



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CRISE DO FEDERALISMO: ANÁLISE DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS À LUZ
DA ADI Nº 6.341

Aline Pinho da Costa Val

Rio de Janeiro
2023

ALINE PINHO DA COSTA VAL

CRISE DO FEDERALISMO: ANÁLISE DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS À LUZ
DA ADI Nº 6.341

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professor Orientador:

Prof. Rafael Mario Iorio Filho

Coorientadora:

Prof^a. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2023

ALINE PINHO DA COSTA VAL

CRISE DO FEDERALISMO: ANÁLISE DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS À LUZ
DA ADI Nº 6.341

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação Lato
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2023. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro - EMERJ.

Convidada: Prof.^a Ana Paula Teixeira Delgado – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Rafael Mario Iorio Filho- Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Ao meu pai, meu anjo da guarda, e minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai que, mesmo não estando fisicamente presente, guia o meu caminho.

À minha mãe por acreditar no meu potencial e me dar suporte para seguir meus sonhos.

Ao meio noivo por me apoiar e me ensinar a conciliar os estudos e a vida social.

Aos meus avós, tios e primos, que sempre e vibram com minhas conquistas e estão presentes nos momentos difíceis.

Ao meu orientador, professor Rafael Mario Iorio Filho, por toda a disponibilidade, paciência e ajuda para a realização do trabalho. Você de forma carinhosa e gentil apontou os caminhos que eu poderia seguir, sem impor a sua opinião, me deixando livre.

À minha coorientadora professora Mônica Fetzner, que corrigiu com muita paciência e muito carinho cada detalhe do trabalho, sempre me direcionando na escrita e me acolhendo.

Aos amigos que fiz na EMERJ, que tornaram a minha caminhada mais leve.

“Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.”

Winston Churchill

SÍNTESE

O federalismo é a forma de estado que, por meio da descentralização do poder entre os entes, possibilita a gestão da coisa pública conforme os interesses locais e regionais, viabilizando o regime democrático. Diante disso, ganha relevo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.341, que ampliou a autonomia legislativa dos entes federativos no contexto da pandemia de COVID-19, reforçando as competências comuns e concorrentes. Tal posição gerou um movimento centrífugo na estrutura federativa brasileira, que merece exame, especialmente, por conta dos reflexos que pode gerar no modelo de repartição de competências adotado no país. Pretende-se, a partir da exposição dos fundamentos apontados pelos ministros em seus votos, apontar as consequências da decisão no âmbito do federalismo à brasileira, especialmente sob o prisma do equilíbrio entre os entes e da isonomia no tratamento dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Federalismo; ADI nº 6.341.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O FEDERALISMO NO BRASIL	12
1.1. O federalismo à brasileira.....	13
1.2. O federalismo como viabilizador da democracia e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.....	18
1.3. A crise pandêmica e as mazelas do modelo de repartição de competências	23
2. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.341	30
2.1 A percepção dos ministros sobre o federalismo brasileiro	34
2.2. A aplicação da Lei nº 8.080/1990 (Lei do Sistema Único de Saúde) como diretriz da repartição de competências.....	43
2.3. O dever de observar as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS).....	49
3. IMPACTOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI Nº 6341	54
3.1. A releitura do federalismo no contexto da política de enfrentamento à pandemia do coronavírus.....	56
3.2. Desequilíbrio entre os entes federativos	61
3.3. A quebra da isonomia no tratamento dos cidadãos brasileiros no federalismo à brasileira.....	67

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg – Agravo Regimental
AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo
Art. – Artigo
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
COVID-19 – Doença do coronavírus
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
HC – Habeas Corpus
Nº – Número
OMS – Organização Mundial da Saúde
P. – Página
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
Resp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o impacto causado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.341 que, com o intuito de solucionar o impasse existente na adoção de políticas para a contenção da pandemia, ampliou de forma significativa a autonomia concedida aos entes federativos, indicando um movimento centrífugo na estrutura federalista brasileira.

O trabalho, assim, justifica-se pela necessidade de reflexão sobre a decisão proferida pela Corte, na medida em que, a pretexto de resolver um impasse existente no contexto pandêmico, realizou uma releitura do federalismo brasileiro que pode acarretar o desequilíbrio entre os entes e a quebra da isonomia no tratamento dos cidadãos.

A fim de viabilizar uma discussão aprofundada sobre o tema, no primeiro capítulo do trabalho, é retratada a federação brasileira como forma de estado que, por meio da descentralização dos poderes, torna-se pressuposto para o regime democrático, possibilitando a gestão da coisa pública, conforme os interesses locais e regionais. Nesse sentido, expõe a repartição de competências como instrumento para a harmonização do exercício do poder entre os entes, especialmente sob o enfoque do ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo é analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 6.341, cujo objeto é o artigo 3º da Medida Provisória 926/2020, convertida na Lei nº 13.979, que violaria a autonomia dos entes federativos e a repartição de competências constitucionalmente prevista. O dispositivo questionado tratava dos seguintes temas: adoção de medidas de isolamento social e quarentena, restrição de locomoção internacional, interestadual e intermunicipal, competência do Presidente da República para dispor sobre serviços públicos e atividades essenciais e, ainda, restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos, atividades essenciais ou que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

A análise da decisão é realizada com base nos fundamentos dos votos proferidos pelos ministros que, no plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15/04/2020, referendaram a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio e deram interpretação conforme à Constituição ao §9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição dos entes federativos, o Presidente da República poderia dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Destaca-se que o tema é amplamente problemático, o que foi reconhecido pelos ministros na ocasião do julgamento, pois o federalismo adotado no Brasil, ao menos em tese, é

o federalismo cooperativo, que tem como pressupostos a coesão social e harmonia federativa para a adoção de soluções uniformes, o que garante, em última análise, segurança jurídica.

No terceiro capítulo, investiga-se os reflexos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI nº 6.341, uma vez que, ela contrariou a dinâmica centrípeta que vinha regendo o federalismo brasileiro, ou seja, deixou de centralizar as competências em torno da União, permitindo que os Estados e Municípios, por meio das competências concorrentes, oponham medidas de restrição, ainda que contrárias aos atos e normas do governo federal. Assim, possibilitou o “bloqueio” de normas ou atos federais que os entes reputem contrários à proteção da saúde.

Nesse capítulo também se questiona se a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal para a solução dos conflitos federativos no contexto da pandemia de COVID-19 foi a ideal. Isso, porque, ela deixa de dar uma unidade nacional às políticas a serem adotadas, o que seria esperado em um federalismo de cooperação. Em uma federação que possui muitas assimetrias, como é o caso da brasileira, a centralização busca evitar o caos na administração e gerenciar a coletividade, que é marcada por disputas e conflitos entre centros locais de poder.

A partir do acima narrado, conclui-se que a presente pesquisa tem como objetivo geral discutir, de maneira crítica, a decisão proferida pelo STF na ADI nº 6.341, abordando as suas consequências no federalismo à brasileira, que de forma pendular, enfrenta disputas entre a centralização e a descentralização do poder. Almeja-se, principalmente, expor o choque empírico causado pela pandemia de COVID-19, que expôs as mazelas do modelo de repartição de competências existente no Brasil.

Por fim, aponta-se que o trabalho se desenvolve por meio de uma pesquisa exploratória, que tem como objetivo a compreensão da forma federativa, do modelo de repartição de competências adotado na Carta Magna, bem como, os reflexos da pandemia nessa estrutura. Para viabilizar o conhecimento aprofundado do tema em foco, recorre-se a legislação, doutrina e jurisprudência.

