



EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECÇÃO SÃO PAULO DOUTOR CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS

PGI nº : [REDACTED],

ASSUNTO: Análise da constitucionalidade dos Decretos Municipais que declararam calamidade pública no Município de Araraquara, especificamente nos termos que limitaram o acesso aos equipamentos públicos, parques e praças municipais de lazer, desporto e cultura .

INTERESSADO: 5ª Subseção da OAB/ SP - Araraquara

ARARAQUARA – SP

EMENTA: PARECER CONSTITUCIONALIDADE - DECRETO Nº 12.236 DE 23/03/20 - MUNICÍPIO ARARAQUARA - ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA - PANDEMIA DO COVID-19 - ART 6, INC. III - VEDAÇÃO IMEDIATA DE ACESSO DA POPULAÇÃO AOS EQUIPAMENTOS PÚBLICOS MUNICIPAIS

I – RELATÓRIO

Trata-se da análise à **constitucionalidade e legalidade** do Decreto nº 12.236 de 23 de março de 2020, que dispõe sobre o estado de calamidade pública no Município de Araraquara, decorrente da pandemia do COVID-19, especificamente quanto à disposição aposta em seu art.6º, inc. III, abaixo descrito, requerida pelo D. Presidente da OAB/SP, face a solicitação da **5ª Subseção da OAB/ SP - Araraquara;**



Art. 6º Para o enfrentamento da situação de calamidade ora declarada, os órgãos e entidades da Administração Pública Municipal: o qual ved e dá outras providências.

(.....)

III – vedação, em caráter imediato, o acesso da população aos equipamentos públicos, parques e praças municipais de lazer, esporte e cultura.

A **5ª Subseção da OAB/ SP - Araraquara**, encaminhou então consulta a Douta Presidência desta Seccional para análise e manifestação quanto a legalidade e constitucionalidade do mesmo, a qual por sua vez, submete a análise desta Comissão de Direito Constitucional.

A Resolução nº 01 de 02 de abril de 2020 fixou interpretações e estabeleceu esclarecimento quanto ao referido Decreto, o qual foi alterado pelo Decreto Municipal nº 12.242 de 06 de abril de 2020 e, posteriormente, pelo Decreto Municipal nº 12.254 de 20 de abril de 2020, devidamente publicados.

É o breve relatório dos fatos.



II – FUNDAMENTAÇÃO

Considerando o crescente surto da COVID-19, “Coronavírus” e a decretação de estado pandemia mundial pela Organização Mundial de Saúde pela OMS;

Considerando a Portaria MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, por meio da qual o Ministro de Estado da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo Novo “Coronavírus”;

Considerando que a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre medidas para o enfrentamento a emergência de saúde pública de importância internacional;

Considerando a edição, pelo Congresso Nacional, do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, que reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública;

Considerando o Decreto Estadual nº 64.879, de 20 de março de 2020, por meio da qual o Governador do Estado de São Paulo reconheceu o estado de calamidade pública, decorrente da pandemia do COVID-19;

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão liminar monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, assegurou aos governos estaduais, distrital e municipal, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19, tais como a imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras. (Medida Cauteral em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF - 672)

Considerando o Decreto Legislativo nº 2.495, de 31 de março de 2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública nos 644 municípios do Estado de São Paulo;

Considerando os fatos ocorridos em 13/04/20 referente à prisão conduzida pela Guarda Municipal de Araraquara , passamos a expor :



A emergência do novo coronavírus vem exigindo de governos de todo o mundo a adoção de medidas urgentes e eficazes, fundamentadas em evidências científicas e protocolos aprovados por autoridades sanitárias, além de políticas públicas na área da saúde e economia, visando a assegurar o direito à saúde, alimentação e demais direitos sociais e econômicos.

