

DIREITO À SAÚDE, PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A PANDEMIA DE COVID-19

Duciran Van Marsen Farena¹

Sumário: 1 A emergência sanitária da Covid-19. 2 Direito à saúde. Sistema Único de Saúde (SUS). Emergências sanitárias. 3 Pandemia de Covid-19 e sociedade global de riscos. Percepção do risco. 4 Princípios da prevenção e precaução e o dever estatal de proteção. 5 Regulação do risco e precaução. 6 Precaução e proporcionalidade. 7 Princípio da precaução e riscos de medicamentos e tratamentos. 8 Princípio da precaução e responsabilidade pela ação (ou inação). 9 Conclusões.

1 - A EMERGÊNCIA SANITÁRIA DA COVID-19

O início do segundo decênio do século XXI ficará marcado na história pelo maior desafio enfrentado pelos sistemas de saúde mundiais nos últimos 50 anos: a pandemia causada pelo Coronavírus de Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-Cov-2) ou, simplesmente, Covid-19.

Por seu poder de contágio, rápida propagação, altos índices de internação hospitalar e dramático impacto provocado no modo de vida e na economia de quase todos os países do mundo, a crise sanitária causada pelo novo patógeno se diferencia de qualquer outra ocorrida nas últimas décadas e põe à dura prova não só a forma como são estruturados e disponibilizados os serviços de saúde no mundo inteiro, mas também as formas de regulação da sua prestação ao público.

Um fator importante ficou bem claro para a quase totalidade dos sistemas de saúde impactados pela pandemia. Nenhum estava realmente preparado para enfrentar as consequências da doença, tornando imperiosa a necessidade de adoção de medidas drásticas para a redução do impacto, como quarentenas rigorosas; e onde essas não foram adotadas, os resultados foram ainda mais devastadores. Ademais, a pandemia agravou as notórias deficiências dos sistemas de saúde para enfrentar a normalidade das tarefas de saúde, como ocorre no caso do nosso Sistema Único de Saúde (SUS).

Igualmente escancarou a insuficiência da Organização Mundial da Saúde (OMS), organização internacional encarregada de prevenir ou responder às múltiplas ameaças à saúde que possuem a capacidade de atravessar fronteiras (VENTURA, 2013, p. 36/37). O sistema internacional de prevenção epidemiológica, baseado na cooperação entre seus membros, na detecção precoce, na transparência e no predomínio das evidências científicas, falhou em mostrar uma resposta coesa à pandemia, em termos de adoção de medidas preventivas.

1 Procurador Regional da República na 5ª Região. Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Evidentemente, em um panorama mundial no qual a agência encontra forte criticismo e ataques por parte de líderes populistas, por razões de anticientificismo e antiglobalismo retrógrado, pouco espaço haveria para o fortalecimento da cooperação e da coordenação, mas em todo caso a pandemia de Covid-19 demonstrou essa necessidade de modo premente. Tal discussão, contudo, refoge aos limites deste artigo, exceto no que ela evidencia quanto à necessidade de aplicação e fortalecimento do princípio da precaução em matéria de saúde.

Desde a identificação dos primeiros casos, em Wuhan, China, no começo de dezembro de 2019, até 30 de janeiro de 2020, quando foi declarada Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (EESPII) pela Organização Mundial da Saúde, e 11 de março de 2020, quando a instituição declarou a Covid-19 uma pandemia global, transcorreu um tempo precioso cujo desperdício foi fundamental para o alastramento da doença para praticamente o mundo inteiro. A toda evidência, a OMS, já sob ataque constante, como vimos acima, certamente correria sério risco de descrédito caso um alerta mais drástico não correspondesse à realidade, tal como ocorreu com a pandemia de gripe A (H1N1).² Seja como for, a tônica dos países integrantes da organização variou entre a incredulidade e a expectativa vã de que não seriam atingidos, quando muito poderia ter sido feito em termos de preparação dos sistemas de saúde e da população para o que viria adiante.

Evidentemente, todas essas considerações convergem para demonstrar que, em matéria de emergências sanitárias globais, não houve espaço para medidas precaucionistas; certamente esse cenário precisa mudar se quisermos estar preparados para o próximo evento pandêmico.

Nossa investigação direciona-se basicamente para a ordem jurídica interna, a fim de examinar onde e como uma maior consideração pelo princípio da precaução poderia acarretar ganhos no enfrentamento de emergências sanitárias e na própria garantia do direito à saúde de modo geral.

2 · DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EMERGÊNCIAS SANITÁRIAS

O direito à saúde está contemplado, entre outros dispositivos, no art. 196 da Constituição Federal:

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.

Por sua vez, dispõe o art. 2º da Lei n. 8.080/1990, a Lei do SUS:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

2 Cf. VENTURA, 2013, p. 199-247.

A saúde afirma-se em nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental da pessoa humana, relacionado com a vida e a dignidade humana. Trata-se de um direito de segunda geração, de natureza prestacional, demandando ações estatais positivas para seu exercício, por meio de políticas públicas que assegurem o acesso universal, igualitário e incondicionado às ações e aos serviços de saúde. Incondicionado, porque a titularidade do direito se prende apenas à condição de pessoa humana, independentemente de exercício da cidadania, nacionalidade, capacidade civil, contribuição ou qualquer outro requisito que não seja a própria necessidade do indivíduo. Na característica da universalidade, o sistema deve apresentar versatilidade para atender às diferentes necessidades de saúde dos grupos populacionais no território nacional, em especial os mais vulneráveis, como indígenas, populações de rua, migrantes, LGBT, etc.

A saúde, enquanto prestação estatal, vincula-se ao próprio direito à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que assegura “[...] aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, bem como ao objetivo fundamental da nação brasileira, no sentido de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CRFB/88). A interpretação e aplicação do direito à saúde deverá sempre obedecer ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, sendo pacífico hoje que

a eficácia dos direitos fundamentais requer não apenas uma hermenêutica judiciária mas também uma interposição legislativa e uma administração que prezem pela máxima efetividade destes direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. (HARTMANN, 2012, p. 167).

Como direito de natureza prestacional, o direito à saúde deve ser concretizado por meio de políticas públicas, de natureza social e econômica. As ações e os serviços de saúde integram o Sistema Único de Saúde (SUS), definido em lei como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º, *caput*, Lei n. 8.080/1990).