A abordagem realizada é a qualitativa, apresentando os resultados através das percepções e análises da pesquisadora. Se busca expor a complexidade do tema e as nuances que envolvem o equilíbrio entre os entes federativos.

O procedimento de metodologia científica adotado na pesquisa é o de revisão bibliográfica, na medida em que, após a análise da bibliografia pertinente a temática, busca-se compreender o fenômeno em análise- impacto da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.341 no modelo de repartição de competências- de forma mais abrangente.

1. O FEDERALISMO NO BRASIL

O Estado federal é uma criação jurídico-política instituída pela Constituição federal, que consiste classicamente na reunião de dois tipos de entidades - a União e os estados membros. Ele se caracteriza pela autonomia dos entes e a união sólida e indissolúvel deles¹. Assim, na federação há uma unidade de soberania e pluralidade de autonomias.

De acordo com Michel Temer², são indispensáveis para a caracterização da federação: a descentralização política fixada na Constituição, também compreendida como a repartição de competências, a participação da vontade das ordens jurídicas parciais na ordem jurídica nacional e a existência de constituições locais. Para a manutenção do Estado federal, de acordo com o jurista³, seria necessária rigidez constitucional e a existência de um órgão que realize o controle de constitucionalidade das leis.

A descentralização política significa dar aos entes da federação capacidade política, ou seja, a possibilidade de elaborar comandos normativos⁴. Nas palavras de Michel Temer⁵:

A descentralização política significa a realidade de várias pessoas (entendidas como centros de imputação de direitos e deveres) investidas da função de dizer, por meio de regras gerais e abstratas, sobre tudo que importa a uma coletividade e que configura as suas competências.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988⁶ (CRFB/88) lança mão de uma “tarefa de laboriosa engenharia constitucional”⁷ que reparte competências entre os entes, buscando harmonizar o exercício do poder entre eles.

Já a participação das vontades parciais na vontade geral, é necessária para assegurar o equilíbrio da federação, na medida em que, impede que os estados defendam apenas os seus interesses⁸. O que se busca é a participação da manifestação da vontade regional na geral para a condução da federação. Isso é evidente no Brasil, pois há duas Câmaras, a dos representantes do povo e a dos representantes das unidades federadas. Ressalta-se, que para manter o equilíbrio

¹SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 102.

²TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 65.

³Ibid.

⁴Ibid., p. 64.

⁵Ibid., p. 60.

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

⁷Expressão utilizada por Raul Machado Horta para se referir aos mecanismos e técnicas de repartição de competências insculpidos nas constituições dos Estados federais. HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, nº 87, p. 5-22, jul./set. 1985.

⁸TEMER, op. cit., p. 63.

da federação, o Senado Federal conta com a participação paritária, possuindo todos os estados membros o mesmo número de representantes.

A elaboração de constituições pelos estados membros, por sua vez, atribui um fundamento de validade à normatividade local⁹. Nota-se que ela organiza o Poder Legislativo, Judiciário e Executivo próprio dos estados, de forma que, não há subordinação à manifestação de vontade externa à Região. Nessa perspectiva, a CRFB/88 só permite a discussão de matéria estadual local pelo Supremo Tribunal Federal, quando ela violar a Carta Maior.

No tocante aos requisitos para a manutenção do Estado federal, verifica-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, eles estão presentes. A CRFB/88 é rígida, impedindo a supressão dos comandos referentes à organização do estado tal qual uma federação, sendo impossível, por meio de reforma, torná-lo unitário. Tanto é assim, que a forma federativa de Estado foi alçada a categoria de cláusula pétrea no artigo 60, §4º¹⁰.

Observa-se que, também, há previsão nos comandos constitucionais de um órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Todos os integrantes do Poder Judiciário podem realizar o controle de constitucionalidade das leis diante dos casos concretos a eles apresentados. No entanto, o controle em tese da constitucionalidade das leis é reservado ao Supremo Tribunal Federal, órgão integrante do poder judiciário, que foi incumbido da competência originária para declarar inconstitucional lei em tese.

Dessa forma, é possível concluir que no ordenamento jurídico brasileiro encontram-se presentes os requisitos indispensáveis a caracterização de uma federação, bem como os requisitos necessários para a sua manutenção. Cumpre, assim, examinar quais as peculiaridades do federalismo brasileiro.

1.1. O federalismo à brasileira¹¹

A estrutura federalista surgiu no ordenamento jurídico brasileiro durante o período republicano, na vigência da Constituição de 1891¹². Tratava-se do chamado “federalismo dual”, caracterizado por um modelo rígido de repartição de competências, uma vez que, a Constituição Federal estabelecia as competências da União e aos Estado-membros cabiam as não

⁹Ibid., p. 65.

¹⁰BRASIL, op.cit., nota 6.

¹¹A expressão “federalismo à brasileira” é utilizada pelos juristas Rafael Mario Iorio Filho e Fernanda Duarte para fazer referência à dinâmica federalista no Brasil que se pauta na disputa entre a centralização e descentralização do poder.

¹²BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

elencadas¹³. Desde então, a forma federativa de Estado foi adotada em todas as constituições brasileiras¹⁴.

A Constituição de 1934¹⁵, inspirada no constitucionalismo europeu, especialmente pela Constituição de Weimar de 1919, inaugurou um federalismo cooperativo¹⁶. Essa constituição foi centralizadora, de forma que, muitas das competências administrativas e legislativas, antes atribuídas aos estados, foram transferidas para a União¹⁷.

O modelo da Constituição de 1934¹⁸ foi reproduzido formalmente na Constituição de 1937¹⁹. Assim, foram previstas competências privativas da União e exclusivas dos estados que podiam suplementar a legislação federal. Observa-se que se tratava de configuração apenas formal, pois diante da ditadura do Estado Novo a centralização política foi proeminente²⁰.

A fim de romper com a centralização política proveniente da ditadura do Estado Novo, sob a vigência da Constituição de 1946²¹, o país viveu período de democratização e o federalismo foi restaurado²². Os estados da federação passaram a atuar de forma mais destacada no cenário político, sendo asseguradas à União competências privativas e competências residuais aos Estados²³.

Com o advento do Golpe Militar de 1964, foi outorgada a Constituição de 1967²⁴, sendo instaurado um período de forte centralização política e autoritarismo da União federal²⁵. Foi mantido nominalmente o federalismo de segundo grau, com duas esferas de poder - União e Estados- sendo evidente a subordinação dos estados federados à União²⁶.

A partir de 1985, o Brasil iniciou a transição da ditadura civil militar para o regime democrático, sendo notória a pretensão de descentralização dos poderes da União para os

¹³CASSEB, Marcelo; PINTO, Ernani Varjal Medicis. *Estamos diante de um novo federalismo brasileiro?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/observatorio-constitucional-estamos-diante-federalismo-brasileiro>> Acesso em: 17 out. 2021.

¹⁴NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 605.

¹⁵BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 17 out. 2021.

¹⁶NOVELINO, op. cit., p. 605.

¹⁷IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. Reflexões sobre o federalismo à brasileira em tempos de pandemia da COVID-19. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 1049-1065, set./dez.2020.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁹BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 17 out. 2021.

²⁰IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

²¹BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 17 out. 2021.

²²NOVELINO, op. cit., p. 605.

²³IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

²⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

²⁵IORIO FILHO; DUARTE, op.cit.

²⁶Ibid.

estados, em decorrência da crise do modelo estatal centralizador²⁷. Buscava-se um equilíbrio entre os entes federativos, o poder central e os poderes regionais, como forma de se preservar os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988²⁸, atendendo aos anseios de maior eficiência na administração da coisa pública, estabeleceu em seu artigo 1º que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Dessa forma, o modelo de estado adotado foi o Estado Social e Democrático de Direito, cabendo ao Estado federal brasileiro realizar políticas públicas para garantir prestações positivas estatais.

