

Análise dos limites às restrições de direitos impostas pelo Poder Público em razão do enfrentamento da COVID-19

Rodolfo Viana Pereira¹

O turbilhão jurídico

O advento da pandemia provocada pelo COVID-19 impulsionou as autoridades públicas a tomarem medidas de precaução e combate, com vistas a diminuir os impactos adversos. No plano jurídico, o evento provocou a edição de medidas normativas diversas, com vistas a garantir agilidade e liquidez para o custeio das despesas necessárias, bem como medidas de restrição de direitos, como suspensão dos serviços considerados não essenciais, recomendação de isolamento, dentre outros.

O esforço de combate envolveu ampla concertação federativa, pela qual União, Estados e Municípios passaram a tomar múltiplas ações visando a redução dos índices de contágio e, assim, o abrandamento da curva das internações hospitalares.

Esse panorama não vem isento, contudo, de dúvidas e receios. Sob o ponto de vista do Direito, a principal questão é a do *limite dos limites*. Isto é, qual o limite das ações restritivas impostas pelas políticas públicas de enfrentamento do vírus? Certamente as autoridades podem muito, mas não devem poder tudo. Qual a linha divisora que marca o que é válido e o que é excessivo?

Momentos como esse abalam as estruturas do Direito e do Estado demandando respostas ágeis, assertivas e excepcionais. O desafio é garantir aquela, digamos, “dignidade” mínima que deve permear as relações em um mundo civilizado, o que, na linguagem jurídica, é representado por temos como *garantia do mínimo essencial dos direitos fundamentais*, *devido processo*, *accountability*, *proibição de excesso*, dentre outros.

Fato é que há mais dúvidas que certezas, dado o ineditismo e a pujança do fenômeno. No turbilhão que se apresenta, estão sendo criadas estruturas jurídicas, com soluções diversas, muito embora possamos traçar algumas indicações e tendências quanto à temática.

A resposta constitucional

Nossa Constituição autoriza a tomada de algumas medidas excepcionais em ambientes de anormalidade social, econômica, política, sanitária. É o caso da *intervenção federal*, do *estado*

¹ Advogado sócio da MADGAV Advogados. Professor da Faculdade de Direito da UFMG.

de defesa, do estado de sítio e – o que nos interessa mais de perto – do estado de calamidade pública.

Quanto a este, a CF/88 é bastante vaga. Mencionado no texto em apenas 05 oportunidades, o objetivo central é garantir flexibilidade orçamentária, fiscal e gerencial para que os entes públicos possam agir com eficiência e rapidez. Permite assim a instituição de empréstimos compulsórios (art. 148, I) e abertura de crédito extraordinário (art. 167, §3º)

Ou seja, o foco da regulação constitucional da *calamidade pública* é empoderar o Estado, não dando muitas pistas concretas sobre como controlar o excesso, o que, aliás, difere do padrão regulatório aplicados àquelas outras medidas excepcionais. Basta ver que, em relação à intervenção e aos estados de defesa e de sítio, o constituinte foi muito mais cauteloso e detalhou vários tipos de controle, tanto procedimentais, quanto materiais.

Em acréscimo, a CF/88 também dedica uma parte significativa à promoção e proteção da saúde, cujo dever do Estado envolve a implementação de “*políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos*” (art. 196), devendo o “*Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle*” na medida em que as ações e os serviços de saúde são considerados de relevância pública (art. 197).

A resposta infraconstitucional

Com base nesse genérico permissivo constitucional, o primeiro grande passo normativo no enfrentamento da pandemia foi a publicação da Lei 13.979/2020 em 06 de fevereiro, instituindo um amplo pacote de medidas de combate.

No que aqui interessa mais de perto, a lei previu em seu art. 3º rol *exemplificativo* de medidas restritivas, dentre elas: a) Isolamento (inciso I); b) Quarentena (inciso II); c) Realização compulsória de testes, vacinações e tratamentos médicos (inciso III); d) Restrição de entrada e saída do país ou locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos ou aeroportos desde que recomendada pela ANVISA (inciso VI) e e) Requisição de bens e serviços, garantido pagamento de indenização posterior (inciso VII).

O importante a observar é que a lei estabelece um conjunto de requisitos precedentes à implementação dessas medidas. Como parâmetro geral, institui a *evidência científica* e as *informações estratégicas em saúde* como condicionantes da validade da restrição, além de sua *provisoriidade* (ser temporalmente limitada), *territorialidade* (de acordo com o espaço territorial considerado) e *excepcionalidade* (restrita ao mínimo indispensável) – art. 3º, §1º. Merece nota também o fato de a lei ressaltar o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas afetadas pelas medidas (art. 3º, §2º, II).

