

A competência para as decisões restritivas durante a crise da Covid-19. Proteção à saúde e responsabilização das autoridades públicas.

A Federação dos Empregados no Comércio de Bens e Serviços do Estado do Rio Grande do Sul – FECOSUL, entidade sindical de segundo grau de representação da categoria comerciária, elabora consulta sobre as divergências quanto ao funcionamento do comércio durante o período de calamidade pública em vistas da pandemia de Covid-19. Busca esclarecimento, sobretudo, em face das posições contraditórias adotadas entre as esferas municipais e a estadual, ora determinando o funcionamento normal dos estabelecimentos comerciais, ora determinando o seu fechamento a fim de permitir o isolamento social recomendado pelas autoridades de saúde.

De saída, é relevante frisar que o momento atual não possui nada de ordinário. Muito antes o contrário. É fato notório que o mundo atravessa grave crise sanitária por conta do surgimento do vírus Sars-CoV-2 (vulgarmente, coronavírus), causador da doença COVID-19, de alto contágio, disseminação e com quadros de mortalidade que assustam as autoridades globais. Vive-se algo jamais experimentado pela atual geração: o isolamento social, como medida de precaução contra o contágio.

A Organização Mundial da Saúde – OMS tem alertado, constantemente, a necessidade de permanência dos cidadãos em suas residências durante o período de, *ao menos*, 15 dias – podendo ser ainda maior o período. A medida, a par de extrema, busca conter o avanço da doença, que até o momento em que se redige esta peça, já atingiu, em números oficiais, 571.678 pessoas em 201 países, com 26.495 óbitos¹.

¹ Dados da Organização Mundial da Saúde, em 28 de março de 2020, às 17h12min, conforme site <https://experience.arcgis.com/experience/685d0ace521648f8a5beeee1b9125cd>

No Brasil, a curva de crescimento de novos casos tem aumentado. A situação possui como epicentro da doença no país o Estado de São Paulo – não por acaso, o mais populoso. No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a situação somente não está pior por conta da ação de medidas excepcionais, que vão desde o fechamento de escolas até a restrição de circulação de pessoas nas ruas das cidades – tudo com o intuito de conter aglomerações de pessoas e, quiçá, evitar a transmissão e contágio de novos casos.

A situação, contudo, não está sendo suficiente. Os números seguem a crescer – de novos casos e de mortes. Parcela da população ainda não compreendeu a gravidade da situação. Outra parcela sequer tem escolha. Trabalhadores seguem sendo expostos a situações de risco à sua saúde (e, no caso da COVID-19, à vida), deslocando-se diariamente em transporte coletivo para seus locais de trabalho para manter o funcionamento de serviços considerados essenciais. No caso em específico de interesse da consultante Fecosul, parcelas do comércio e dos serviços são porção da economia que segue funcionando.

Feitas estas considerações iniciais de ordem geral e fática, convém analisar o panorama jurídico posto, de momento.

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada (CF, art. 1º, III e IV). De mesma toada, são direitos sociais, dentre outros, a saúde e o trabalho (art. 6º). A saúde possui um conjunto de regras positivadas na CF, em que se destaca, aqui, o art. 196: “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que*

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

CRETELLA JR., citando ZANOBINI, asseverou que:

"nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político."²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos³, fonte das mais importantes e modernas constituições, estabelece um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde. A título de exemplo: *“Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar,*

² José Cretella Júnior. *Comentários à Constituição de 1988, vol. III*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 4331.

³ *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

No Brasil, a influência proporcionada por essas declarações de direitos atingiu seu ponto máximo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto apresenta diversos dispositivos que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social. O art. 6º informa que a saúde é um direito social. No artigo 7º há dois incisos tratando da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. De acordo com o art. 23, inc. II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. Pelo artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inc. I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada.

Note-se, pois, que a garantia da saúde, para além de direito social e garantia fundamental, é premissa necessária para a consagração da dignidade da pessoa humana – pilar indelével de nosso Estado Democrático de Direito.