O Sistema Único de Saúde caracteriza-se por sua descentralização em “três sócios”, União, estados e municípios, incumbidos de diferentes níveis da prestação do serviço, sendo as ações preventivas e de vigilância sanitária de responsabilidade de todos. A prestação de serviços definidos como “ações e serviços de saúde” é feita por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada regida conforme as diretrizes da universalidade, da equidade e da integralidade.

A solidariedade entre os entes de direito público interno foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 855.178-SE,³ firmando a tese de que

os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 855.178-SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 3 ago. 2020.

constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Paralelamente a isso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar em 30.4.2020 medida cautelar na ADI 6343,⁴ conferiu interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 7º do art. 3º da Lei n. 13.979/2020, para decidir que, amparados em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde, estados, municípios e Distrito Federal, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar medidas como isolamento e quarentena durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde, e sem embargo da competência da União para decretação das mesmas medidas, quando houver interesse nacional.

De fato, diante de um evento epidemiológico, de gravidade e potencial disseminatório, cabe à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde a avaliação do risco e a adoção de resposta nacional imediata. No entanto, a inércia da União não afasta a competência dos estados para, no âmbito de suas atribuições, adotarem as respectivas providências, conforme o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na prefallada ADI 6343.

A pandemia causada pela Covid-19, como vimos, foi declarada emergência de saúde pública de âmbito internacional pela Organização Mundial da Saúde.

Segundo CARMO, PENNA e OLIVEIRA (2008, n. p.):

O termo emergência de saúde pública de importância internacional é definido no Regulamento Sanitário Internacional (2005), como (WHA, 2005, p. 6):

Evento extraordinário, o qual é determinado, como estabelecido neste regulamento: por constituir um risco de saúde pública para outro Estado por meio da propagação internacional de doenças; por potencialmente requerer uma resposta internacional coordenada.

O Regulamento Sanitário Internacional em sua versão atual (2005) produziu, segundo Deisy Ventura, “um direito de emergência, de natureza transversal, como intersecção entre o direito internacional e o direito interno” (2013, p. 38). Por sua vez, pandemia, segundo a definição da OMS no episódio da gripe H1N1, é uma doença, “no caso, infecção viral aguda – com transmissão inter-humana contínua, imputável a surtos em nível comunitário em ao menos duas regiões da OMS e ao menos num país em cada uma dessas regiões” (*apud* VENTURA, 2013, p. 37).

No plano nacional, a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), conforme prevista no Decreto n. 7.616/2011, foi declarada pela Portaria n. 188/2020, tendo o Congresso Nacional reconhecido, para fins de não incidência de restrições da Lei Complementar n. 101/2000, o estado de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020.

A Lei n. 13.979/2020 dispõe sobre as medidas para enfrentamento da EESPII decorrente do coronavírus, prevendo em seu art. 3º medidas como isolamento compulsório, quarentena, determinação de realização compulsória de exames, testes,

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6343. Relator: Min. Marco Aurélio, Plenário, 30 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 5 ago. 2020.

coleta de amostras clínicas, vacinação, etc. A despeito da previsão legal, não houve, por parte do governo federal, a imposição de uma quarentena nacional; medidas nesse sentido foram impostas por estados e municípios, de forma descoordenada, a partir da segunda metade do mês de março de 2020.

3 · PANDEMIA DE COVID-19 E SOCIEDADE GLOBAL DE RISCOS. PERCEPÇÃO DO RISCO

A pandemia de Covid-19 deve ser entendida como uma catástrofe global, cujas causas e consequências ultrapassam as fronteiras nacionais, não podendo ser combatida isoladamente por qualquer país. Alcançando praticamente todo o mundo, evidenciou a interconexão hoje existente, a qual amplia o risco de rápida disseminação de novas doenças e consequentemente o impacto econômico do fechamento de fronteiras, da paralisação de atividades econômicas e do tráfego de pessoas. Outrossim, a pandemia põe de manifesto as relações entre meio ambiente e epidemiologia, considerando que as formas de consumo e produção de proteína animal, bem como a devastação dos *habitats*, provocam desequilíbrios que levam ao surgimento de novos vírus patogênicos capazes de infectar o ser humano (DESTRUIÇÃO DE HÁBITATS..., 2020). Enfim, seu advento aponta para a necessidade de uma reconfiguração dos sistemas de saúde nacionais, orientados pela lógica do mercado, e, por via de consequência, a exclusão de grande parte da população. De idêntica forma, impõe-se o fortalecimento do sistema mundial de prevenção a epidemias, centralizado hoje na enfraquecida Organização Mundial da Saúde, cujo poder normativo, associando normas obrigatórias e *soft law*, mostrou-se incapaz de proporcionar ao mundo uma segurança sanitária adequada diante da crise do coronavírus.

A história da humanidade foi construída enfrentando as vicissitudes de doenças infecciosas. Contudo, mesmo diante de outros exemplos do século XX, temos aqui uma situação singular, não só pela rapidez da transmissibilidade, acarretando risco iminente de colapso de qualquer sistema de saúde existente, mas principalmente por incidir em uma época marcada pela complexidade e pela ambiguidade das relações criada pela globalização, ampliando a incerteza das repercussões das decisões administrativas tomadas ao calor da reação contra a pandemia.

Com efeito, conforme Bolzan de Moraes (2004, p. 126), a globalização não é fenômeno restrito ao capital financeiro, mas representa “um processo radicalmente incerto e ambivalente que se projeta por sobre os mais variados aspectos da vida”. Assim,

nesse espectro, a globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos frequentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder [...] exigindo maior reflexividade na ação diante do incremento da complexidade e da incerteza. (BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 126).

Interessante abordar a pandemia à luz da concepção de sociedade global de riscos, conforme delineada por Ulrich Beck, dentro da ideia da nova modernidade criada pela globalização, em que a distribuição de riscos passa a ser fator preponderante. A sociedade de risco pode ser conceituada como “[...] uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos

e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”. Assim, o risco é consequência do avanço da modernidade, “a produção da riqueza vai acompanhada sistematicamente da produção de risco” (BECK, 1997 *apud* BODNAR, 2009, p. 103).