Nesse sentido, a descentralização do poder seria o caminho para a maior eficácia na prestação dos serviços públicos e funcionamento da administração. Para viabilizar isso, de forma inovadora, alçou-se o município a ente autônomo da federação²⁹, rompendo com dualismo da clássica estrutura federativa que apenas considerava duas esferas de governo, a União e os Estados.

Ressalta-se que a forma federativa do Estado brasileiro não se confunde com a do modelo alemão ou estadunidense³⁰. De acordo com Leonam Liziero³¹, o Estado brasileiro possui uma forma de federalismo historicamente centralizador ainda que existam momentos de descentralização, como durante a vigência da Constituição de 1946³².

O federalismo é entendido como essencial no Estado brasileiro e limite do Poder Constituinte Derivado, já que há proibição de reforma constitucional para abolir a forma federativa³³. No entanto, para muitos, a distribuição das competências, tal qual proposta na CRFB/88, não demonstra tendência descentralizadora. Na realidade enfatiza a predominância das competências da União, a tradição de força centrípeta³⁴.

Nesse sentido, Raul Machado Horta³⁵ ensina que “A decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado Federal para determinar os graus de centralização e descentralização do poder federal”.

²⁷LIZIERO, Leonam. *Estado federal no brasil a descentralização pela assimetria*. 2. ed..Andradina: Meraki, 2021. [e-book]

²⁸BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁹José Afonso da Silva entende que a CRFB/88 não alçou os Municípios a categoria de ente federativo. Isso porque eles não têm representação no Senado Federal e nem Poder Judiciário próprio.

³⁰LIZIERO, op. cit.

³¹Ibid.

³²BRASIL, op. cit., nota 20.

³³LIZIERO, op. cit.

³⁴Ibid.

³⁵HORTA, op. cit., p. 7.

Na CRFB/88, a repartição das competências foi realizada lançando-se mão da técnica de poderes enumerados à União e dos poderes remanescentes aos Estados, com a possibilidade de delegação daqueles³⁶. Somada a essa técnica, há a previsão de competências comuns e concorrentes. No tocante as competências concorrentes, a União deve elaborar normas gerais e os Estados legislar suplementarmente, podendo os Municípios tratarem sobre temas de interesse local.

É possível separar as competências em materiais e legislativas. As competências materiais podem ser exclusivas da União, comuns entre União, Estado, Distrito Federal e Municípios ou exclusivas dos Estados. As competências legislativas, por sua vez, podem ser, exclusivas dos Estados, privativas da União e concorrentes entre União, Estados e Distrito Federal.

As competências materiais da União estão previstas no rol do artigo 21 da CRFB/88³⁷ e envolvem assuntos da administração do estado e da condução do governo. O artigo possui vinte e cinco incisos que tratam tanto de temas muito relevantes para a nação quanto de temas menos relevantes e mais específicos.

Já o artigo 23 da CRFB/88³⁸, que trata das competências materiais comuns da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, possui apenas onze incisos. Isso revela a menor possibilidade de ação dos entes em comparação com a União.

No que tange as competências legislativas, o artigo 22 da CRFB/88³⁹ atribui a União competência para editar normas gerais que tratam não só de assuntos da federação, mas, especialmente, da uniformização do direito nos ordenamentos jurídicos estaduais⁴⁰. Ressalta-se que importantes temas estão sob responsabilidade de União como, por exemplo, direito civil, processual penal, direito eleitoral e sistema monetário.

Sob o ponto de vista tributário, a CRFB/88 por meio das competências tributárias atribuiu a União uma possibilidade muito maior de arrecadação, o que contribui também para uma centralização do sistema federativo⁴¹. Isso torna-se evidente quando se verifica que das cinco espécies tributárias existentes no ordenamento jurídico brasileiro, só podem ser instituídas por todos os entes federativos três⁴², quais sejam, impostos, taxas e contribuições de

³⁶LIZIERO, op.cit.

³⁷BRASIL, op.cit., nota 6.

³⁸Ibid.

³⁹Ibid.

⁴⁰LIZIERO, op.cit.

⁴¹ Ibid.

⁴²O artigo 145 da CRFB/88/88 dispõe sobre os tributos que podem ser instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

melhoria. Destaca-se, ainda, que dos treze impostos previstos na Carta Maior, sete⁴³ são de competência da União.

Com base nisso, Marta Arretche⁴⁴ defende que, a repartição de competências, tal qual foi feita na CRFB/88 e a reforma fiscal dos anos 1990, atribuíram um caráter centralizador ao federalismo brasileiro.

Nesse sentido, sustenta que os constituintes não visavam construir um Estado federativo em que os governos subnacionais possuíssem autoridade exclusiva para legislar e executar as suas próprias políticas. As regras relativas ao relacionamento das esferas subnacionais e o governo federal favorecem as elites políticas instaladas no centro, limitando a oportunidade de veto das elites dos governos subnacionais. Isso propiciaria, em última análise, a expansão da autoridade da União em detrimento da dos governos subnacionais. Em suas palavras: “No Brasil, o *trade-off* entre centralização da autoridade e desigualdade de resultados foi resolvido em favor do primeiro”⁴⁵.

Sobre o tema Leonam Baesso da Silva Liziero⁴⁶ preconiza que o texto constitucional não formou um Estado federal descentralizado e sim uma federação centralizadora. No Brasil há um movimento centrípeto em relação aos poderes e centrífugo em relação a execução de políticas planejadas pelo governo federal⁴⁷.

Sob outra ótica, a fim de explicar a centralização do federalismo brasileiro, Fernando Luiz Abrucio⁴⁸ aborda o “federalismo estadualista” que, segundo ele, teria surgido a partir da Constituição de 1988, com a redemocratização. Considerando a dinâmica de repartição de competências implementada, os executivos estaduais e, notadamente, os governadores teriam se fortalecido no campo político e econômico, ao passo que a União teria se enfraquecido nesses campos⁴⁹.

Esse federalismo estadualista teria impedido a cooperação nas relações entre os entes federativos, permitindo a hegemonia de grupos de estados no plano político nacional e

⁴³O artigo 153 da CRFB/88/88 dispõe que compete à União instituir impostos sobre a importação de produtos estrangeiros, exportação de produtos nacionais ou nacionalizados, renda e proventos de qualquer natureza, operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a valores mobiliários, propriedade territorial rural e grandes fortunas.

⁴⁴ARRETHCE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV; Fiocruz, 2012. [e-book]

⁴⁵Ibid.

⁴⁶LIZIERO, op. cit.

⁴⁷ARRETHCE, op. cit.

⁴⁸ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação*. São Paulo: Hucitec Departamento de Ciência Política USP, 1998, p. 201.

⁴⁹Ibid.

mecanismos de compensação financeira regional⁵⁰. Ele gerou um “federalismo antifederativo”⁵¹.

Ademais, esse poder exacerbado dos estados no cenário federativo teria proporcionado um relacionamento intergovernamental defensivo e predatório, fragilizando de forma significativa o Governo Federal, sendo obstáculo para a formação de alianças para a tomada de decisões vitais⁵². Assim, ao invés de promover a democracia em níveis estaduais e municipais, o sistema federativo implementado pela CRFB/88 não permitiu a elaboração e execução de políticas públicas⁵³.