O estado atual de pandemia de COVID-19, causada pelo vírus Sars-CoV-2 (vulgarmente “coronavírus”), declarada pela OMS em 11 de março de 2020, levou, no plano interno, à aprovação do Decreto Legislativo nº 6 de 2020⁴, que reconhece a ocorrência de estado de calamidade pública em todo o território nacional. O decreto atendeu à solicitação encaminhada pelo Presidente da República⁵, que tem como base, justamente, a preocupação com a pandemia de Covid-19 e a necessidade de se tomarem medidas pela *preservação da saúde da população*, além de introduzir o debate sobre os aspectos econômicos decorrentes da crise que segue no rastro da pandemia.

Todas as medidas que adotadas pelas autoridades até o presente momento, *data venia* das vozes em contrário, deixam claro que a *saúde – e doravante, a vida –* é o bem jurídico de maior valia neste momento, ainda que se admitam contratempos no campo econômico. Antes mesmo da declaração de pandemia ou do estado de calamidade pública, foi promulgada a Lei Federal 13.979/2020⁶, que já em seu preâmbulo destaca: *“Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”*.

Prossegue-se na análise da consulta entabulada, pois.

O art. 3º da referida Lei nº 13.979/2020 estabelece inúmeras medidas que poderão ser adotadas pelas *autoridades* para a obtenção do objetivo listado no §1º do art. 1º: *a proteção da coletividade diante da emergência de saúde pública*. Adveio, após, o Decreto nº

⁴ Diário Oficial da União, DOU, de 20.3.2019, Edição extra C

⁵ Despacho do Presidente da República, Mensagem nº 93, publicado no DOU em 18.03.2020, edição 53-A, Seção 1 – Extra.

⁶ DOUde 07.02.2020

10.282/2020⁷, cuja relevância maior para este estudo está no fato de definir quais os serviços públicos e as atividades essenciais “indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. No âmbito do comércio e da prestação de serviços, cuja categoria trabalhadora é representada pela Fecosul, destacam-se os incisos XII (produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, alimentos e bebidas), XIII (serviços funerários), e XL (unidades lotéricas).

No âmbito regional, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul editou o Decreto nº 55.128⁸ de 2.020, prevendo, para além do estado de calamidade pública, medidas para a preservação da vida e saúde dos gaúchos nos esforços de combate ao avanço da pandemia de Covid-19. Seu art. 3º estabelece que os municípios gaúchos, “no âmbito de suas competências, deverão adotar as medidas necessárias para a prevenção e o enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (sic)”. No tocante ao comércio, o decreto, conforme as alterações introduzidas com o Decreto nº 55.149⁹, comina aos municípios, ainda, “*determinar o fechamento dos “shopping centers” e centros comerciais, à exceção de farmácias, clínicas de atendimento na área da saúde, supermercados, agências bancárias, restaurantes e locais de alimentação nestes estabelecidos, bem como de seus respectivos espaços de circulação e acesso;*” (inciso III) e “*determinar que os estabelecimentos comerciais e industriais adotem sistemas de escalas, de revezamento de turnos e alterações de jornadas, para reduzir fluxos, contatos e aglomerações de trabalhadores, adotem as providências necessárias ao cumprimento das diretrizes sanitárias de distanciamento interpessoal de, no mínimo, dois metros, observadas as*

⁷ DOU de 20.3.2020, Edição extra - G. Republicado no DOU de 21.03.2020, Edição extra - H

⁸ Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul – DOE, de 19.03.2020

⁹ DOE de 27.03.2020

demais recomendações técnicas determinadas pelo Ministério da Saúde ou pela Secretaria da Saúde, ob servem, no que couber, as medidas de que tratam a alínea "g" do inciso I e as alíneas "a", "b", "c", "e", "f" e "h" do inciso IV do art. 3º deste Decreto e orientem seus empregados [...]" (inciso V).

