



****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** PLANTÃO
JURISDICIONAL DO 2º GRAU**

Protocolo nº ****2020. 1332.011-9****

**** COMARCA DE PELOTAS****

****PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL****

****AUTOR****

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJRS. MUNICÍPIO DE PELOTAS. ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO MUNICIPAL Nº 6.300, DE 5 DE AGOSTO DE 2020. PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE COVID-19. RESTRIÇÃO DE CIRCULAÇÃO (LOCKDOWN). COMPETÊNCIA CONCORRENTE.

COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA BAIXAR NORMATIVAS MAIS RESTRITIVAS QUE O ESTADO MEMBRO, DESDE QUE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS E JUSTIFICADAS, MORMENTE QUANDO ENVOLVEM RESTRIÇÕES DE EXERCÍCIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CARÁTER GENÉRICO DO DECRETO MUNICIPAL EM QUESTÃO QUE, EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, NÃO JUSTIFICA A ADOÇÃO DE NORMA EXTREMA DE RESTRIÇÃO A LIBERDADES INDIVIDUAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, A PARTIR DA PONDERAÇÃO EM CONCRETO.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA, EM DECISÃO MONOCRÁTICA, PARA ADOTAR-SE UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME OS PRINCÍPIOS DE LIBERDADE E PROPORCIONALIDADE PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 5º E 37 DA CF), AFASTANDO-SE A EFICÁCIA NORMATIVA DOS ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO MUNICIPAL Nº 6.300, DE 5 DE AGOSTO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE PELOTAS, OBSERVADA A AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE EM CONCRETO.



DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos etc.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo por objeto a retoração do ordenamento jurídico próprio dos artigos 3º e 4º do Decreto Municipal nº. 6.300 de 05.08.2020 de Pelotas/ RS. O Decreto ratifica o estado de calamidade pública em todo o território de Pelotas para fins de prevenção e enfrentamento à epidemia causada pelo novo coronavírus, determina o fechamento das atividades e a restrição de circulação (*lockdown*), e dá outras providências.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sustenta a possibilidade de submissão do ato normativo ao controle concentrado de constitucionalidade. Refere que os artigos 3º e 4º do Decreto Municipal nº 6300/2020 de Pelotas, ao impedirem a circulação de pessoas ou de veículos particulares na circunscrição do município, transbordaram os limites jurídicos autorizados, malferindo princípios constitucionais sensíveis. Aduz que, em decorrência da Lei Federal nº 13.979/2020, bem como do Decreto nº 10.277/2020, a estratégia de combate à pandemia de Covid-19, por se tratar de um problema de saúde nacional, foi colocada sob a coordenação da União. Aduz que as medidas restritivas a serem adotadas nos âmbitos estadual e municipal devem respeitar os balizamentos (normas gerais) emanados do



governo federal. Entende que a atuação dos Municípios se apresenta ainda mais limitada, devendo agir a partir das orientações da União e também do Estado que integre, à luz das necessidades sanitárias do momento. Destaca que as ações dos entes da federação devem ser coordenadas a partir das orientações imprimidas pela União e que o enfrentamento da pandemia é regido pelos princípios da prevenção e da precaução. Sustenta que, no conflito entre normativas de entes federativos distintos, devem prevalecer as normas gerais emanadas da União e, em seguida as dos Estados, podendo os Municípios, à luz das particularidades locais, suplementá-las apenas para intensificar o nível de proteção já conferido, sendo rigorosamente indevida – e, portanto, inconstitucional – qualquer redução do patamar de cuidado estabelecido em atos normativos nacionais ou estaduais. Entretanto, existem limites para a imposição de medidas restritivas a direitos individuais e liberdades públicas assegurados constitucionalmente, mesmo em estados de emergência ou situações de calamidade pública. Alega que, em princípio, somente os estados de exceção (de defesa e de sítio) previstos na Constituição Federal permitem a imposição de limitações mais severa à esfera de direitos fundamentais da população, como a proibição de circulação plena e indiscriminada de pessoas, nos termos dos seus artigos 136 a 139. Aduz que apenas o Presidente da República detém poderes para decretá-los, exigindo-se ainda a chancela do Congresso Nacional, exatamente pela intensidade da afetação de direitos deles decorrentes. Assevera que as limitações à liberdade de ir e vir não podem ser impostas de modo pleno e indiscriminado nem mesmo diante de situações de anormalidade. Refere que os direitos fundamentais previstos na CF somente podem ser limitados se razões graves e suficientes justificam a



