nestes casos, vigora a "auto-executoriedade" do "poder de polícia", podendo ser utilizada da força policial.

4.9.Porém, jamais deve ser esquecido que qualquer abuso cometido pela Administração Pública no exercício do poder de polícia possibilitará ao particular solicitar medida cautelar (ou mandado de segurança, tanto na forma preventiva, quanto na repressiva), para que seja desfeito o ato, bem como ação de reparação de danos materiais e/ou morais.

V. CONCLUSÃO

5.1.Diante do exposto, conclui-se:

– O *poder de polícia* é atividade inerente da Administração Pública, o qual é dotado de "auto-executoriedade".

– Porém, o mesmo deve ser limitado pelos elementos do *Princípio da Proporcionalidade*, desenvolvido pelo direito alemão e assimilado pelo ordenamento jurídico pátrio, a saber: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

- No caso em concreto verificou-se que os elementos/critérios da *adequação e proporcionalidade em sentido estrito* encontram-se satisfeitos pelo decreto em análise.

– Porém, o elemento/critério da *necessidade* foi violado, caracterizando-se assim a infringência ao *Princípio da Proporcionalidade*.

– Destacou-se que "decretos" não são instrumentos jurídicos aptos a inovar a ordem jurídica e impor obrigações aos administrados (art. 5º, II, C.F.).

- Por fim, a inviolabilidade domiciliar deve ser analisada sob a luz da *proporcionalidade e razoabilidade*, admitindo-se a "auto-executoriedade" do poder de polícia em casos *emergenciais*.

- Desta feita, muito embora não se discuta a possibilidade da realização do poder de polícia no caso em concreto (fiscalização da saúde dos animais de estimação em prol da higiene e saúde pública), porém, *a forma como o mesmo encontra-se disciplinado no art.6º, parágrafo segundo, do Decreto Municipal 9.882/07 é inconstitucional.*

Eis o meu parecer, Campo Grande, MS, 04 de abril de 2007.

Remeta-se ao Presidente da OAB/MS Drº. Fábio Ricardo Trad, a quem renovo os cumprimentos e a mais elevada estima.

Bruno Marini

OAB/MS n° 10.774
Presidente da Comissão de Biodireito - OAB/MS

*Presidente da Comissão de Biodireito da OAB/MS, professor de Direito Público na UCDB (Campo Grande, MS) e Especialista em Direito Constitucional.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=770>

Acesso em: 24 de maio de 2007