Contudo, notícias chegam sobre prefeitos que, motivados por elementos alheios à crise sanitária e de saúde, voltam-se a argumentos meramente econômicos para determinar o normal funcionamento de todo e qualquer comércio, *ainda que sem possuir caráter de essencialidade*. O resultado prático de tais condutas, para além do conflito jurídico instaurado e a ser dirimido adiante, é a imposição aos trabalhadores integrantes da categoria representada pela Fecosul de convocação para trabalhar normalmente, sem qualquer preocupação para com a proteção de sua saúde.

O Supremo Tribunal Federal, por seu Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio, nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF (ADI 6.341 MC/DF), exarou decisão (monocrática) em que se reafirmou a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública (CF, art. 23, II). E, ainda que se reconheça o texto do art. 30, I da Constituição Federal pela competência dos municípios em *legislar* sobre assuntos de interesse local, não se apresenta razoável imaginar que aos prefeitos seja dado o poder de contrariar e contradizer os limites impostos nos textos legais de âmbito federal e estadual *enquanto estiver em vigência o estado de calamidade e as medidas excepcionais de prevenção e garantia à saúde contra a pandemia de Covid-19*.

A um que dentro a competência concorrente dos diferentes níveis dos entes federados há de se observar regra da criação de norma geral pela União e normas mais específicas pelos estados, sucessivamente, pelos municípios. Com isso, diz-se que ao município é dado poder para *especificar* a norma geral do estado, mas jamais divergir dela.

A dois, há que se ter conta que o Decreto nº 55.128/2020, ao remeter, de forma clara expressa, serem suas determinações motivadas pela necessidade de adoção de medidas para combate à pandemia de Covid-19, reforça se tratar a prerrogativa de decisão sobre o não funcionamento de parte não essencial do comércio, *neste momento excepcional*, prerrogativa do Governador do Estado. Novamente, não se ignora a competência legislativa municipal para assuntos de interesse local (CF, art. 30, I); todavia, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, por seu art. 243, prevê que “*ao Sistema Único de Saúde no âmbito do Estado, [...] incumbe, na forma da lei: [...] II - definir as prioridades e estratégias regionais de promoção da saúde; [...] IV - controlar e fiscalizar qualquer atividade e serviço que comporte risco à saúde, à segurança ou ao bem-estar físico e psíquico do indivíduo e da coletividade, bem como ao meio ambiente; [...] VI - estimular a formação da consciência pública voltada à preservação da saúde e do meio ambiente; VII - realizar a vigilância sanitária, epidemiológica, toxicológica e farmacológica; [...]*”.

Sem dúvidas, insere-se na competência estadual a apreciação geral sobre o não funcionamento do comércio não essencial *quando se estiver tratando de medidas para a preservação da saúde dos indivíduos e da coletividade*. Lógico parece que diante do estágio de contágio comunitário¹⁰ da doença em todo o território nacional, de uma doença que assola

¹⁰ Portaria nº 454/2020 do Ministério da Saúde, publicada no DOU em 20/03/2020, edição 55-F, Seção 1, Extra, que declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19).

todos os continentes e, até o momento, ao menos 201 países, que as medidas preventivas para a saúde da população transcende o conceito de “interesse local”.

A três, por fim, convém reprimir que a Lei federal nº 13.979/2020, no §1º de seu art. 3º, estabelece que as medidas previstas para a promoção e a preservação da saúde *deverão* ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde. Muito embora o texto legal empregue a expressão “poderão”, trata-se, a toda evidência, à luz dos preceitos constitucionais, de verdadeiro poder-dever das autoridades públicas de buscarem critérios técnico-científicos e objetivos para deliberarem acerca das medidas que, como dito à exaustão neste trabalho, visam assegurar *à saúde*.