medida e, em princípio apenas nos casos de estado de exceção (de sítio e de defesa) tais direitos podem ser mais severamente atingidos. Pondera que medidas radicais de vedação plena e indiscriminada à circulação de pessoas não contaminadas e não suspeitas de contaminação sem que venham acompanhadas de uma satisfatória justificativa sanitária contrariam os balizamentos legais e constitucionais. Salaria que as limitações ao direito de ir e vir em decorrência do combate à pandemia do coronavírus apenas se legitimam se embasadas em estudos técnicos que corroborem sua necessidade sanitária, sendo que as afetações jurídicas devem ser justificadas apenas por razões de saúde pública. Refere que medida tão restritiva como o lockdown não se encontra elencada na Lei nº. 13.979/2020 como autorizada para o enfrentamento da pandemia e nem poderia ser decretada sem que estivesse lastreada em exigente e detalhada justificativa sanitária. Aduz que os art. 3º e 4º do Decreto Municipal nº. 6.300/2020 de Pelotas ferem o art. 5º, caput e incisos II e XV da Constituição Federal e arts. 1º a 8º da Constituição Estadual. Refere que o decreto municipal, nos dispositivos impugnados, é flagrantemente inconstitucional, devendo ser expungido do mundo jurídico.

Requer, por consequência, o deferimento da medida liminar, para suspender a vigência dos arts. 3º e 4º do Decreto municipal impugnado até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade. Pugna pela notificação da Prefeitura Municipal de Pelotas, para que, querendo, preste informações no prazo legal. Por fim, requer a procedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º do Decreto nº 6.300 de 05.08.2020, do Município de Pelotas, por ofensa ao art. 5º, caput e incisos II e XV da Constituição Federal, combinado com os artigos 1º e 8º, caput, da Constituição Estadual.



Vieram os autos para análise.

É o relatório.

Passo a decidir.

Inicialmente, destaca-se que é competência do Órgão Especial deste Tribunal processar e julgar a Ação Direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal perante a Constituição Estadual, inclusive por omissão, com fulcro no art. 8º, inciso V, alínea 'k', do Regimento Interno do TJRS. Assim, recebo a inicial protocolada em sede de Plantão, e passo à análise da liminar, em sede de cognição sumária e a título precário, observada a evidência de probabilidade do direito, bem como a urgência da medida, a fim de garantir sua eficácia.

Ainda, é de referir a possibilidade de controle de constitucionalidade do decreto autônomo, dotado de autonomia jurídica e suficiente densidade normativa, conforme precedentes do STF:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, "A", DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, CAPUT E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, CAPUT E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade. 2. Inocorrente a invocada ausência de cotejo analítico na petição inicial entre o ato normativo atacado e os preceitos da Constituição tidos como malferidos, uma vez expressamente indicados e esgrimidas as razões da insurgência. 3.



Não obsta a cognição da ação direta a falta de impugnação de ato jurídico revogado pela norma tida como inconstitucional, supostamente padecente do mesmo vício, que se teria por ripristinada. Cabe à Corte, ao delimitar a eficácia da sua decisão, se o caso, excluir dos efeitos da decisão declaratória eventual efeito ripristinatório quando constatada incompatibilidade com a ordem constitucional. 4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam – direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa. 5. Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não se identifica, na edição do Decreto 4.887/2003 pelo Poder Executivo, mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Constituição da República. 6. O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras. 7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal. 8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo "quilombo" realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003. 9. Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos



Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício. 10. O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003. 11. Diverso do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório. A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 3239, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.590/SP, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997. **REMUNERAÇÃO - SERVIDORES PÚBLICOS - TETO CONSTITUCIONAL - NORMA DE REGÊNCIA.** A teor do disposto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, cumpre à lei fixar o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos. Descabe substituir o diploma referido no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, a lei em sentido formal e material, por decreto emanado do Poder Executivo. **PESSOAL - DESPESAS - LIMITE - ADEQUAÇÃO.** Não se há de promover redução de vencimentos visando a harmonizar a despesa total com pessoal ativo e inativo da União com certo teto. Precedentes: Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento nºs 178.072/MG e 192.870/MG, Segunda Turma, ambos de minha lavra, com acórdãos veiculados no Diário da Justiça de 9 de maio de 1997 e 6 de fevereiro de 1998, respectivamente.