Nesse contexto, a centralização do federalismo brasileiro, a partir dos anos 1990, teria se apresentado como uma solução para os problemas causados pelo “federalismo estadualista”.

Nota-se que historicamente o federalismo no Brasil oscila entre a centralização e a descentralização, em um movimento pendular. Conforme a distribuição de poder se configura no cenário nacional, observa-se que há o reforço das competências comuns e concorrentes ou o prestígio da competência da União para a regulação de temas de interesse da nação.

Sendo assim, cumpre examinar em que medida essa dinâmica do federalismo brasileiro é óbice a promoção dos direitos fundamentais, uma vez que, o federalismo insculpido na CRFB/88 é o do Estado Democrático de Direito e, assim, pressupõe a cooperação entre as unidades federativas, o que se opõe a ideia de centralização.

1.2. O federalismo como viabilizador da democracia e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

A federação é uma forma de estado que, por meio da descentralização dos poderes, torna-se pressuposto para o regime democrático, possibilitando a gestão da coisa pública conforme os interesses locais e regionais⁵⁴.

De acordo com Luiz Fernando Abrucio⁵⁵, a descentralização e a democratização estão intrinsecamente ligadas, uma vez que, a proximidade entre os cidadãos e os governos possibilita

⁵⁰Ibid.

⁵¹Expressão utilizada por Fernando Luiz Abrucio para designar uma das consequências do “federalismo estadualista”, que ampliou de forma significativa o poder dos governadores após a redemocratização.

⁵²ABRUCIO, op. cit., p. 202.

⁵³ABRUCIO apud LIZIERO, op. cit.

⁵⁴IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

⁵⁵ABRUCIO, Fernando Luiz. Descentralização e coordenação federativa no Brasil: lições dos anos FHC. In: _____; LOUREIRO, Maria Rita Garcia (Org.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC - parte 2*. Brasília: Sages, 2002, v., p. 10.

o *accountability*⁵⁶ do sistema político, já que, favorece a disseminação de informações e criação de canais de debates. Sustenta o autor, ainda, que as formas de democracia semidireta também são propiciadas pela descentralização.

Influenciada pelo movimento de redemocratização a CRFB/88 concretizou um sistema democrático federativo no país e institucionalizou uma agenda de políticas sociais pautada pela universalização, igualdade de acesso, bem como, pela descentralização. Havia uma crença existente no âmbito da Assembleia Constituinte de que a descentralização do estado significaria democratização⁵⁷.

Nesse sentido, para atender aos anseios democráticos, a CRFB/88 buscou transferir para os entes federativos, por meio de competências comuns, decisões e a execução de políticas públicas. A transferência era justificada pela ideia de que estados e municípios seriam mais permeáveis às demandas da população e mais suscetíveis à fiscalização da sociedade civil⁵⁸.

Ocorre que, em um primeiro momento, a repartição de competências, tal qual implementada pela Carta Maior, tornou-se um óbice aos ditames de universalização e igualdade de acesso à direitos fundamentais, especialmente no contexto de crise financeira dos estados e diante do rol de competências comuns implementado no artigo 23⁵⁹. Foram alçadas a categoria de competência comum entre os entes a saúde pública, a defesa do patrimônio histórico, o acesso à cultura, a proteção do meio ambiente, a promoção da moradia digna, o combate à pobreza, dentre outras.

Nesse contexto, foi formado um “federalismo compartimentalizado”, extremamente prejudicial, conforme destaca Fernando Luiz Abrucio⁶⁰:

O principal problema da descentralização ao longo da redemocratização foi a conformação de um *federalismo compartimentalizado*, em que cada nível de governo procurava encontrar o seu papel específico e não havia incentivos para o compartilhamento de tarefas e a atuação consorciada.

(...)

O federalismo compartimentalizado é o mais perverso no terreno das políticas públicas, já que em uma federação, como bem mostrou Paul Pierson, o entrelaçamento dos níveis de governo é a regra básica na produção e gerenciamento de programas públicos, especialmente na área social.

⁵⁶O termo *accountability* é utilizado pelo autor Luiz Fernando Abrucio como sinônimo de fiscalização pelos cidadãos do sistema político.

⁵⁷FRANZESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando. Luiz. A combinação entre federalismo e as políticas públicas no pós-1988: os resultados nas áreas de saúde, assistência social e educação. In: ROCHA, Márcia Cristina Gomes da (Org.). *Reflexões para Ibero-América: avaliação de programas sociais*. Brasília: ENAP, 2009, p. 25-42.

⁵⁸Ibid.

⁵⁹BRASIL, op.cit., nota 6.

⁶⁰ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, nº. 24, p. 41-67, jun.2005.

O federalismo compartimentalizado, foi responsável pelo “jogo de empurra”⁶¹ instaurado entre os entes federativos, uma vez que, o rol de competências comuns provocou uma indefinição de responsabilidades⁶². Todos os entes tinham competências sobre determinados temas, mas não queriam por eles se responsabilizar. Restou aos municípios a incumbência de promover políticas sociais em áreas diversas⁶³.

A assunção pelo município de papel de destaque na promoção de políticas sociais desencadeou uma maior articulação e impulsionou os municípios para a obtenção de mais recursos e mais autonomia para gerir suas competências. Assim, investir no aumento da arrecadação própria por meio do fomento de atividades econômicas, foi uma das saídas para o aumento a receita municipal⁶⁴.

Diante disso, seguindo a tradição das federações democráticas no momento de formação do *Welfare State*, a União, a fim de retomar o seu poder, diante da fragmentação das políticas sociais, passou a buscar formas de incremento financeiro e de promoção de políticas⁶⁵. A União, fortalecida, pôde estabelecer padrões e programas nacionais aos quais os estados e municípios deveriam se conformar.

Sendo assim, ao invés de centralizar a promoção dos direitos fundamentais por meio da execução de políticas públicas, a União induziu a universalização delas pela descentralização⁶⁶. A tônica adotada foi a de coordenação entre os entes já que ao governo central não interessou se responsabilizar pelas políticas públicas, mas sim “implementar as diretrizes federais por meio da ação subnacional”⁶⁷.

A estratégia adotada pautou-se na transferência de recursos e da gestão de parte das políticas sociais para os estados e municípios, para que pudessem assumir a responsabilidade sobre as redes de prestação de serviço e realizar investimentos nelas⁶⁸. Assim, como consequência, emergiu um federalismo progressivamente cooperativo, baseado em processos de decisão conjunta, com compartilhamento de responsabilidades e custos.

De acordo com Marta Arretche⁶⁹, no contexto do federalismo brasileiro, a União, ao normatizar as políticas executadas pelos governos subnacionais, buscou estabelecer regras

⁶¹Expressão utilizada por Luiz Fernando Abrucio para designar o movimento dos entes federativos, que se eximiam do exercício das competências concorrentes no tocante a promoção de políticas públicas, atribuindo a outro ente a responsabilidade, ou seja, a “empurrando”.

⁶²FRANZESE; ABRUCIO, op. cit.

⁶³Ibid.

⁶⁴Ibid.

⁶⁵Ibid.

⁶⁶Ibid.

⁶⁷Ibid.

⁶⁸Ibid.

⁶⁹ARRETCHE, op. cit.

homogêneas. Nesse sentido, haveria uma convergência em torno das regras federais que seria maior quando presentes dois requisitos: a constituição obrigando comportamentos dos governos subnacionais e a União controlando os recursos, induzindo as escolhas dos governos. Preenchidos os requisitos, a capacidade de coordenação federal das políticas executadas pelos governos subnacionais aumentaria e conseqüentemente os resultados seriam mais homogêneos. Assim “[...] os efeitos centrífugos não são diretamente derivados da fórmula federativa, mas mediados pelo modo como a execução local e instrumentos de regulação federal estão combinados [...]”⁷⁰.