Conforme Beck (2010, p. 31), “riscos assim como riquezas são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições – posições de ameaça ou posições de classe”. A problemática da distribuição do risco assume relevo no ambiente da globalização, marcado pela incerteza e pela convergência de múltiplos fatores incontroláveis, gerando um “universalismo das ameaças” à natureza, à saúde, à alimentação, relativizando-se as diferenças e as fronteiras sociais (BECK, 2010, p. 43). A pandemia de Covid-19 pode ser considerada uma “situação social de ameaça” (BECK, 2010, p. 27) criada pela distribuição e pelo incremento dos riscos. Neste evento epidemiológico de magnitude global, a dimensão da incerteza é preponderante. Essas incertezas começam com o conhecimento incipiente sobre o agente patológico cuja origem na China no momento está sendo colocada em questão. Dúvidas pairam sobre a aquisição de imunidade total e a possibilidade de reinfeção; sobre a existência de resistência natural da população ou imunidade cruzada com outras variedades de coronavírus; sobre a eficácia de medicamentos e vacinas que estão em teste a toque de caixa; sobre a proporção da população infectada necessária para que se alcance a imunidade coletiva ou “de rebanho”, etc. A essa incerteza natural derivada do descompasso entre a evolução dos efeitos da infecção e a velocidade do conhecimento adquirido soma-se a causada pela sofisticação da tecnologia e dos protocolos de saúde, focados em tratamentos dispendiosos de doenças crônicas das populações economicamente privilegiadas, muito mais do que na atenção básica e na prevenção de doenças.

Outro fator a agravar a distribuição desigual do risco e ampliar a insegurança diz respeito à percepção do risco. Sempre difícil, em sistemas complexos, torna-se ainda mais acentuada quando se trata da pandemia de Covid-19, em que a desinformação proposital parece propagar-se em velocidade maior do que o vírus. Um dos fatores que contribui para a distribuição desigual do risco – ou sua transferência para terceiros – no ambiente global é a desinformação quanto à realidade do risco. Um exemplo é o clássico viés para superestimação de riscos em coisas corriqueiras, conhecidas, e sua minimização quando se trata de novas ameaças. A título de exemplo, uma pessoa pode superestimar o risco de viajar de avião, a ponto de evitar esse tipo de viagem, mas subestimar o risco da automedicação, de possuir uma arma de fogo ou de contrair o coronavírus. Correção das assimetrias e dos desvios informacionais, especialmente os causados pela propagação de notícias falsas, e disponibilização maciça de informações tecnicamente adequadas e baseadas em evidências médicas tornam-se fundamentais.

As polêmicas que cercam a pandemia de Covid-19 deixam transparecer, de forma cristalina, questões de distribuição de risco que permeiam todas as decisões de impacto quanto ao seu enfrentamento. Cautelas preventivas, adotadas com base em planejamentos e estudos técnicos, que levem em conta a saúde da população e a proteção das gerações futuras, tornam-se cruciais para as decisões informadas das autoridades. Com base em estudos técnicos e epidemiológicos, a imensa maioria dos países do mundo enfrentou dilemas como a adoção de medidas de quarentena, o momento adequado para retomada de atividades, a capacidade dos sistemas de saúde para absorção

do número crescente de pacientes, a suspensão do tráfego de passageiros internos e internacionais, o isolamento e as testagens compulsórias, a obrigatoriedade do uso de máscaras; e até questões econômicas como a ampliação do intervencionismo econômico, a renegociação de contratos, o controle de práticas abusivas e o apoio financeiro às populações vulneráveis impactadas pela supressão de suas fontes de renda.

Efetivamente, decisões com base em leis ou atos administrativos, que não sope-se esses riscos e interesses na perspectiva do dever fundamental de proteção, ou que promovam uma proteção deficiente ao prestigiarem interesses setoriais ou localizados em detrimento da saúde, ou que se baseiem em idiosincrasias, violarão frontalmente a ordem jurídica tanto interna quanto internacional.

4 · PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO E O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO

Nesse diapasão, assume relevância, como derivativo do dever estatal de proteção, a expansão dos princípios da prevenção e da precaução, em matéria de saúde pública. Como é curial, esses princípios, desenvolvidos originariamente no Direito Ambiental, firmaram-se como parâmetro aplicável a todos os casos em que estejam em causa direitos fundamentais que demandam ações positivas a sua concretização, seja em matéria de proteção ambiental, defesa do consumidor ou direito à saúde.

No que tange ao princípio da prevenção, aplica-se aos casos em que se formou certeza, ou pelo menos forte consenso científico, acerca dos danos e da relação de causalidade com determinada conduta. Assim, impõe-se uma ação para prevenir esses danos ou impedi-los, nos casos inevitáveis. É o caso de agrotóxicos, de extração de petróleo convencional ou de consumo de cigarros.

Por sua vez, o princípio da precaução lida com os casos em que a causalidade do dano apresenta um grau acentuado de incerteza. Nesses casos, a ausência de certeza científica ou de um consenso científico firme quanto à causalidade ou ao resultado não deve ser tomada como razão para que não sejam adotadas medidas que visam a afastar ou mitigar os danos possíveis de empreendimentos ou a comercialização de produtos potencialmente perigosos, exigindo-se do interessado submissão a análises de risco, adoção de medidas de precaução ou mesmo, em casos extremos, em que há riscos intoleráveis, impedimento da ação.

Prevenção e precaução se distinguem pelo grau de compreensão do risco. Enquanto na prevenção o objetivo é evitar risco cuja relação de causa e efeito é conhecida, na precaução a ação é disparada pela incerteza. A precaução começa onde a prevenção termina. No entanto, na sociedade de risco, onde a complexidade das relações e a interdependência tornam o risco difícil de avaliar, sobressai a importância da precaução sobre a prevenção, que, no entanto, não deixa de ser ponto de partida essencial, mas não suficiente.

O sentido da precaução em se tratando de vigilância epidemiológica opera para justificar que, diante de uma doença infecciosa altamente transmissível, e dos riscos acarretados para a saúde e a vida das pessoas, quer pela letalidade da doença, quer pela sobrecarga dos serviços de saúde, não haja lugar para que seja desprezada nenhuma medida não farmacêutica que seja eficaz para evitar a propagação da doença, ainda que não haja total consenso científico quanto a seus resultados.

É o caso suscitado pelas restrições de atividades e circulação (*lockdown* ou quarentena), em que se defrontam posições a favor e outras contrárias, advogando a imunidade de rebanho como melhor estratégia, isto é, que a epidemia teria fim quando parte considerável da população tivesse contato com o vírus. No entanto, a relevância dos valores em jogo, entre os quais as vidas dos que pereceriam com essa estratégia, considerada a precaução, não permite alternativa senão a que promove a segurança e a vida. Hoje, com base em dados estatísticos dos lugares mais afetados, já se forma consenso no sentido de que não é possível em curto prazo, ou mesmo quiçá impossível, alcançar a imunidade de rebanho quando se trata de Covid-19 (ESTUDO..., 2020), ou seja, os efeitos dramáticos da não adoção da medida significariam apenas um sacrifício inútil de direitos fundamentais.