(ADI 1396, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/1998, DJ 07-08-1998 PP-00019 EMENT VOL-01917-01 PP-00064)

Possível, portanto, o controle de constitucionalidade do Decreto Municipal em questão.

O Decreto Municipal nº 6.300/2020 de Pelotas foi editado no contexto da situação de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus (COVID-19). Os artigos impugnados, 3º e 4º, dispõem o seguinte:

Art. 3º. Fica proibida, em todo o território do município de Pelotas, a circulação de pessoas em quaisquer espécies de logradouros públicos ou de circulação comum, salvo por motivo de força maior, justificada nos casos elencados nos incisos do §1º do art. 2º, deste Decreto, devidamente comprovada.

Art. 4º. Fica proibida a circulação de veículos particulares, salvo de pessoas que desempenhem atividade vinculada à essencial, cujo funcionamento esteja permitido neste Decreto, ou nas hipóteses elencadas nos incisos do §1º do art. 2º, deste Decreto.

Em relação à pandemia de coronavírus (Covid-19) foi editada a Lei Federal nº 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, estabelecendo medidas restritivas que poderão ser adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública, objetivando a proteção da coletividade. Referida lei estabelece em seu artigo 3º, inc. VI, com a redação dada pela Medida Provisória nº 926 de 2020, “restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal”. Resta destacado ainda no §1º do



referido artigo que “as medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.” E, o §2º do mesmo artigo estabelece que “ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: (...) III- o pleno direito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o art. 3 do Regulamento Sanitário Internacional, consoante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.” (Grifei)

Já no âmbito estadual, o Decreto Estadual nº 55.240, de 10 de maio de 2020, instituiu o Sistema de Distanciamento Controlado (art. 3º) para fins de prevenção e enfrentamento à epidemia causada pelo coronavírus – COVID-19, com atribuição de bandeiras classificatórias que indicam o risco propagação (artigo 5º), aplicando-se os protocolos sanitários específicos, conforme previsto em seu artigo 19, *verbis*:

Art. 3º O Distanciamento Controlado consiste em sistema que, por meio do uso de metodologias e tecnologias que permitam o constante monitoramento da evolução da epidemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) e das suas consequências sanitárias, sociais e econômicas, estabelece, com base em evidências científicas e em análise estratégica das informações, um conjunto de medidas destinadas a preveni-las e a enfrentá-las de modo gradual e proporcional, observando segmentações regionais do sistema de saúde e segmentações setorializadas das atividades econômicas, tendo por objetivo a preservação da vida e a promoção da saúde pública e da dignidade da pessoa humana, em equilíbrio com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e com a necessidade de se assegurar o desenvolvimento econômico e social da população gaúcha.

Parágrafo único. O Sistema de Distanciamento Controlado de que trata este Decreto será permanentemente monitorado, atualizado e aperfeiçoado com base em evidências científicas e em análises estratégicas das informações por um Conselho de especialistas designados pelo Governador do Estado para estudar e propor medidas para o seu aperfeiçoamento.



Art. 19. As medidas sanitárias segmentadas, destinadas a prevenir e a enfrentar a evolução da epidemia de COVID-19, respeitando o equilíbrio entre o necessário para a promoção da saúde pública e a manutenção do desempenho das atividades econômicas, são definidas em Protocolos específicos, fixados pela Secretaria Estadual da Saúde, conforme o setor ou grupos de setores econômicos, e têm aplicação cogente no âmbito de todos os Municípios inseridos em cada Região de que trata o § 2º do art. 8º deste Decreto, fixados em diferentes graus de restrição, conforme a Bandeira Final em que classificada a Região, de acordo com o sistema de monitoramento de que tratam os artigos 4º e 5º deste Decreto.

O artigo 22 do precitado diploma, por sua vez, disciplina:

Art. 22. Os Protocolos serão disponibilizados na rede mundial de computadores no sítio eletrônico <https://distanciamentocontrolado.rs.gov.br>.

Ainda, consoante se extrai dos termos do referido Decreto, consiste o modelo adotado no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul para enfrentamento da pandemia da Covid-19, denominado Distanciamento Controlado, em sistema que monitora a evolução da propagação da doença e suas consequências sanitárias, sociais e econômicas, com base em evidências científicas, segmentações regionais do sistema de saúde e segmentações setorializadas das atividades econômicas, tendo por objetivo a preservação da vida e a promoção da saúde pública e da dignidade da pessoa humana, em equilíbrio com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e com a necessidade de se assegurar o desenvolvimento econômico e social da população gaúcha (artigo 3º).