A propósito, merece destaque a regulação federal das políticas setoriais, notadamente no âmbito da saúde, já que, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), a União coordena as ações dos entes federados.

A CRFB/88 no art. 196⁷¹ consagrou que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas. Para viabilizar a consecução do direito social pelo Estado, estabeleceu no art. 198⁷² que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

No Brasil, vem sendo construído um sistema nacional de saúde universal, público e gratuito, especialmente após a regulamentação do SUS pela Lei nº 8.080/1990⁷³. De acordo com o artigo 1º do diploma legal, o SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da administração direta e indireta e das fundações.

São princípios doutrinários do SUS a universalização, a equidade e a integralidade⁷⁴. A universalização do sistema de saúde baseia-se na concepção de que o direito à saúde é um direito de cidadania e cabe ao Estado assegurá-lo, garantindo o seu acesso a todas as pessoas⁷⁵. A equidade, por sua vez, consiste na tentativa de redução de desigualdades a partir do tratamento diferenciado, considerando que as pessoas têm necessidades distintas⁷⁶. Já a

⁷⁰Ibid.

⁷¹BRASIL, op. cit., nota 6.

⁷²Ibid.

⁷³BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 31 out. 2021.

⁷⁴BRASIL. Ministério da Saúde. *Princípios do SUS*. Disponível em: <<https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁷⁵Ibid.

⁷⁶Ibid.

integralidade, é a integração das ações de promoção, prevenção de doenças, tratamento e reabilitação para atender às necessidades da população como um todo⁷⁷.

Para viabilizar a promoção do direito à saúde, o SUS tem estrutura pautada na regionalização e hierarquização, na descentralização e comando único e, ainda, na participação popular⁷⁸. A regionalização e hierarquização permitem o comando unificado dos serviços de saúde existentes, possibilitando o acesso aos que atendam às necessidades dos usuários⁷⁹. A participação popular consiste na possibilidade da sociedade participar do sistema por meio de Conselhos e Conferências de Saúde⁸⁰. A descentralização e o comando único, consistem na distribuição de poder e responsabilidade entre os três níveis de governo para a prestação de serviços de saúde com maior qualidade, controle e a fiscalização pelos cidadãos⁸¹.

Observa-se que para implementar o SUS a União buscou a adesão dos governos subnacionais. A estratégia adotada para a adesão massiva dos estados e municípios pautou-se na oferta de recursos e garantia do repasse das verbas, somada à motivação pelo impacto que a universalização do serviço público de saúde causa na base eleitoral dos entes subnacionais⁸².

Assim, a União se encarregou de formular a política nacional de saúde e coordenar as ações intergovernamentais. Nesse sentido, os estados e municípios submetem-se a autoridade do Ministro da Saúde, a quem incumbe definir as normas nacionais do sistema, poder de gasto e realizar transferências de recursos quando os titulares dos governos subnacionais adotam as políticas determinadas⁸³. Observa-se, portanto, que a União mantém o seu poderio para influenciar as decisões dos entes e a sua agenda.

Destaca-se que para viabilizar a universalização pela descentralização, a União lança mão de portarias para coordenar as políticas públicas de saúde. Nesse sentido, os critérios de rateio condicionados à adesão das políticas preconizadas, permitem uniformidade nas prioridades adotadas pelos governos locais⁸⁴. Ademais, o poder normativo exercido por meio das portarias induz os governos locais a adotarem alguns tipos de programas como, por exemplo, atenção básica à saúde, contratação de médicos e enfermeiros, cobertura vacinal etc.

Com efeito, os entes subnacionais, especialmente os municípios, mesmo que seguindo regras do governo federal, se fortalecem no contexto federativo⁸⁵. A sua atuação na área de

⁷⁷Ibid.

⁷⁸Ibid.

⁷⁹Ibid.

⁸⁰Ibid.

⁸¹Ibid.

⁸²ARRETCHE, op. cit.

⁸³Ibid.

⁸⁴Ibid.

⁸⁵FRANZESE; ABRUCIO, op. cit.

saúde, institucionaliza a prestação dos serviços públicos, torna difícil a retomada da competência pelo governo central e processos de mudança unilateralmente determinados⁸⁶.

Ressalta-se que a atuação coordenadora da União sobre os entes subnacionais não pode ferir os princípios básicos do federalismo. Logo, devem ser formadas redes federativas e não hierarquias centralizadoras, o que é viabilizado por meio da participação dos entes nos processos decisórios⁸⁷.

Isso se dá no âmbito do SUS pois são criados espaços de representação e pactuação com a participação de gestores municipais, estaduais e federais para a tomada de decisões sobre a política nacional de saúde. Esses espaços favorecem uma “coordenação federativa horizontal”⁸⁸ e, conseqüentemente, contribuem para o sucesso da descentralização⁸⁹.

O modelo cooperativo, portanto, contribui para a simetria dos entes federativos e, conseqüentemente, para o equilíbrio da federação, permitindo a promoção e gerenciamento das políticas sociais e viabilizando a implementação dos direitos fundamentais.

1.3. A crise pandêmica e as mazelas do modelo de repartição de competências

A pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) tomou contornos globais, sobretudo após o reconhecimento de que se tratava de uma emergência de saúde pública de importância internacional, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020⁹⁰.

Diante desse cenário, em 06 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei nº 13.979/20⁹¹ que dispõe sobre as medidas para o enfrentamento do surto de coronavírus no Brasil. O diploma legal, em seu artigo 3º, previu a possibilidade de adoção de medidas de isolamento, de quarentena e a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação, bem como, tratamentos médicos específicos.

Mesmo após a edição da lei, no entanto, as medidas de enfrentamento à COVID-19 no país não se mostraram uniformes. Houve uma proliferação de diplomas normativos editados pelos entes estaduais e municipais restringindo direitos constitucionalmente previstos e

⁸⁶Ibid.

⁸⁷ABRUCIO, op. cit., 2005.

⁸⁸FRANZESE; ABRUCIO, op. cit.

⁸⁹ABRUCIO, op. cit., 2005.

⁹⁰ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Histórico da pandemia de COVID-19*. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁹¹BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

invadindo competências reservadas à União⁹². Observou-se, inclusive, a vedação completa de atividades econômicas em determinados Estados e Municípios, o que contrastou com a ampla liberdade garantida em outros.

Assim, surgiram impasses no tocante a competência dos entes federativos no combate à crise e na proteção à saúde. Esses impasses ecoaram em um cenário de polarização política, tendo em vista que, alguns entes federativos apoiavam medidas mais restritivas e outros a flexibilização das restrições estatais.

A fragmentação instalada no país por conta da pulverização de decisões políticas e atos normativos entre os entes federativos no combate à pandemia de COVID-19 acarretou insegurança jurídica, desigualdade no tratamento entre os cidadãos e indicou a falta de harmonização da federação brasileira⁹³.

Nesse contexto, a fim dar contorno semelhante às medidas de combate a pandemia no país, em 20 de março de 2020, foi editada a Medida Provisória nº 926⁹⁴. Dessa forma, foram acrescentados ao art. 3º da Lei nº 13.979/20⁹⁵ §8º, §9º, §10º e § 11º, que versam sobre as medidas de restrição e resguardam o exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades reputadas essenciais.