O que se tem observado, porém, são textos normativos municipais que, fiando-se em uma leitura equivocada do art. 30, I da CF (“interesse local”) e igualmente imprecisa do art. 3º, §1º da Lei 13.979/2020 (“limitação no tempo e no espaço ao mínimo indispensável”) buscam ampliar sua competência para ir contra as determinações do Governador do Estado do Rio Grande do Sul sem qualquer suporte ou amparo científico e sem qualquer esmero no cuidado da saúde de sua população. Há, unicamente, a sobreposição dos interesses econômicos sobre a saúde – ou, ainda, meramente disputa ideológica em assunto que caberia, essencialmente, aos especialistas da área da saúde.

Diante do momento excepcional que o mundo atravessa, a *saúde* é o bem jurídico a ser preservado e protegido quando confrontado para com os aspectos econômicos de funcionamento do comércio. Vale dizer, portanto, que diante de eventuais antinomias entre normas de âmbito municipal e estadual haverá de prevalecer a

competência *estadual*, ainda que disponha sobre funcionamento (ou não) do comércio, *por se tratar de medidas sanitárias adotadas, em tempo de pandemia, para a promoção de cuidados da saúde pública*, restando aos entes municipais deliberar dentro dos limites prescritos pelo governo do Estado. Admitir-se-ia a prevalência das medidas municipais tão somente para o caso de as medidas previstas serem *mais amplas* – e não menos – para assegurar a saúde, individual e coletiva, e combater a progressão de casos da Covid-19.

Ao final, aponta-se que qualquer medida tomada contra as recomendações das autoridades de saúde – seja Ministério da Saúde, OMS ou médicos especialistas – na busca de priorizar ideologias econômicas poderão ensejar a responsabilidade dos agentes públicos, tanto penal quanto civilmente. O número de casos em âmbito nacional ainda está distante dos maiores centros da pandemia, mas isto se deve ao estágio embrionário da propagação do vírus Sars-Cov-2 dentro do Brasil e pela adoção de medidas de contenção ainda neste momento inicial.

O Governo do Estado do Rio Grande do Sul, antecipando-se ao pico do problema, acertadamente editou o Decreto nº 55.128/2020 e lançou mão de medidas drásticas para a contenção da pandemia em solo gaúcho. Se o Estado não está na mesma situação de desespero que lentamente avança São Paulo – ou, de forma mais extrema, países como Itália e Espanha – é porque, justamente, ainda no início, tomaram-se as precauções necessárias amparadas nas recomendações científicas das autoridades em saúde. A postura de gestores municipais – ou mesmo de autoridades estaduais – que venham a ceder às pressões econômicas, sem qualquer embasamento científico, contribuirá para o aumento de casos em escala exponencial e para a explosão do contágio em solo gaúcho. Decisões tomadas que preterirem a saúde da população e busquem

privilegiar interesses meramente econômicos acarretarão desde sequelas à saúde de cidadãos até à morte de centenas, quiçá milhares. Vide a este exemplo a cidade de Milão, na Itália, cujas recentes declarações de seu prefeito revelam o arrependimento por retardar o isolamento em prol de manutenção da economia e do turismo diante do saldo de milhares de mortes.

Acaso seja este o caminho das autoridades públicas gaúchas, de priorizar a economia, na contramão das decisões tomadas até então pelo Governo do Estado do Rio Grande Sul em prol da saúde e da vida da população, estar-se-á diante da necessidade de responsabilização civil, por ação ou omissão (arts. 186 c/c 927 a 943 do Código Civil); penal (arts. 13, §2º, 129, 267 e 268 do Código Penal; art. 12-A do Decreto Estadual nº 55.128/2020, conforme redação conferida pelo Decreto nº 55.130); e caracterização do crime de responsabilidade para os fins da Lei federal nº 1.079/1950 (governador) e Decreto-Lei nº 201/1967 (prefeitos).

É o parecer.

Porto Alegre, 28 de março de 2020.

Pedro Henrique Schlichting Kraemer
OAB/RS 59.420

Vitor Rocha Nascimento
OAB/RS 55.508

Eduardo Moraes Bestetti
OAB/RS 107.213