Quanto às ações mais agressivas que envolvem restrição de locomoção interestadual e intermunicipal, há outros critérios a cumprir:

- a) Publicação de recomendação técnica e fundamentada da ANVISA (art. 3º, VI) ou, no caso específico de transporte intermunicipal, do órgão estadual de vigilância sanitária (art. 3º, §8º, Decreto 10.282/2020);
- b) Publicação de ato conjunto dos Ministros da Saúde, Justiça e Segurança e Infraestrutura (art. 3º, §6º);
- c) Garantia de exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, §8º);
- d) Articulação prévia com o órgão regulador ou com o Poder concedente ou autorizador, caso afetem o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, §10)
- e) Proibição de restrição à circulação de trabalhadores caso afete serviços públicos e atividades essenciais, bem como cargas de qualquer espécie que gerar desabastecimento (art. 3º, §11);
- f) Autorização expressa do Ministério da Saúde, caso as medidas sejam tomadas pelos gestores locais de saúde (art. 3º, §7º, II).

Uma vez que as medidas respeitem os contornos legais, surge o dever de seu cumprimento por parte de todos, sob pena de responsabilização, conforme dispõe o próprio art. 3º, §4º da Lei.

Nesse contexto, várias são as sanções aplicáveis tanto às pessoas jurídicas, quanto às pessoas físicas. Em relação às primeiras, tem sido comum a restrição ao funcionamento de serviços definidos como *não essenciais*, incluindo a possibilidade de suspensão do Alvará de Localização e Funcionamento do estabelecimento. Quanto às segundas, a sanção mais grave é a possibilidade de detenção e multa pela prática do crime previsto no art. 268 do Código Penal, qual seja: “*infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*”.

Ainda na esfera infraconstitucional, importante fazer referência a outras duas normas publicadas em 20 de março:

- a) O Decreto-Legislativo 06/2020, publicado pelo Congresso Nacional, reconhecendo a ocorrência do estado de calamidade pública, “*exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101*”. Nesse caso específico, apesar de reforçar globalmente a estratégia de combate da pandemia, sua consequência prática é, em suma, suspender as regras que instituem limites de gastos públicos e obrigam os gestores ao cumprimento de metas fiscais; e

- b) Decreto 10.282, publicado pelo Presidente da República, que definiu os serviços públicos e as atividades essenciais, cujo exercício e funcionamento devem ser resguardados.

Ato contínuo, as autoridades governamentais, em especial as locais (Prefeitos e Secretários de Saúde), passaram a publicar diversas ações e a executar distintas medidas de enfrentamento nos municípios. Mais uma vez, o desafio se tornou definir, com algum grau de segurança, o que é lícito do que é vedado, sobretudo naqueles casos em que a legislação não é clara.

Como já antecipado, dentre as dúvidas (que se sobressaem), há alguma luz. E o Supremo Tribunal Federal tem auxiliado a desenhar as fronteiras.

A resposta do STF

Ainda é cedo para termos um posicionamento estável e detalhado do STF sobre tudo o que envolve as limitações ao poder das autoridades na adoção de estratégias sanitárias restritivas. Nesse momento, o Supremo é tomado por uma avalanche de processos envolvendo o COVID-19, a ponto de o Tribunal ter criado um site próprio consolidando as informações a respeito (acesse o Painel de Ações do STF, [clikando aqui](#)). Em 22 de abril, constam 1.255 ações propostas, com 945 decisões já publicadas.

O panorama mostra a impossibilidade de se ter agora uma análise científica precisa sobre o comportamento decisório do STF. Contudo, há algumas decisões relevantes que merecem ser citadas como possíveis tendências de entendimento da Corte.

Em primeiro lugar, no julgamento da ADI 6341, em sede liminar, o STF reforçou o federalismo brasileiro ao decidir que as ações de combate, por refletirem políticas públicas de saúde, estão constitucionalmente enquadradas nas chamadas competências concorrentes. Isto é, Estados, Distrito Federal e Municípios também podem tomar providências normativas e administrativas contra a pandemia.