Retratando a polarização política no tocante à gestão da pandemia, observa-se que o art. 3º, § 9º inserido pela Medida Provisória nº 926 na Lei nº 13.979/20 relegou a classificação dos serviços públicos e atividades essenciais a decreto presidencial. Tal disposição contrasta com o art. 3º, §1º da Lei nº 13.979/20 que determina que as medidas de enfrentamento à pandemia deverão se basear em evidências científicas e na análise de informações estratégicas de saúde⁹⁶.

Logo, nota-se que apesar das disposições constitucionais de repartição de competências no tocante a gestão da pandemia, em especial, em matéria de saúde, a tensão entre

⁹²RAMOS, E. M. B. .; RAMOS, P. R. B. .; COSTA, L. L. S..Pandemia e federalismo: reflexões sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal na apreciação de conflitos de competência entre os entes federativos no enfrentamento à COVID-19. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, Rio de Janeiro, v. 1, n.º 1, p. 46–61, 2020. Disponível em: <<https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/7>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁹³IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

⁹⁴BRASIL. *Medida provisória nº 926*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <[⁹⁵BRASIL, op. cit., nota 89.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2020/Mpv/mpv926.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20926%2C%20DE%2020%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202020&text=A%20Lei%20n%C2%BA%2013.979,import%C3%A2ncia%20internacional%20decorrente%20do%20coronav%C3%ADrus.>. Acesso em: 14 nov. 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁹⁶MAFFINI, Rafael. COVID-19: análise crítica da distribuição de constitucional de competências. *Revista de Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 12, n.º 01, p. 353-378, 2021. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702/33142>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

os entes federativos impediu a observância dos limites no exercício das competências legislativas e administrativas⁹⁷.

A Constituição de 1988 adotou como critério orientador da repartição de competências o princípio da predominância do interesse⁹⁸. Logo, a competência para tratar de assuntos de interesse nacional ou geral foi atribuída à União, ao passo que a competência para tratar de assuntos de interesse predominantemente local foi atribuída aos Municípios⁹⁹. Aos Estados foi atribuída competência para tratar de assuntos de interesse regional e ao Distrito Federal assuntos de interesse regional e local¹⁰⁰.

Entretanto, o tema repartição de competências é de extrema complexidade pois o critério da predominância de interesses não é suficiente para solucionar todos os problemas dela oriundos. Há temas que envolvem interesse equivalente dos entes federativos, sendo difícil, na prática, delimitar o exercício das competências. Nesse sentido, José Afonso da Silva¹⁰¹ defende:

Acontece que, no Estado-moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local. Muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles.

A fim de orientar a repartição de competências, a Constituição Federal de 1988 utilizou quatro critérios: campos específicos de competência legislativa e administrativa, a possibilidade de delegação de certas competências legislativas federais, competências administrativas comuns e competências legislativas concorrentes¹⁰².

No tocante aos campos específicos de competência legislativa e administrativa, a Carta Magna adotou uma repartição horizontal de competências, ou seja, uma distribuição de competências de mesmo nível hierárquico entre os entes da federação¹⁰³. Assim, foram atribuídos poderes enumerados à União e aos Municípios e poderes remanescentes ou residuais aos Estados-membros. O Distrito Federal assumiu as competências estaduais e municipais.

De acordo com o modelo de repartição horizontal de competências, o fundamento imediato de validade das leis federais, estaduais, municipais e distritais é a Constituição Federal,

⁹⁷Ibid.

⁹⁸NOVELINO, op. cit., p. 605.

⁹⁹Ibid.

¹⁰⁰Ibid., p. 606.

¹⁰¹SILVA, op. cit., p. 482.

¹⁰²NOVELINO, op. cit., p. 606.

¹⁰³Ibid., p. 607.

inexistindo hierarquia entre elas¹⁰⁴. Logo, diante de conflito entre normas editadas por entes federativos diversos deve-se atentar à competência a ele atribuída.

Já em relação a possibilidade de delegação, a Constituição Federal permitiu que a União, por meio de lei complementar, autorize os Estados a legislar sobre matérias específicas de sua competência¹⁰⁵. A delegação não impede a retomada da competência pela União por revogação feita por meio de lei complementar¹⁰⁶.

A Constituição de 1988 tratou, ainda, das competências administrativas comuns, ou seja, das áreas de atuação administrativa que competem a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Para a viabilização do exercício das competências comuns, a Emenda Constitucional nº 53/06¹⁰⁷ estabeleceu que deveriam ser criadas normas para a cooperação entre os entes federativos, garantindo unidade e uniformidade nas políticas adotadas.

Observa-se que a Carta Maior conjugou o modelo de repartição horizontal de competências com o de repartição vertical de competências¹⁰⁸. Assim, foram criados “condomínios legislativos” e se estabeleceu que a legislação federal deveria conter normas gerais, diretrizes, que seriam preenchidas pela legislação estadual, conforme as peculiaridades dos entes. A inexistência de lei federal estabelecendo as normas gerais autoriza o exercício da competência legislativa plena pelos estados até o surgimento da lei federal, que pode suspender eficácia da lei estadual no que a contrariar¹⁰⁹.

Nesse sentido, a União, no exercício de sua competência legislativa, conforme disposto no art. 24, XII da CRFB/88¹¹⁰, editou normas gerais para o enfrentamento à pandemia de COVID-19. Isso restou evidenciado pela edição da Lei nº 13.979/20 que versa sobre medidas que podem ser adotadas para o combate a pandemia, inclusive pelos gestores locais de saúde.

Assim, a União realizou bloqueio das competências legislativas dos outros entes federativos, uma vez que, editou da norma geral para a defesa da saúde. As normas gerais editadas pela União fazem com que o direito federal/nacional prevaleça sobre o estadual, distrital ou municipal, suspendendo a sua eficácia no que as contrariar¹¹¹.

¹⁰⁴Ibid.

¹⁰⁵Ibid., p. 608.

¹⁰⁶Ibid.

¹⁰⁷BRASIL. *Emenda Constitucional nº 53*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm>. Acesso em: 15 nov. 2021.

¹⁰⁸NOVELINO, op. cit., p. 609.

¹⁰⁹Ibid., p. 610.

¹¹⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

¹¹¹MAFFINI, op. cit.

Rafael Maffini¹¹² defende que no contexto do enfrentamento à pandemia de COVID-19 o fenômeno de bloqueio de competências legislativas deu ensejo a duas consequências, quais sejam, a antijuridicidade das regras estaduais, municipais e distritais e a perda de eficácia das referidas regras.

A antijuridicidade ocorre, pois, considerando que a União tem competência para a produção de normas gerais sobre o tema saúde, não podem os Estados, Distrito Federal e Municípios se imiscuírem nessa seara, editando normas supervenientes contrárias às gerais. Dessa forma, caso sejam editadas normas posteriores a Lei nº 13.970/20 que com ela conflitem, serão reputadas inconstitucionais.

No que tange a perda de eficácia das regras contidas na legislação estadual, distrital ou municipal, percebe-se que a Lei nº 13.970/20, na qualidade de lei geral, suspende a eficácia das leis estaduais, distritais e municipais editadas em sentido diverso, conforme depreende-se do art. 24, § 4º da CRFB/88¹¹³. Ressalta-se que apesar de não haver menção expressa no artigo à suspensão da eficácia de norma municipal contrária à norma federal ou estadual, esse entendimento deve prevalecer, conforme ensina Gilmar Mendes¹¹⁴.

Diante disso, verifica-se que a edição de normas gerais pela União para o enfrentamento da COVID-19, em tese, poderia garantir a harmonização e unidade das medidas adotadas pelos entes federativos diante do cenário de crise.