O princípio da precaução encontra-se estreitamente ligado à ideia de desenvolvimento sustentável, envolvendo também a proteção das gerações futuras. Conforme afirma Ulrich Beck (2010, p. 40), “a verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro”. Em 1987, a Comissão Brundtland divulgou relatório denominado “Nosso Futuro Comum” e conceituou a base do desenvolvimento sustentável como “[...] a capacidade de satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer os estoques ambientais para as futuras gerações” (UNITED NATIONS, 1987). O desenvolvimento sustentável não pode ser logrado sem uma extensiva aplicação do princípio da precaução, impondo uma utilização racional dos bens comuns de forma a preservá-los de riscos que possam impactar as gerações futuras, muitas vezes de forma irreversível.

O princípio da precaução afirmou-se como um imperativo na análise prévia de produtos ou atividades que não demonstrem cabalmente sua segurança na Conferência sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92), que em seu Princípio n. 15 trouxe uma definição abrangente da precaução:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (DECLARAÇÃO..., 1992).

Portanto, o princípio da precaução acolhe a máxima *in dubio pro ambiente* (MOLINARO, 2015, p. 1002), ou, ainda, *in dubio pro securitate*, rompendo com o paradigma dos riscos “como bens de rejeição, cuja inexistência é pressuposta até prova em contrário, de acordo com o princípio *in dubio pro progresso*” (BECK, 2010, p. 40/41). Por via de regra, impõe-se ao interessado na empreitada ou na comercialização do medicamento ou produto a inversão do ônus da prova quanto aos riscos, os quais não se legitimam pelo mero fato de que não foram previstos nem desejados.⁵ A definição do que é necessário para conciliar a atividade com o desenvolvimento sustentável opera-se através de um procedimento público no qual deve ser assegurada a ampla participação da sociedade, mormente os potencialmente afetados.

Com efeito,

o princípio da precaução, por sua vez, partindo de uma lógica de verossimilhança e, portanto, do comensurável, produz argumentos que a esfera política pode debater no âmbito da sociedade, ou seja, na esfera democrática. O princípio da

5 Cf. BECK, 2010, p. 41.

precaução não deve ser utilizado, portanto, como fundamento de decisões autoritárias e desprovidas de argumentos cientificamente consistentes, inadmissíveis no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a participação nas decisões relativas ao meio ambiente e à saúde humana tornam-se corolário inafastável da concepção de democracia, especialmente quando se trata de promover a dialogicidade na relação público-privada. (SILVA; MATA DIZ, 2018, p. 57 e 58).

Conforme Paulo Affonso Leme Machado,

a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta. (MACHADO, 2018, p. 94).

A precaução marca a passagem do ordenamento jurídico do dano (infração, individualização, nexos causal, compensação pelos danos) para o ordenamento do risco (indeterminação, prevenção, dispersão dos agentes e afetados, impossibilidade de precificação do dano ou risco). A prevenção não se contenta em punir, mas tem o objetivo primordial de evitar o desfecho lesivo ante a irreparabilidade de certos danos. Com função de prevenção, já não se cuida apenas de obrigar à reparação do dano, mas de evitar danos irreversíveis.

Portanto, diante de consequências irreversíveis para o meio ambiente e a saúde humana, ainda que não haja certeza ou consenso científico quanto à sua ocorrência, somente através do princípio da precaução será possível uma solução de compromisso, que concilie o interesse econômico com a saúde, o meio ambiente e a segurança, evitando que as forças do mercado eliminem o custo dos riscos ou o transfiram a terceiros.

5 • REGULAÇÃO DO RISCO E PRECAUÇÃO

A palavra regulação

tem sido empregada para designar uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, geralmente ligada ao propósito de mitigar imperfeições do mercado para melhorar o funcionamento de determinados setores da vida econômica e social. (TRINDADE DA SILVA, 2006 p. 216).

Na perspectiva social, “a regulação é utilizada para intervir na provisão de bens públicos e para a proteção dos interesses públicos, como saúde, segurança e meio ambiente, assim como dos mecanismos de oferta universal desses bens e de coesão social” (TRINDADE DA SILVA, 2006, p. 216). A atividade regulatória do Estado deve levar em conta a redução do risco, bem como evitar os danos irreversíveis, através do princípio da precaução, que é uma obrigação da atividade administrativa e não apenas um parâmetro para a decisão judicial. O objetivo deve ser a criação da segurança, e não ampliar ou permitir a ampliação do risco. A opção administrativa não pode descuidar os deveres fundamentais de proteção da saúde e da segurança, devendo as competências normativas voltarem-se para o controle de atividades potencialmente perigosas e, no âmbito da prevenção, a fiscalização dessas atividades e a imposição de sanções.

Efetivamente, como ressalta Zenildo Bodnar (2009, p. 114),

[a] gestão adequada do risco, enquanto um dos principais e mais importantes desafios da atual sociedade de risco, requer instituições consolidadas e atuantes,

legislação eficaz e participação e controle social efetivo. Trata-se, portanto, de uma missão necessariamente compartilhada.

A ilusória “regulação espontânea” do mercado é incapaz de absorver as externalidades causadas pelo risco, cujos custos podem ser transferidos para atingir interesses de terceiros, ou interesses coletivos e difusos.

Descortina-se, assim, a importância da regulação pela precaução, quando os impactos são possíveis, prováveis, mas não podem ser determinados com precisão, ao lado da regulação por prevenção, quando se tratar de riscos conhecidos, que podem ser determinados, isto é, quando os impactos de certa atividade e a sua causalidade puderem ser determinados previamente com razoável certeza ou consenso científico. Quanto mais vulnerável o interesse ou o bem potencialmente afetado pelos impactos, mais se destacará a importância da regulação pela prevenção. A precaução envolve um juízo de ponderação de valores sobre os valores em jogo, o qual será determinante para a decisão regulatória.