O sítio <https://distanciamentocontrolado.rs.gov.br> esclarece, por outro turno:

Critérios

O Rio Grande do Sul foi dividido em 20 regiões, que são analisadas considerando a **velocidade de propagação da Covid-19** e a **capacidade de atendimento do sistema de saúde**. No total, 11 indicadores (como número de novos casos, óbitos e leitos de UTI disponíveis, dentre outros) determinam a classificação das bandeiras da região.

Bandeiras e protocolos

Conforme o grau de risco em saúde, cada região recebe uma bandeira nas cores **amarela, laranja, vermelha ou preta**. O monitoramento é semanal, e a divulgação das bandeiras ocorre aos sábados, com validade a partir da segunda-feira seguinte. Os **protocolos obrigatórios** devem ser respeitados em todas as bandeiras. Além disso, cada setor econômico tem **critérios específicos** que variam de acordo com a bandeira.

Indubitável, pois, que a norma em questão cuida de tema ligado à proteção e à defesa da saúde, cuja competência legislativa, conforme art. 24, inc. XII, da Constituição Federal, é concorrente da União, Estados e Distrito Federal, competindo aos Municípios, na forma do art. 30, II, complementar a legislação federal e estadual, no que couber. Prevalece, em linha de princípio, na matéria, a legislação estadual, havendo possibilidade de atuação municipal na hipótese de existência de interesse local específico não abarcado por aquele que embasou a norma estadual, o que não se verifica, *in casu*, dada a abrangência do Decreto Estadual.

Nessa linha é o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal ao assentar, no âmbito da ADI 6.341, a competência concorrente em termos de saúde. Também sobre o tema, consignou o Ministro Alexandre de Moraes nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672:



Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

É de se considerar, outrossim, que os critérios do Distanciamento Controlado são revisados semanalmente, a partir de dados técnicos. Na forma do que ressaltado no modelo implantado pelo município de Pelotas, o sistema de distanciamento imposto pelo Estado, embora louvável, não possui uma *“precisão suficiente desse sistema para aferir as características peculiares de municípios específicos. O governo do Estado, ciente desta eventual fragilidade, permite, no âmbito do Decreto Estadual 55.240/2020, que os municípios adotem condutas mais restritivas que as definidas pelo governo do Estado nas atividades não essenciais, com o objetivo de aumentar o nível de proteção à vida. Por outro lado, os municípios não possuem autonomia para adotar medidas mais flexíveis do que as definidas pelo governo do Estado¹”*.

Verifica-se assim, a autonomia do Município para regradar sobre a matéria ainda que em caráter excepcional, atendidas as peculiaridades locais, podendo suplementar as medidas de controle e cuidado indicadas pela União e pelo Estado, para restringir ainda mais alguns aspectos sociais e econômicos. Deve ser mantida, no

¹ Disponível em: <http://www.riogrande.rs.gov.br/monitoramento-arquivos/>



entanto, a coordenação e as diretrizes das medidas tomadas pelas outras unidades da federação mais abrangentes que o nível municipal, a fim de ver respeitado o âmbito da competência concorrente constitucional.

Ressalte-se, nesse sentido a Decisão do STF na ADI nº. 6.341/DF, ajuizada pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista) em face da Medida Provisória nº. 926/2020. Consta na decisão do Plenário daquela Corte, que por maioria referendou medida cautelar em ação direta deferida pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator), a seguinte parte, ora em destaque, retirada do Informativo STF nº. 973/2020:

(...) “Ressaltou que as providências tomadas pela União não afastam atos a serem praticados por estados, o Distrito Federal e municípios considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da CF(3). E, por fim, rejeitou a alegação de necessidade de reserva de lei complementar. (...) A Corte enfatizou que a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do estado de direito democrático. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também para o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O estado de direito democrático garante também o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades públicas. Esses agentes públicos devem sempre justificar as suas ações, e é a luz dessas ações que o controle dessas próprias ações pode ser exercido pelos demais Poderes e, evidentemente, por toda a sociedade. (...).

Observa-se assim a possibilidade e mesmo a necessidade de ponderação em concreto, a fim de que seja observada a coordenação das medidas tomadas pelas diversas



unidades da federação de forma eficiente e racional. Não descuidando os entes públicos de critérios objetivos e materiais que justifiquem sua atuação.