Ocorre que, a falta de sintonia política impediu o exercício das competências pelos entes federativos de forma coordenada, visando o desenvolvimento de medidas para assegurar a proteção à saúde da população brasileira. Nesse sentido, merece análise a competência administrativa dos entes, que também foi exercida de forma descoordenada, acarretando insegurança jurídica e quebra da isonomia no tratamento entre os cidadãos.

Apesar dos entes federativos sofrerem um bloqueio de suas competências legislativas pela edição de norma superveniente pela União tratando sobre o tema saúde em sentido diverso, deve-se reconhecer que permanecem com competência administrativa comum para a execução das medidas de combate a pandemia¹¹⁵. Nesse sentido os artigos 23, II, e 196 da CRFB/88¹¹⁶, reforçam o entendimento de que a saúde está no rol de competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹¹²Ibid.

¹¹³BRASIL, op. cit., nota 6.

¹¹⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 843.

¹¹⁵MAFFINI, op. cit.

¹¹⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

No exercício da competência administrativa comum, os entes devem observar o disposto nas normas gerais editadas pela União, ou seja, devem sujeitar-se a Lei nº 13.979/20. Assim não podem fazer uso de outros instrumentos de enfrentamento à pandemia senão os previstos em lei e nem ampliar ou restringir as medidas previstas no diploma normativo¹¹⁷.

Os entes federativos podem, entretanto, no exercício da competência administrativa comum, sob a égide do poder de polícia administrativa, editar normas legais e infralegais para a consecução da proteção à saúde, conforme os ditames da norma geral editada pela União¹¹⁸. É possível a edição de normas administrativas, gerais ou abstratas, ou de normas com efeitos concretos e destinatários específicos.

O exercício da competência administrativa pelos entes fez surgir inúmeros problemas no contexto pandêmico. Isso se deu porque os entes federativos no exercício da competência administrativa comum impuseram restrições diversas sobre uma mesma atividade. Nesse cenário, observou-se que o Estado-membro por vezes autorizava atividade econômica ao passo que Município situado na sua circunscrição territorial a vedava¹¹⁹.

A fim de solucionar esses conflitos Rafael Maffini¹²⁰ sugere que seja aplicado o art. 23, parágrafo único da CRFB/88¹²¹. Assim sustenta que se deve recorrer a leis complementares que disciplinam a cooperação entre os entes federativos para a solução dos impasses no exercício das competências administrativas. No entanto, o autor reconhece que tal proposição não é aplicável no contexto da pandemia de COVID-19 pois ainda não existem normas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Diante disso, sugere a utilização sucessiva de critérios decisórios que permitiriam, em situações de conflito entre as medidas de enfrentamento à COVID-19, identificar a preponderância de interesses. São apontados como critérios decisórios: maior embasamento em evidências científicas e em análises sobre informações estratégicas em saúde, a maior compatibilidade das medidas impostas com as realidades regionais ou locais e a maior restrição em prol da saúde e da proteção da coletividade.

Ressalta-se que a utilização dos critérios elencados não subtrai dos entes federativos a autonomia administrativa ou competência material concorrente prevista no art. 23, II da CRFB/88¹²². Ainda que haja predominância da restrição determinada por um dos entes

¹¹⁷MAFFINI, op. cit.

¹¹⁸Ibid.

¹¹⁹Ibid.

¹²⁰Ibid.

¹²¹BRASIL, op. cit., nota 6.

¹²²Ibid.

federativos, é preservado o modo de executar o resguardo ou funcionamento de atividade essencial dos outros¹²³.

Evidente, assim, que é necessário compatibilizar o exercício das competências legislativas e administrativas pelos entes na falta de uma interpretação clara sobre as regras estabelecidas na Constituição Federal. A repartição de competências tal qual positivada torna complexa a solução das controvérsias, especialmente no cenário da pandemia de COVID-19, em que o federalismo cooperativo sanitário brasileiro falhou, se demonstrando frágil e incapaz de lidar com o imediatismo e as pressões políticas existentes no contexto da crise.

¹²³MAFFINI, op. cit.

2. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.341

Em 23 de março de 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341¹²⁴ para que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 3º, *caput* e incisos I, II e VI e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11 da Lei Federal nº 13.979¹²⁵, de 6 de fevereiro de 2020, com redação dada pela Medida Provisória nº 926¹²⁶, de 20 de março de 2020.

O autor da ação constitucional pleiteou, também, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do Decreto nº 10.282¹²⁷, de 20 de março de 2020, que regulamentou a Lei Federal nº 13.979/20¹²⁸, definindo os serviços públicos e atividades essenciais a serem preservadas no enfrentamento da pandemia de coronavírus. Observa-se que o decreto foi editado pelo Presidente da República no uso da atribuição conferida pelo art. 84, IV da CRFB/88¹²⁹ e para atender ao disposto no § 9º do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/20¹³⁰, com redação dada pela Medida Provisória nº 926/20¹³¹.

Dessa forma, nota-se que os dispositivos impugnados por meio da ADI versam sobre a as medidas que podem ser adotadas pelas autoridades para a proteção da coletividade diante do surto de coronavírus, emergência de saúde pública de importância internacional que impõe a atuação dos entes federativos na tutela do direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, o artigo 3º, *caput*¹³², apresenta rol exemplificativo das medidas que as autoridades podem adotar, no âmbito de suas competências, para o enfrentamento da pandemia. Destacam-se as medidas elencadas nos incisos I, II e VI, quais sejam, isolamento, quarentena, restrição excepcional ou temporária de rodovias, portos e aeroportos de entrada e saída no país e os que permitem locomoção interestadual e intermunicipal.

O §8º do dispositivo em comento, explicita que as medidas adotadas pelas autoridades no enfrentamento da pandemia de coronavírus devem visar resguardar o exercício e

¹²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6341*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

¹²⁵BRASIL. *Lei Federal nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 15 de jan. 2022.

¹²⁶BRASIL. *Medida Provisória nº 926*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

¹²⁷BRASIL. *Decreto nº 10.282*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

¹²⁸BRASIL, op. cit., nota 123.

¹²⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

¹³⁰BRASIL, op. cit., nota 123.

¹³¹BRASIL, op. cit., nota 124.

¹³²BRASIL, op. cit., nota 123.

funcionamento das atividades essenciais e dos serviços públicos. Nesse sentido, de acordo com o § 9º, caberia ao Presidente da República, mediante decreto, dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais que deveriam ser mantidos em funcionamento¹³³.

Nota-se que o §10 prevê articulação prévia com o órgão regulador ou com o Poder concedente ou autorizador quando as medidas de isolamento, quarentena, e restrição de rodovias, portos ou aeroportos adotados afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais. Trata-se de medida que objetiva alinhar interesses e favorecer a cooperação entre os entes.

O § 11, por sua vez, veda a restrição à circulação de trabalhadores e cargas de qualquer espécie que possa prejudicar o abastecimento de gêneros necessários à população e afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

Diante disso, o autor da ação constitucional sustenta que os dispositivos impugnados teriam inovado na Lei Federal nº 13.979/20¹³⁴ ao introduzir medidas de polícia sanitária e determinar os legitimados para adotá-las no enfrentamento à pandemia de coronavírus, padecendo de inconstitucionalidades formais e materiais.

Sustenta o autor da ação que a saúde, como gênero, é tema de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios (CRFB/88¹³⁵, art. 23, II) e a vigilância sanitária e epidemiológica, atribuição do Sistema Único de Saúde. Desse modo, tendo em vista o papel constitucional do Sistema Único de Saúde, deveria ser aplicada a diretriz da universalização pela descentralização, com edição de normas para a cooperação entre os entes federativos viabilizando combate à pandemia de coronavírus.