Em decorrência da internacionalização e da interdependência das economias, e da ampliação do fosso de oportunidades e informacional, a prevenção torna-se a forma por excelência de abordar o risco na sociedade de riscos. A complexidade criada pela globalização fragiliza a autonomia da vontade e diminui sensivelmente a capacidade de operação das políticas públicas, criando fatores imponderáveis que vão ampliar a insegurança. A legitimidade da ação estatal será definida pelo seu empenho em ampliar a proteção social em tempos de incerteza, buscando capturar os riscos e evitar consequências potencialmente adversas que deles possam resultar para o meio ambiente, a saúde pública e a segurança das pessoas em geral.

A existência do risco justifica a necessidade de regulação, mas ela em si também produz novos riscos. O regulador deve aumentar a eficiência das políticas públicas mediante intervenção controlada nas atividades reguladas, mas a própria regulação implica a tomada de decisões, que implica a assunção de riscos de que a aquela intervenção falhe, ou acabe gerando novas e maiores distorções.

A regulação envolve, assim, não só prevenir e evitar a lesão a terceiros ou a interesses coletivos e difusos causadas por atividades potencialmente perigosas, mas também a questão da distribuição do risco. Importa incrementar o dever de informação a fim de capacitar os indivíduos a compreender os riscos envolvidos. A aptidão para evitar o risco depende do conhecimento e da informação, sendo elementos essenciais da precaução a escolha consciente das condutas e os níveis de segurança de cada uma delas.

Evidentemente, a crise sanitária do coronavírus cria uma janela de oportunidade para mudança nesse panorama regulatório que torne os sistemas de saúde resilientes para contingências infecciosas e menos desiguais, com vistas ao enfrentamento de novas pandemias. O que seria mais econômico do que o despreparo; estima-se que o custo financeiro da pandemia de Covid-19 pode chegar aos 5% do PIB mundial ou 4 trilhões de dólares (AFP, 2020).

De fato, a pandemia atual, gerando novos conflitos e novas incertezas, apresenta uma dinâmica que ultrapassa fronteiras, “através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária das autoameaças civilizacionais” (BECK, 2010, p. 57). É possível que com isso seja criada uma nova solidariedade mundial a repensar uma série de fatores de risco, como a relação com o meio ambiente (preservação das

florestas, padrões de produção de proteína animal), a reforma dos serviços públicos de saúde e uma regulação em nível mundial que contemple uma resposta coordenada em matéria epidemiológica (prevendo, por exemplo, a futura vacina como bem público e garantindo sua acessibilidade universal), mas também pode acontecer que esta crise não se traduza em nenhuma mudança real. Como adverte Beck (2010, p. 58), “as ameaças intensificam-se, mas elas não se convertem politicamente num conjunto de medidas preventivas de superação do risco; e mais: não se sabe ao certo qual o tipo de política ou de instituições políticas que estariam em condições de adotá-las”.

6 · PRECAUÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Temperando excessiva densidade do princípio da precaução, cumpre articulá-lo com o princípio da proporcionalidade, devendo ser aplicados simultaneamente. A precaução deve convocar a proporcionalidade, isto é, as medidas ditadas pela precaução devem levar em conta a proporcionalidade, baseando-se em uma avaliação científica do grau de incerteza e do risco, equilibrando tanto os projetados benefícios como a possível irreversibilidade do dano (desaparição de espécie, destruição de um sítio arqueológico, efeitos colaterais de natureza grave nos pacientes, etc.).

Como é sabido, o princípio da proporcionalidade envolve três subprincípios: adequação, que é a relação entre o meio utilizado e o fim almejado; necessidade, que envolve a utilização do meio menos gravoso; e proporcionalidade em sentido estrito, cujo requisito é uma relação de custo-benefício entre o meio empregado e o objetivo desejado, este conforme a ordem jurídica. Apresenta uma dupla manifestação, a vedação da proibição excessiva e da proteção insuficiente (atuação aquém do adequado).

Em matéria de saúde pública, podemos cogitar de diversas situações em que há uma violação da proibição de excesso, nos casos em que a autoridade pública toma decisões drásticas com base em meras suposições, e não em estudos e análises de risco racionais, ou sem cogitar de alternativas menos gravosas. Exemplo disso é o fechamento total das fronteiras, sem consideração para casos humanitários. Se a maioria dos países do mundo adotou de fato o fechamento das fronteiras, impedir o retorno de nacionais em regresso do exterior, pessoas com parentesco ou necessidade comprovada no território nacional ou solicitantes de refúgio seria um excesso injustificável, já que alternativas menos gravosas, como, por exemplo, isolamento compulsório por um prazo determinado, poderiam ser empregadas sem excessivo risco ou custo.

Essa articulação da proporcionalidade com a precaução encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos relacionados com a pandemia; serve de exemplo a decisão no HC 184828 MC/DF,⁶ impetrado em favor dos diplomatas venezuelanos no Brasil, ameaçados de expulsão em plena pandemia:

HABEAS CORPUS CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA E O MINISTRO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. DECISÃO DE RETIRADA IMEDIATA DE DIPLOMATAS E FUNCIONÁRIOS VENEZUELANOS. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA MUNDIAL DE SAÚDE. FALTA DE URGÊNCIA E RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS PACIENTES. MEDIDA CAUTELAR RATIFICADA.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 184828 MC/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 16 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

4. Ilegitimidade da retirada compulsória imediata dos pacientes em meio à pandemia. A situação de emergência sanitária reconhecida pela Organização Mundial de Saúde e pelo Congresso Nacional coloca em risco a integridade física e psíquica dos pacientes, tornando irrazoável a ordem de saída imediata (ou em 48 horas) do território nacional. Violação a convenções de direitos humanos e de relações diplomáticas. Impossibilidade, fática e transitória, de retirada dos agentes diplomáticos e consulares venezuelanos do território brasileiro enquanto durar o estado de calamidade pública e emergência sanitária reconhecido pelo Congresso Nacional. A hipótese aqui se afigura menos dramática, mas a ideia subjacente é a mesma: *onde há risco grave para os direitos fundamentais de quem quer que seja, aplica-se o princípio da precaução*. Não há urgência ou emergência na retirada dos pacientes, sendo possível e razoável aguardar até o Congresso revogar o estado de calamidade pública e emergência sanitária que vivemos. Em suma: a decisão do Estado brasileiro é válida e produzirá os seus efeitos tão logo cessem as razões de saúde pública que motivaram a suspensão temporária de sua eficácia. [Grifos nossos].