De uma forma específica, o argumento apresentado pelo Ministério Público, para fins de caracterização de uma inconstitucionalidade dos artigos apontados no decreto municipal, parte da compreensão de que toda a restrição a direitos subjetivos – e, por consequência específica, de direitos fundamentais – só se justifica na medida em que (i) guarda uma concordância prática com a unidade da Constituição Federal e (ii) apresenta razões sérias que justifiquem uma restrição máxima. A discussão, portanto, dirige-se no sentido de saber se é possível se reconhecer violação constitucional em situação de ausência de observância desta harmonia de agir entre os poderes, inobstante a autonomia de competência regulatória identificada em concreto. Em última análise, identificar eventuais abusos na restrição a direitos fundamentais, ainda que sob o reconhecimento de uma perspectiva de proteção aos próprios indivíduos.

É preciso, de pronto, que se reconheça que o argumento da concordância prática, em termos constitucionais, não opera em caráter estritamente formal. Isso fica evidente nas próprias decisões judiciais destacadas pelo Ministério Público, na peça inicial, justamente porque compreende o Supremo Tribunal Federal que não se trata, no ponto, de hipótese de análise estrita de reserva legal. Uma vez identificada competência autônoma, o problema da concordância prática entre as regulações emanadas de entes federados – inclusive frente ao tema da unidade da Constituição – é um problema de restrição a direitos fundamentais. E, por consequência, de eventuais excessos nessas restrições a exigir ponderação.



Por isso a questão da concordância prática necessariamente deve restar alinhada com a ponderação necessária em termos de colisão de liberdades. No ponto, sustenta Marcus Schladebach (“Concordância prática como princípio de colisão jurídico-constitucional”, *in* Direito positivo e direito discursivo, Porto Alegre: Fabris Editor, 2017, p. 178) que “o mandamento de otimização, segundo a teoria dos princípios de Alexy, e o princípio da concordância prática, de Hesse, possuem, por isso, ao fim e ao cabo, o mesmo conteúdo de declaração”.

Como no caso, ainda que se reconheça possível a hipótese de uma ponderação que conduza a uma restrição máxima de liberdade – ao menos em tese –, é fundamental que essa restrição seja resultado de uma ponderação em que testadas, por razões sérias e suficientes, as condições fáticas e jurídicas do caso. Ou seja, só se admitiriam situações máximas de restrição – como no caso de uma circulação de pessoas e veículos em logradouros públicos –, se (e somente se) as razões de restrição se justificarem por uma ponderação suficiente.

Há uma proporcionalidade em tal construção oferecida também em termos abstratos. Quando se está frente a um conceito estreito de conformação e um conceito amplo de restrição de direitos, o equilíbrio, no exercício de argumentação, é alcançado pelo funcionamento do próprio sistema jurídico e das funções exigidas aos enunciados dogmáticos. Ou seja, aquilo que se vê configurado como um direito não necessita de justificação – como no caso das normas constitucionais. A restrição ao direito, de outra parte, tanto em abstrato como em concreto, exige argumentação necessária e suficiente para o desafio à garantia jusfundamental, ainda que seja para a edição de uma norma por via ordinária. Como anota Carlos Bernal Pulido, “en el Estado constitucional no puede



valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino sólo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los prejuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales” (PULIDO, C.B., *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 82).

Na hipótese, as razões de consideração apresentadas no decreto municipal - ainda que estabelecido este para uma temporalidade curta - são genéricas e abstratas, não oferecendo de pronto as razões suficientes para uma mudança drástica de regulação de comportamentos sociais. E, portanto, com potencial restritivo a direitos subjetivos. Veja-se que o decreto restritivo é expedido ainda em momento de vigência, pelo sistema de bandeiras estaduais, de bandeira laranja na região do Município, a observar uma situação mais branda de controle da circulação pública.

E, nisso, um argumento de coerência e consistência das razões restritivas adotadas é fundamental. Não há como se reconhecer proporcionalidade na edição de enunciados normativos, como o dos arts. 3º e 4º do Decreto municipal nº 6.300/20 do município de Pelotas, justamente porque apresentada uma medida restritiva máxima sem que ponderadas, em sentido de peso contrário, condições fáticas suficientes a demonstrar a tomada de



decisão extrema. No mínimo, pela possibilidade de demonstração, de pronto, da passagem gradual de um estado de alerta sanitário, para outro de extrema condição restritiva, próximo à ideia de um estado de defesa ou de sítio.