Em segundo lugar, pode-se afirmar que os Ministros têm sido cautelosos ao analisar medidas restritivas mais drásticas, tais como restrição a transportes e a circulação de pessoas. Isso pode ser representado de modo exemplar pelas decisões da Presidência do Supremo quanto a vários pedidos e ações ajuizados por Municípios que pretendem, ao fim e ao cabo, garantir a validade de seus próprios Decretos, cuja aplicação vem sendo suspensa por decisões judiciais de 1ª ou 2ª instância, exatamente porque entenderam que o Município extrapolou seu poder regulamentar. Vejamos alguns casos.

Na **Suspensão de Segurança n. 5362**, o Min. Toffoli, na qualidade de Presidente do STF, negou pedido do Município de Teresina que pretendia, no final das contas, reconhecer a validade de Decreto Municipal que suspendia a atividade industrial de produtos não essenciais, incluindo a fabricação de bebidas alcóolicas. Na decisão, o Ministro ressaltou:

“Assim, muito embora não se discuta, no caso, o poder que detém o chefe do executivo municipal para editar decretos regulamentares, no âmbito territorial de sua competência, no caso concreto ora em análise, para impor tal restrição à circulação de pessoas, deveria ele estar respaldado em recomendação técnica e fundamentada da ANVISA, o que não ocorre na espécie. [...]

Fácil constatar, assim, que referido decreto carece de fundamentação técnica, não podendo a simples existência da pandemia que ora assola o mundo, servir de justificativa, para tanto. (STF. SS nº 5362. Relator Min. Presidente. DJE nº 88 de 13/04/2020)

Na **Suspensão de Liminar n. 1309**, também de competência da Presidência do STF, o Município de São Bernardo do Campo igualmente pretendia reconhecer validade de Decreto Municipal que instituíra medidas de confinamento para idosos.

Segundo o Decreto, todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos) estavam sujeitas, obrigatoriamente, ao *recolhimento residencial* ou equivalente, só podendo sair de casa para atividades estritamente necessárias permitidas por lei ou por decreto, tais como atendimento médico-hospitalar, vacinação e compras de alimentos e remédios. Em caso de descumprimento e de reincidência, seria aplicada multa de R\$200,00, sem prejuízo das demais sanções administrativas, cíveis e penais.

Em sua decisão, o Min. Toffoli negou seguimento ao pedido do Município. Seguem alguns trechos em destaque:

“Fácil constatar, assim, que referido decreto carece de fundamentação técnica, não podendo a simples existência da pandemia que ora assola o mundo, servir de justificativa, para tanto. Não é demais ressaltar que a gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todos as suas esferas de atuação, mas sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados. Bem por isso, a exigência legal para que a tomada de medida extrema, como essa ora em análise, seja sempre fundamentada em parecer técnico e emitido pela ANVISA.” (STF. SL nº 1309. Relator Min. Presidente. DJE nº 83, divulgado em 03/04/2020)

Por fim, cite-se a inusitada **Reclamação n. 39791**, proposta pelo Município de Caraguatatuba. Diferentemente dos exemplos anteriores, neste caso, o município pretendia fazer prevalecer decisão de Juiz de 1ª Instância que, a pedido do Ministério Público local, determinou, dentre outros, o bloqueio de trechos de rodovia estadual e a proibição de acesso de turistas a certas cidades paulistas. Ocorre que tal decisão acabou por ser suspensa pelo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Por isso, o município foi ao Supremo para solicitar a suspensão dessa decisão de 2º grau.

O Ministro Toffoli, também na qualidade de Presidente do STF, não obstante ter considerado a Reclamação manifestamente incabível, deixou registrado a *excelência dos textos* e o *extremo rigor técnico dos fundamentos* da decisão do TJSP que apontou a desproporcionalidade da medida e o risco de desorganização administrativa, com danos ao pronto combate à pandemia.

Conclusões

Situações excepcionais, justificam estratégias mais agressivas, desde que respeitados os limites impostos pelo próprio Direito. Nos casos de calamidade pública provocada por pandemias virais com alto poder de contágio, o arcabouço jurídico deverá contemplar medidas restritivas de ordem sanitária, com repercussões nas atividades sociais, laborais, empresarias, etc.

Tais medidas devem ser adotadas sempre de modo proporcional e nos casos estritamente necessários, tendo por pressupostos razões técnico-científicas publicadas e justificadas pelos respectivos órgãos competentes (Ministério da Saúde, ANVISA e congêneres).

Deve-se haver, ainda, cautela redobrada com medidas de proibição de circulação de pessoas e veículos, que só se justificam mediante recomendação técnica específica. Até o presente momento, não há qualquer recomendação nesse sentido, pelo que tais ações devem ser consideradas exorbitantes e, logo, ilícitas.