O entendimento também se exprime na tutela provisória incidental concedida pela Suprema Corte na ADPF 635-RJ,⁷ impetrada com o propósito de impedir operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro durante a pandemia:

A exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de proteção ao direito à vida e à integridade corporal e encontra respaldo nos Princípios Básicos das Nações Unidas para o Uso da Força [...]. Os Estados devem prever uma escala com diversos protocolos sobre o uso da força, devem rever esses protocolos constantemente e devem, ainda, treinar os seus agentes de modo a assegurar a eles pleno conhecimento e condições técnicas para observá-los estritamente. [...] Não há como evitar os protocolos de conduta para o emprego de armas de fogo. O direito à vida os reclama. Exigem que o Estado somente empregue a força quando necessário e exigem a justificativa exaustiva dessas razões. [...] A situação narrada pelo pedido incidental demonstra especial gravidade da omissão do Estado brasileiro. O reconhecimento da emergência sanitária internacional obrigou os entes da federação a adotarem medidas rígidas de controle epidemiológico como quarentena e isolamento. [...] Operações policiais realizadas em locais de grande aglomeração ficam ainda mais arriscadas e fragilizam a já baixa *accountability* que deveria pautar a atuação de todos os agentes públicos. [...] defiro a medida cautelar incidental pleiteada, *ad referendum* do Tribunal, para determinar: (i) que [...] não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, [...]; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Vale a pena mencionar, nesse passo, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos veiculado na Declaração n. 1, de 9 de abril de 2020, destinada a orientar contra excessos desproporcionais e lesivos aos direitos humanos das medidas contra a Covid:

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADPF 635-RJ. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF635DECISaO5D EJUNHODE20202.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Todas as medidas adotadas pelos Estados para enfrentar esta pandemia que possam afetar ou restringir o gozo e o exercício de direitos humanos devem ser limitadas no tempo, legais, condizentes com os objetivos definidos conforme critérios científicos, razoáveis, estritamente necessárias e proporcionais e consistentes com os demais requisitos desenvolvidos na legislação interamericana de direitos humanos. [...] Dada a natureza da pandemia, os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais devem ser garantidos sem discriminação a todas as pessoas sob a jurisdição do Estado e, em particular, àqueles grupos que são desproporcionalmente afetados por estarem em situação de maior vulnerabilidade, como idosos, crianças, pessoas com deficiência, migrantes, refugiados, apátridas, pessoas privadas de liberdade [...] Nestes momentos, adquire ênfase especial a garantia, de forma oportuna e apropriada, dos direitos à vida e à saúde de todas as pessoas sob a jurisdição do Estado, sem qualquer discriminação, incluindo aos idosos, migrantes, refugiados e apátridas, e membros de comunidades indígenas. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

A proteção insuficiente distingue-se da omissão pura e simples. Enquanto nesta há a ausência de qualquer ação estatal no sentido da proteção do bem jurídico, naquela há a ação. Contudo, ela não é suficiente para desestimular a prática da conduta, afastar o risco ou reparar a lesão causada.

Acerca da proteção insuficiente, vale transcrever excerto do voto do ministro Gilmar Mendes no RE 418.376/MS:⁸

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.” (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (*Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n. 97, março/2005, p. 180).

Os exemplos em que a política pública se ressentiu de proteção deficiente são abundantes em matéria ambiental. No tocante a atividades altamente poluidoras ou

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do min. Gilmar Mendes no RE 418.376/MS*. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em: 25 jun. 2020.

impactantes ao meio ambiente, por exemplo, dispensar o licenciamento ou exigi-lo de forma simplificada são casos de proteção insuficiente. Em matéria de segurança e defesa do consumidor, podemos descer à concretude de exemplos como aplicar multas insignificantes para condutas de alto risco que trazem ganhos expressivos para o infrator (como o transporte com excesso de carga) ou a celebração administrativa de termos de ajustamento de conduta prevendo doação de materiais de expediente de ínfimo valor a entes públicos para o encerramento de casos de lesões coletivas que permitiram a empresas se apropriarem de enormes quantias dos consumidores.

Exemplo de proteção insuficiente, na esfera da pandemia de Covid-19, encontra-se na não adoção pelo governo federal de uma quarentena coordenada em âmbito nacional, relegada aos estados-membros, cujas medidas desconexas comprometeram a eficácia da medida no plano nacional, situação agravada pelas recorrentes mensagens de desincentivo e forte resistência de autoridades federais em seguir recomendações científicas e sanitárias expedidas por organizações nacionais e internacionais, ampliando a desinformação e a resistência natural da população a medidas restritivas.

Igualmente, nesse sentido, o manejo do auxílio emergencial, que provocou filas e aglomerações nas sedes da Caixa Econômica Federal (CEF), nos dias mais críticos da expansão da pandemia, quando estados e municípios já adotavam quarentenas (MULTIDÃO..., 2020). A demora para a implantação e a disponibilização do auxílio, alegadamente com base em limites legais já dispensados pelo Congresso Nacional, a concentração dos pagamentos na CEF e a inexistência de agendamento para resgate foram vistas como fatores decisivos para a propagação acelerada do vírus entre as camadas mais pobres da população. À parte esse aspecto, outras ineficiências foram verificadas, como falhas no aplicativo, recusas injustificadas (objeto de diversas iniciativas judiciais, como a ação civil pública movida pela Defensoria Pública da União, n. 1017292-61.2020.4.01.3800, 5ª Vara Federal/MG) e falta de assistência aos excluídos digitais, como populações de rua, indígenas, moradores de áreas isoladas, entre outros.

Ressalte-se ainda como exemplo de proteção insuficiente a inexecução das verbas destinadas a estados e municípios para enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional (Ação 21CO), cujo empenho se limitava a 6,8% dos valores disponibilizados em 2.6.2020 (MPF ABRE..., 2020); bem como o veto presidencial ao uso de máscaras em indústrias, lojas, templos, escolas e outros locais fechados, previsto na Lei n. 14.019/2020, felizmente não concretizado por sua derrubada pelo Congresso em 19.8.2020 (MACHADO, 2020).

A proteção insuficiente leva à falha visceral da política pública, que, assim, se torna incapaz de proteger e concretizar o direito fundamental à saúde.

7 · PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E RISCOS DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS

O sentido operativo do princípio da precaução em todos os seus campos de aplicação (saúde, meio ambiente, consumidor), inspirado pelo dever de proteção, opõe-se à concepção de que todo dano pode ser internalizado pelo processo produtivo ou compensado. Representa um aperfeiçoamento do sistema de prevenção, a fim de evitar riscos cujos danos decorrentes sejam incertos, difíceis de quantificar ou impossíveis de reparar, mormente os que se projetam para as gerações seguintes.