Com isso quer-se afirmar que até é possível a adoção de uma situação restritiva extrema, fundada na competência autônoma do ente municipal. Contudo, tal medida restritiva não pode estar fundada em situação desproporcional que seja incompatível – ou não justificada – pelo estado de coisas oferecido. Um decreto municipal que atinja situação de restrição máxima ao ir e vir exige a explicitação clara das condições extremas consideradas para a restrição máxima de liberdades individuais. Ou, no mínimo, que apresente argumentos suficientes para a tomada de decisão extrema. Quanto mais, tratando-se do município em que desenvolvida a metodologia de estudo para a adoção, mais ampla, do sistema de bandeiras em âmbito estadual.

A propósito, ainda no sábado (07/08/2020), conforme notícia veiculada no sítio eletrônico estado.rs.gov.br², foram divulgadas as bandeiras vigentes para a próxima semana – estando o Município de Pelotas enquadrado na bandeira vermelha -, abrindo-se prazo para que as regiões ingressem com recurso até 09/08/2020, ocasião em que os Municípios poderão arguir seus dados e buscar novo enquadramento. Destaca-se, pontualmente, que, apesar da decisão estadual ter alterado a bandeira do Município de Pelotas de laranja para vermelha, tal alteração só ocorre, na prática, a partir de terça-feira (11/08/2020). Ou seja, Pelotas persiste nesse final de semana ainda em bandeira laranja, pelas regras estaduais - o que, por si só, já demonstra certa

²<https://estado.rs.gov.br/mapa-preliminar-da-14-rodada-do-distanciamento-controlado-tem-12-regioes-em-vermelho>; acesso em 08/08/2020.



incoerência da medida municipal de *lockdown* ora imposta no Decreto Municipal em questão, especialmente nos artigos ora impugnados – que parece não ter alcançado na ponderação específica da situação concreta do município, a graduação e coordenação adequadas e suficientes em relação às medidas tomadas no âmbito estadual. Situação, de resto, que se vê afastada inclusive frente a um princípio de razoabilidade jurídica, na principiologia mais ampla constante no art. 8º do CPC brasileiro.

De forma pontual, seria possível admitir-se uma graduação na adoção das restrições de liberdades - o que corresponderia a uma proporcionalidade aplicada para o caso, estudada a partir do teste das condições fáticas identificadas no município. Como, por exemplo, pelo art. 3º do Decreto, estabelecer-se, num primeiro momento, o impedimento à aglomeração pública em praças municipais, exigindo-se a circulação com o uso de máscaras, sob pena de penalidade administrativa específica. Ou ainda, pelo art. 4º do Decreto, autorizar a circulação de veículos apenas em determinados espaços públicos ou com restrição por um sistema de rodízio. Mas daí a adotar-se, de forma imediata, uma restrição máxima de circulação, como no caso, permite que se reconheça, em termos de teste da proporcionalidade, um salto jurídico inexplicável.

Por fim, ainda cabe lembrar que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, ainda que em nível de cognição sumária, deve levar em conta, dentre outros, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 8º do CPC), o que aqui está sendo observado.

Isto posto, observada situação de ausência de proporcionalidade em concreto, ainda que se reconhecendo a competência autônoma do município para o regramento da matéria,



em caráter precário, acolhe-se a pretensão do Ministério Público, em sede liminar, para adotar-se uma interpretação conforme os princípios de liberdade, proporcionalidade e razoabilidade previstos na Constituição Federal (arts. 5º e 37 da CF) e CPC (art. 8º), afastando-se a eficácia normativa dos artigos 3º e 4º do Decreto municipal nº 6.300/20 do município de Pelotas, observada a ausência de proporcionalidade em concreto.

Cite-se e intemem-se, pelo regime de plantão e com urgência, notificando-se ainda a Prefeita Municipal de Pelotas para que ofereça, querendo, as razões suficientes à manutenção do Decreto municipal, no prazo legal. Após, redistribua-se o processo no âmbito do Órgão Especial.

Porto Alegre, 09 de agosto de 2020.

Des. VOLTAIRE DE LIMA MORAES,

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

	<p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme Lei Federal no 11.419/2006 de 19/12/2006, art. 1º, parágrafo 2º, inciso III.</p> <p>Signatário: VOLTAIRE DE LIMA MORAES Nº de Série do certificado: 010733D7 Data e hora da assinatura: 09/08/2020 17:00:42</p> <p>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse o endereço http://www.tjrs.jus.br/verificadocs/ e digite o seguinte número verificador: 00000000002020744793</p>
--	--