O avanço do número de casos decorrentes da Covid-19 vem gerando uma série de normativas limitadoras de direitos individuais, notadamente diante da edição de decretos estaduais e municipais, os quais surgem em decorrência da Lei 13.979/20 e da Portaria Interministerial nº 05/20, legislação federal aplicável à matéria. Enquanto isso, a população se vê impedida de fruir de bens de uso comum do povo e teme pela sua livre circulação em ruas, estradas e rodovias.

Por conta disso, diversos governantes efetivaram medidas de contenção do avanço da contaminação – suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas, entre outras – com fundamento na própria Lei 13.979/2020, além da competência conferida pela Constituição Federal (art. 23, II e art. 24, XII) para atuar em prol da saúde pública.

O recrudescimento das posturas estaduais e municipais de restrição de direitos foi sucedido por cenas de claro e manifesto abuso de autoridade. Disseminaram-se notícias de prisões em flagrante de cidadãos livres e saudáveis, que se aventuram em praias, praças públicas e lugares cuja frequência e fruição foi vetada através de decretos estaduais e municipais.

Primeiramente cabe - nos assentar que não resta dúvidas que a tutela ao direito à saúde e a expedição de atos normativos sobre o tema - saúde pública se assenta à União, Estados e Municípios.

Os entes da Federação agem no pleno exercício de sua competência comum, extraída do artigo 23, inciso II da Constituição da República, que impõe à União, Estados e Municípios “*cuidar da saúde e assistência pública*”, havendo, também, competência legislativa concorrente, como destacado no artigo 24, XII da Carta Magna, vejamos:



Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde

Assim, administrativamente, todos os entes federativos possuem competência para assegurar a efetividade e plenitude da saúde pública, devendo o exercício dessa competência, porém, para se evitar desnecessários embates entre os diversos entes federativos, pautar-se pelo ***princípio da predominância do interesse***.

Como bem salientado por Ives Gandra Martins, "*A saúde é, todavia, no elenco das finalidades a que o Estado está destinado a dedicar-se, talvez, a mais relevante e que mereça atenção maior*"¹ porém, como lembrado por Wolgran Junqueira Ferreira, "*na hierarquia de valores não se coloca a saúde pública em primeiro plano e o Brasil hoje está doente*".²

Essa previsão é complementada pelo nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde, vejamos:

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3, t. 1, p. 383.

² FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Lumen iuris, 1989. v. 1, p. 402



E mais, determina a Constituição competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente, dentre outras importantes matérias, sobre **defesa da saúde**.

No âmbito da legislação concorrente, a doutrina tradicionalmente classifica-a em *cumulativa* sempre que inexistir limites prévios para o exercício da competência, por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro, e em *não-cumulativa*, quando propriamente estabelece a chamada repartição vertical, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação.

A Constituição brasileira adotou a *competência concorrente não-cumulativa* ou *vertical*, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las através de suas respectivas leis. É a chamada *competência suplementar* dos Estados-membros e do Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º).

Essa orientação, derivada da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais.

Dessa forma, segundo Fernanda Dias de Menezes é possível o estabelecimento de algumas regras definidoras da competência legislativa concorrente, de aplicação integral à *proteção da saúde pública*:

- *a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar;*
- *a competência do Estado-membro ou do Distrito Federal refere-se às normas específicas, detalhes, minúcias (competência suplementar). Assim, uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes a peculiaridades regionais (competência complementar);*



- *não haverá possibilidade de delegação, por parte da União, aos Estados-membros e Distrito Federal, das matérias elencadas no artigo 24 da Constituição;*
- *o rol dos incisos destinados à competência concorrente é taxativo, portanto, não haverá tal possibilidade em matéria destinada a lei complementar, por ausência de previsão do artigo 24 da CF;*
- *a inércia da União em regulamentar as matérias constantes no artigo 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da disciplina constitucional (competência supletiva). Note-se que, em virtude da ausência de lei federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão competência plena tanto para a edição de normas de caráter geral, quanto específico.*
- *a competência plena adquirida pelos Estados ou Distrito Federal é temporária, uma vez que, a qualquer tempo, poderá a União exercer sua competência editando lei federal sobre as normas gerais;*
- *a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.*³

Vale ainda lembrar que a observância aos princípios da Separação de Poderes e Federalismo – cláusulas pétreas de nossa Constituição Federal são também limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder – é essencial na interpretação de qualquer legislação exarada pelos poderes competentes.