No campo dos riscos de desenvolvimento de medicamentos, temos a aplicação do princípio da prevenção, aliada a medidas precaucionistas. A prevenção exige que a segurança do medicamento, para o uso que se pretende, esteja perfeitamente demonstrada, no sentido de que os riscos que acarreta sejam amplamente informados e compensados pelos benefícios, demonstrados em ensaios clínicos randomizados e com eficácia constatada em testes com grupos de controle. A precaução opera no sentido de circunscrever o uso a certas doenças específicas, em cujo tratamento o medicamento foi testado e seus benefícios foram comprovados, não valendo sua comercialização como um salvo-conduto para todo e qualquer problema de saúde, ainda que sob os argumentos da “tentativa e erro” ou “melhor alguma coisa do que nada”.

Assim, o princípio da precaução opera no sentido de que não deve ser autorizado um uso novo de fármaco ou um medicamento novo não prescrito para aquela patologia (uso *off label*) até que seja demonstrada de forma segura pelo método científico a eficácia do medicamento para aquele evento de saúde determinado. Vale dizer, sem que seja formado um consenso científico substancial de que o medicamento tem eficácia, na incerteza, não deve ser autorizado.

É preciso que estejam estremes de dúvidas os efeitos benéficos do medicamento ou tratamento a fim de que possa ser prescrito para uso geral, e, no caso de uso experimental, torna indispensável a demonstração da segurança de seu uso aliada a uma evidência, ainda que incompleta, de eficácia, além, é claro, do consentimento informado do paciente.

A liberação do medicamento ou seu emprego generalizado em políticas públicas de saúde exige demonstração cabal de efetividade, eficácia e segurança, os pilares da medicina baseada em evidências, definida por Regina Paolucci El Dib como

o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica. Em outras palavras, a MBE utiliza provas científicas existentes e disponíveis no momento, com boa validade interna e externa, para a aplicação de seus resultados na prática clínica. Quando abordamos o tratamento e falamos em evidências, referimo-nos a efetividade, eficiência, eficácia e segurança. A efetividade diz respeito ao tratamento que funciona em condições do mundo real. A eficiência diz respeito ao tratamento barato e acessível para que os pacientes possam dele usufruir. Referimo-nos à eficácia quando o tratamento funciona em condições de mundo ideal. E, por último, a segurança significa que uma intervenção possui características confiáveis que tornam improvável a ocorrência de algum efeito indesejável para o paciente. Portanto, um estudo com boa validade interna deverá apresentar os componentes descritos acima. (EL DIB, 2007).

Em outras palavras, o dever de demonstrar a segurança do medicamento ou tratamento (e, conseqüentemente, que os benefícios são vantajosos comparativamente aos riscos) é do fabricante ou distribuidor do medicamento, ou, ainda, daquele que o insere em uma política pública quando não há prescrição específica para aquele tipo de uso. Dever de atestar que os riscos são aceitáveis comparativamente aos benefícios demonstrados, conforme procedimentos preestabelecidos de pesquisa de risco.

Naturalmente, viola o princípio da prevenção/precaução o estímulo governamental – por meio da fabricação/aquisição/distribuição em larga escala – para o uso de medicamento contra a Covid-19 sem eficácia curativa ou preventiva cientificamente demonstrada, como é o caso da hidroxicloroquina (CORONAVÍRUS..., 2020). À ausência de prova de eficácia, nenhum argumento pode justificar e afastar

a responsabilidade por esse tipo de conduta, considerados os riscos que a medicação acarreta, dentre os quais, arritmia cardíaca, e aumento da letalidade.

O senso de urgência despertado pela pandemia, tornando a população ávida por vacinas e curas instantâneas, não deve conduzir ao imediatismo, sob pena de fazer periclitar a segurança e causar danos ainda maiores no futuro. De idêntica forma, o negacionismo voluntarista, desprovido de critérios, anticientífico e populista, e o desprezo pelas evidências científicas e pelos protocolos levarão a riscos agravados e maiores custos humanos e econômicos ao longo dos anos.

8 · PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E RESPONSABILIDADE PELA AÇÃO (OU INAÇÃO)

Seja precautoriamente ou preventivamente, a ausência de certeza científica quanto a curvas e formas de contágio, índices de cura, imunidade, entre outros, não deve servir de pretexto para a não adoção de medidas preventivas (isolamento social, quarentena, uso obrigatório de máscara, etc.).

O dever estatal de proteção ante a relevância do direito à saúde torna falso o dilema entre economia e saúde, até porque a economia por si só não leva à doença ou à morte. Cabe ao Poder Público, devidamente autorizado pela declaração do estado de emergência, aportar recursos financeiros para apoio aos cidadãos afetados em seus meios de subsistência pela pandemia. A saúde não pode ceder a uma consideração meramente financeira (níveis de endividamento público, que ocorre igualmente por uma série de motivos que nem sempre encontram justificativa na proteção dos mais vulneráveis) e ser colocada em segundo plano, diante do falso dilema de proteger a saúde ou a economia como se esta fosse um fim em si mesmo, independentemente do custo humano da omissão de providências precautórias.

Nunca é demais enfatizar que a perda de renda e a redução da atividade econômica são causadas pela pandemia, e ocorreriam independentemente da decretação ou não de medidas como a quarentena. Impõe-se na adoção de medidas restritivas a liberdades individuais pela pandemia uma ponderação dos direitos fundamentais – quanto mais importante o bem e maior a irreversibilidade do dano ou a difícil reparação, mais prudente deve ser a ação e mais rigorosos os critérios da avaliação da decisão a ser tomada. O fato é que a quarentena foi amplamente respaldada em estudos científicos e normas técnicas, sendo adotada até mesmo em países paupérrimos, o que vem a demonstrar que a questão é mais de inevitabilidade em face da gravidade do risco e dos danos irreversíveis do que uma opção meramente política.

Essa obrigação de respeito às normas de critérios técnicos e científicos e também aos princípios da prevenção e precaução transparece na decisão do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Cautelar nas ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 (rel. min. Luís Roberto Barroso) quanto à caracterização do “erro grosseiro” da MP 966/2020, a qual dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia de Covid-19 (RELATOR..., 2020).

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE

COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020. DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia. 2. *Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.* Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”. 3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. 4. Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 6. Teses: “1. *Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.* 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem responsáveis por eventuais violações a direitos”.⁹

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do min. Luís Roberto Barroso na Medida Cautelar nas ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431.* Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/voto-mlrb-adis-mp-966-21mai2020.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

9 • CONCLUSÕES

Tanto a União quanto os estados, dentro da estratégia tripartite do Sistema Único de Saúde, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar medidas como isolamento e quarentena durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde, e sem embargo da competência da União para decretação das mesmas medidas (ADI 6343, STF).

A pandemia de Covid-19, incidindo em uma época marcada pela complexidade, pela ambiguidade e pela contraditoriedade das relações (jurídicas, técnicas, entre outras) criadas pela globalização, resulta em ampliação do risco e incerteza das repercussões das decisões administrativas adotadas para fazer frente aos efeitos dramáticos da rápida propagação do novo patógeno. Assim, surge a importância da sua apreciação no contexto da “sociedade global de riscos”, de Ulrich Beck.

A problemática da distribuição do risco assume relevância no ambiente da globalização, marcado pela convergência de múltiplos fatores incontrolláveis, que ampliam o risco decisional decorrente das opções do Poder Público no enfrentamento à pandemia. Outro fator a agravar a distribuição desigual do risco e ampliar a insegurança diz respeito à percepção do risco. A informação adequada no contexto da distribuição de riscos se torna fator preponderante na análise das medidas adotadas diante da pandemia de Covid-19.

O princípio da precaução, oriundo do Direito Ambiental, teve seu campo de aplicação ampliado para qualquer área onde se configure um dever de proteção do Estado, em especial a garantia dos direitos fundamentais. Enquanto na prevenção o objetivo é evitar risco cuja relação de causa e efeito é conhecida, na precaução a ação é disparada pela incerteza. No entanto, na sociedade de risco, onde a dimensão da incerteza é preponderante, realça-se a importância da precaução, complementando as indispensáveis – mas insuficientes isoladamente – medidas de prevenção.

O princípio da precaução deve nortear quaisquer medidas adotadas durante a pandemia sopesando direitos fundamentais em jogo, conjugando-se com o princípio da proporcionalidade, em sua dupla face de proibição do excesso e da insuficiência. A não adoção da precaução implica a distribuição de risco segundo a irracionalidade das forças sociais e de mercado, resultando em concentração do risco e do dano nas camadas mais vulneráveis da população.

Nesse contexto, assume relevo a gestão adequada do risco pela autoridade pública, com o emprego de medidas fundamentadas em critérios técnicos, dados epidemiológicos e análises científicas, e respeito pelo quadro institucional existente. A não adoção de medidas precaucionistas e o antiprecaucionismo inspirado pelo negacionismo e pelo anticientificismo pode acarretar a responsabilidade dos agentes públicos por dolo ou erro grosseiro.

REFERÊNCIAS

AFP. Custo da pandemia pode exceder os 4 trilhões de dólares. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 3 abr. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/03/interna_internacional,1135278/custo-da-pandemia-pode-exceder-os-4-trilhoes-de-dolares.shtml. Acesso em: 10 ago. 2020.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Direitos humanos, Estado e globalização. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 117-140.

CARMO, Eduardo Hage; PENNA, Gerson; OLIVEIRA, Wanderson Kleber. Emergências de saúde pública: conceito, caracterização, preparação e resposta. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 22, n. 64, dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142008000300003>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142008000300003&lang=es. Acesso em: 20 jul. 2020.

CORONAVÍRUS: cloroquina não previne Covid-19, aponta estudo. *BBC*, São Paulo, 30 set. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-54360958>. Acesso em: 8 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração n. 1, de 9 de abril de 2020*. San José: CIDH, 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf. Acesso em: 2 ago. 2020.

DECLARAÇÃO do Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013. Acesso em: 27 jul. 2020.

DESTRUIÇÃO DE HÁBITATS cria condições ideais para o surgimento do coronavírus. *Scientific American Brasil*, São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://sciam.com.br/destruicao-de-habitats-cria-condicoes-ideais-para-o-surgimento-do-coronavirus>. Acesso em: 8 out. 2020.

EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidências. *Jornal Vascular Brasileiro*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 1-4, mar. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

ESTUDO aponta que imunidade de rebanho contra Covid-19 é inatingível. *Uol*, São Paulo, 6 jul. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/07/06/estudo-aponta-que-imunidade-de-rebanho-contra-covid-19-e-inatingivel.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 156-182, jul./dez. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

MACHADO, Ralph. Congresso derruba veto de Bolsonaro ao uso obrigatório de máscaras em lojas e escolas. *Notícias da Câmara dos Deputados*, Brasília, 19 ago. 2020. Disponível em: Camara.leg.br/noticias/685851-congresso-derruba-veto-de-bolsonaro-ao-uso-obrigatorio-de-mascaras-em-lojas-e-escolas/. Acesso em: 22 ago. 2020.

MOLINARO, Carlos Alberto. Breves reflexões sobre os deveres fundamentais socioambientais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, [s. l.], n. 20-3, p. 989-1025, set. 2015. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/breves-reflexoes-deveres-fundamentais-644978641>. Acesso em: 23 jul. 2020.

MPF ABRE inquérito para investigar execução orçamentária de combate à pandemia. NF 1.16.000.001.338/20, 4º Ofício, PRDF. *Notícias da Procuradoria da República no Distrito Federal*, Brasília, 2 jun. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/covid-19-mpf-abre-inquerito-para-investigar-execucao-orcamentaria-de-combate-a-pandemia>. Acesso em: 22 jul. 2020.

MULTIDÃO se forma para tentar sacar auxílio emergencial. *Tribuna do Norte*, Natal, 3 maio 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/multida-o-se-forma-para-tentar-sacar-auxa-lio-emergencial/478950>. Acesso em: 25 jul. 2020.

RELATOR propõe que atos de agentes públicos durante a pandemia sigam critérios científicos. *Notícias STF*, Brasília, 20 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788>. Acesso em: 28 ago. 2020.

SILVA, Romeu Faria Thomé da; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018.

TRINDADE DA SILVA, Gustavo Henrique. Regulação sanitária no Brasil: singularidades, avanços e desafios. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília, ENAP, 2006. p. 215-262.

UNITED NATIONS. *Our common future: report of the World Commission on Environment and Development*. Oslo: UN, 1987.

VENTURA, Deisy. *Direito e saúde global – o caso da pandemia gripe A (H1N1)*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.