O fato é que, inobstante a criticidade do momento em que vivemos, a Lei 13.979/20; que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 ; o Decreto Legislativo 6/20 , que reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020, como também os os Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, que regulamentam a Lei 13.979/20, os Decretos de Governo e de Prefeitos, expedidos para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, não fogem desta máxima, sob pena de ameaça a diversos preceitos fundamentais do nosso texto constitucional.

³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 124.



A Carta Magna, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública, destacando, desde logo, no próprio preâmbulo a necessidade de o Estado Democrático assegurar o **bem-estar** da sociedade. Logicamente, dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde.

O direito à vida e à saúde, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

Como destaca José Afonso da Silva:

"A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização".⁴

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, p. 697.



Nesse mesmo sentido, proclama Sebastião Tojal a finalidade pública das normas que devem reger a saúde pública, afirmando que *"qualquer iniciativa que contrarie tais formulações há de ser repelida veementemente, até porque fere ela, no limite, um direito fundamental da pessoa humana"*.⁵

A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) tem exigido das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis, para o apoio e manutenção das atividades do sistema de saúde.

Em ação cautelar ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo PDT - Partido Democrático Trabalhista - **ADIn 6341** - contra a MP 926/20, que dispõe sobre medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, o Ministro Marco Aurélio referendou a cautelar anteriormente proferida, sob a alegação de que a MP 926/20 não afasta **a competência concorrente, em termos de saúde, dos estados e municípios.**

O ministro ressaltou que todo o texto da MP será submetida à análise do Congresso Nacional. *"A MP, ante ao quadro de urgência, foi editada com finalidade de mitigar a crise. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos"*, disse.

Assim, o relator referendou a decisão para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a **competência concorrente dos entes federativos quando o tema a ser tratado é a saúde pública.** Porém não é demais lembrar que, a afirmação da competência concorrente não significa que prefeitos e governadores estão autorizados a fazer o que bem entenderem.

De outra banda, em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em análise à **ADPF 672**, tendo como requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que *"Em momentos de crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de*

⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Constituição dirigente de 1988 e o direito à saúde. *Os 10 anos da Constituição Federal.* (vários autores). São Paulo: Atlas, 1998. p. 43.



todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público".

Ou seja, a adoção constitucional do Estado Federal gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas, que pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias.

Ainda segundo o Ministro Alexandre de Moraes - **ADPF 672** - a Constituição Federal, incisos II e IX do artigo 23, consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e municípios em relação à saúde e assistência pública.

O texto constitucional, no inciso XII do artigo 24, também prevê competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, permitindo, ainda, aos municípios possibilidade de complementar a legislação federal e a estadual, desde que haja interesse local, conforme previsto no art. 30, inc. II. **(ADPF 672)**

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Pois bem, as competências legislativas do município caracterizam-se pelo princípio da predominância do *interesse local*, consubstanciando-se em:

- competência genérica em virtude da predominância do interesse *local* (CF, art. 30, I);

- competência para estabelecimento de um Plano Diretor (CF, art. 182);
- hipóteses já descritas, presumindo-se constitucionalmente o *interesse local* (CF, arts. 30, III a IX e 144, § 8º);

- competência complementar (CF, art. 30, II).⁶

⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 124.



O artigo 30, II, da Constituição Federal, preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, **podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las**, inclusive nas matérias previstas no artigo 24 da Constituição de 1988.

Assim, a Constituição Federal prevê a chamada **competência suplementar** dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, **para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local.**

Enfim, no que diz respeito a pandemia do COVID-19, as regras de repartição de **competências administrativas e legislativas** deverão ser respeitadas, especificamente, na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de “maneira explícita”, como bem ressaltado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ao conceder medida acauteladora na **ADI 6341**, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”. E, s.m.j., nesta mesma toada o decreto editado pelo Edil de Araraquara.

É fato ainda que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, referendou em 15/04 p.p., a decisão liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio, na **ADI 6341**, em relação a Medida Provisória 926/2020, em **não afastar a competência concorrente de estados e municípios sobre saúde pública.**

Porem, não é demais lembrar que decretos governamentais e municipais são atos administrativos de governo, cujos termos devem ser observados pelo cidadão, sendo que o descumprimento ensejará a aplicação de sanções administrativas eventualmente cominadas no ato. ⁷ E, por se tratarem de tutela de obrigação imposta em ato administrativo formal, devem ser reconhecidas mediante a autoexecutoriedade do ato.

⁷ STJ, Quinta Turma, HC 348.265/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 18/08/2016



Tais assertivas nos leva a concluir que no exercício da autoexecutoriedade do ato, o Poder Público pode fiscalizar a sua aplicação e adotar os meios necessários ao seu cumprimento, e no caso da ocorrência de infração administrativa, as consequências serão imputadas ao infrator através de sanções administrativas, ou seja, penas de multa e advertência.

Por tal razão é que se permite a utilização das unidades de polícia militar e até mesmo da guarda municipal, para garantir o cumprimento das obrigações imposta em decreto municipal, estadual ou federal.



III – CONCLUSÃO

A competência administrativa para cuidar de Saúde Pública é comum a todos os entes federativos. Assim, tanto a União quanto os Estados, Distrito Federal e Municípios têm esse dever imposto pela Lei Magna.

Logicamente, para que não haja conflito entre as diversas atuações, suas condutas devem pautar-se pelo *princípio da predominância do interesse*, ou seja, quando existir o interesse geral, a competência a prevalecer será da União; diferentemente, o interesse regional, fará prevalecer o Estado, e, conseqüentemente, o interesse local, o Município.

Em relação à competência legislativa, a Constituição Federal disciplinou de forma mais cuidadosa. Assim, compete à União legislar sobre normas gerais protetivas da saúde pública, enquanto aos Estados e Distrito Federal compete a complementação dessas normas.

Nem os Estados/Distrito Federal poderão invadir a disciplina sobre normas gerais nem a União poderá editar normas por demais específicas, sob pena de inconstitucionalidade por desrespeito à divisão de competências concorrentes feita pela Constituição Federal.

O Município surge nesse contexto pautando sua atuação pelo *princípio da predominância do interesse local*, legitimador de sua atuação na área de saúde pública, *inclusive no tocante a vedação temporária de acesso e circulação da população, como medida pública protetiva em defesa e resguardo do interesse local*

Ante a todo exposto, s.m.j., entendemos que o Decreto nº 12.236 de 23 de março de 2020 do Município de Araraquara, que dispõe sobre o estado de calamidade pública no Município de Araraquara, decorrente da pandemia do COVID-19, especificamente quanto à disposição aposta em seu art.6º, inc. III e alterações posteriores, segue em conformidade ao quanto disposto na Constituição da República e ao quanto assentado na moderna jurisprudência das Cortes Superiores



Concluídos nossos apontamentos, lembramos ainda que *“refletindo um juízo do valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente nunca poderá ser o que decide.”*⁸

Assim, encaminhamos o presente expediente à Presidência Da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo, para ciência e prosseguimento, sem antes deixar de manifestar as homenagens de praxe.

Salvo melhor juízo, é o Parecer.

São Paulo, 23 de abril de 2020.

LUCIANA ANDREA ACCORSI BERARDI
Presidente da Comissão de Direito Constitucional

A/C.: Gabinete da Vice-Presidência
Rua Maria Paula, 35 - Centro - São Paulo / SP

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 17ª Ed, pg. 125.