No entanto, a forma legal exigida para tratar da cooperação entre os entes não teria sido observada. Os dispositivos impugnados teriam violado o inciso III, § 1º do art. 62 da CRFB/88¹³⁶, que proíbe a edição de medida provisória sobre tema reservado à lei complementar. Assim, se estaria diante de abuso de poder na modalidade excesso por vício de competência, já que, ter-se-ia interferido nos contornos do regime de cooperação entre os entes federativos, permitido que apenas a Presidência da República, o órgão regulador, poder concedente ou autorizador determinassem as medidas de enfrentamento à pandemia.

¹³³BRASIL, op. cit., nota 125.

¹³⁴BRASIL, op. cit., nota 123.

¹³⁵BRASIL, op. cit., nota 6.

¹³⁶Ibid.

Portanto, a cooperação inserida na Lei Federal nº 13.979/20¹³⁷ seria inconstitucional sob o ponto de vista formal e o Decreto nº 10.282/20¹³⁸, que a regulamenta, definindo os serviços públicos e atividades essenciais, seria inválido por arrastamento.

No tocante a inconstitucionalidade material, o autor alega que os dispositivos impugnados subtraem as competências administrativas comuns dos Estados, Distrito Federal e Municípios, violando a autonomia federativa. Isso, porque, a CRFB/88 atribui a todos os entes a competência administrativa para a tutela do direito à saúde, direção do Sistema Único de Saúde e, ainda, para a execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica.

Reconhece o autor, que as medidas excepcionais de controle epidemiológico tangenciam competências privativas da União para legislar sobre trânsito, transporte e portos e para editar normas gerais em defesa da saúde, especialmente porque os conteúdos possuem relação com direitos fundamentais. No entanto, entende que isso não justificaria o esvaziamento das competências administrativas comuns dos entes federativos.

Sustenta o autor que “o poder compartilhado pela Constituição para cuidar da saúde (CF, art. 23, II) não pode ser assenhorado pela legislação ordinária, sob pena de se operar uma subversão da supremacia constitucional, com odiosa interpretação conforme à lei”¹³⁹. Por esse motivo, o critério da predominância de interesse geral, regional e local deveria ser diretriz para o legislador.

A autoridade dos entes para cuidar da saúde, promovendo o controle sanitário e epidemiológico seria autônoma, ou seja, não se subordinaria à União, de forma que, não poderia a medida provisória ou lei federal esvaziar as atribuições constitucionais dos entes federativos. Se assim é feito, há a violação da autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios e da repartição de competências constitucionalmente prevista, em contrariedade ao disposto no art. 23, inciso II, 198, inciso I e 200, inciso II da CRFB/88¹⁴⁰.

Destaca o autor que é fato notório a relação entre a transmissão do coronavírus e a circulação de pessoas em nível nacional, regional e local, o que seria agravado pela dimensão continental do Brasil. Tal contexto faria emergir o imperativo constitucional de que as ações de controle epidemiológico sejam implementadas com autonomia das esferas de governo.

Ante o exposto, pugna o autor pelo emprego da técnica de declaração de nulidade parcial qualitativa dos dispositivos indicados como inconstitucionais, o que os tornaria

¹³⁷BRASIL, op. cit., nota 123.

¹³⁸BRASIL, op. cit., nota 125.

¹³⁹BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

compatíveis com a CRFB/88. Assim, deveria ser pronunciada a inconstitucionalidade do texto da Lei Federal nº 3.979/20¹⁴¹, modificada pela Medida Provisória 926/20¹⁴², no que tange a exclusividade da União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais e a necessidade de articulação prévia com o órgão regulador ou poder concedente ou autorizador para a adoção das medidas dos incisos I, II e VI do art. 3º.

De acordo com o autor, a prerrogativa da União de dispor sobre os serviços públicos, atividades essenciais, quarentena, isolamento e restrições de locomoção deveria se dar de forma a não derogar a autonomia dos outros entes federativos. Logo, a nível nacional poderia ser estabelecida regulamentação menos rigorosa e aos Estados e Municípios caberiam ações mais rígidas.

Alegando perigo de dano e probabilidade do direito, o autor da ação constitucional pleiteou medida liminar que pudesse, de forma urgente, viabilizar a adoção pelos entes federativos de medidas visando a contenção da crise de saúde pública enfrentada. Poder-se-ia, assim, reprimir a propagação do coronavírus, que se intensifica diante da circulação de pessoas no território nacional, tanto na esfera regional quanto local.

Atendendo ao pleito autoral, em 24 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio deferiu em parte a medida acauteladora, “para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”¹⁴³.

Considerando que a Medida Provisória nº 926/20¹⁴⁴ visou mitigar a crise pandêmica no país, entendeu o ministro que o art. 3º, *caput* remete a atribuição das autoridades para implementar as medidas de contenção ao coronavírus, na tutela do direito à saúde, não se vislumbrando violação à Constituição Federal. As providências não teriam o condão de impedir atos a serem praticados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, até porque esses entes possuem competência concorrente para tratar do tema, nos termos do art. 23, II da CRFB/88¹⁴⁵.

O ministro decidiu, ainda, que não merecia prosperar a alegação de que as matérias tratadas em dispositivos impugnados seriam reservadas à lei complementar. A urgência e a necessidade de uma disciplina geral da crise, em nível nacional, viabilizariam a utilização da espécie medida provisória.

¹⁴¹BRASIL, op. cit., nota 123.

¹⁴²BRASIL, op. cit., nota 124.

¹⁴³BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 124.

¹⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 6.

Destacou o ministro que deveria ser acolhido em parte o pleito autoral para que fosse reconhecido que a Medida Provisória nº 926/20¹⁴⁶, que modificou o art. 3º da Lei Federal nº 9.868/99¹⁴⁷, não teria afastado a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para o exercício das competências administrativas e normativas. Cada ente, no âmbito de sua esfera regional ou local poderia adotar medidas para a contenção da pandemia de coronavírus.

A decisão do Ministro Marco Aurélio foi referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15/04/20¹⁴⁸. O plenário concedeu parcialmente a medida cautelar para dar interpretação conforme à Constituição ao §9º do art. 3º da Lei nº 13.979/20¹⁴⁹, a fim de explicitar que, preservada a atribuição dos entes federativos, o Presidente da República poderia dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Constata-se, dessa forma, que para tentar solucionar o impasse existente entre os entes na adoção de políticas para a contenção da pandemia o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão ampliando de forma significativa a autonomia concedida aos entes no enfrentamento da pandemia de COVID-19.

A posição da Corte indicou um movimento centrífugo na estrutura federalista brasileira que propiciou a quebra da isonomia no tratamento dos cidadãos brasileiros e o desequilíbrio entre os entes federativos.

Sendo assim, urge examinar os votos proferidos pelos dos ministros no bojo da ADI nº 6.341¹⁵⁰ a fim de compreender mais a fundo os fundamentos da decisão e se houve, de fato, preocupação com a garantia dos direitos individuais e princípios federativos.

2.1 A percepção dos ministros sobre o federalismo brasileiro

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6.341¹⁵¹, consignaram em seus votos a sua percepção sobre o federalismo brasileiro.

Nota-se que há um certo consenso de que o federalismo tem intrínseca relação com a democracia, viabilizando a promoção de direitos fundamentais. No entanto, os ministros reconhecem que o modelo federativo brasileiro, com traços cooperativos, é desafiado na prática quando se está diante de situação emergencial, como no caso da pandemia de coronavírus.

¹⁴⁶BRASIL, op. cit., nota 124.

¹⁴⁷BRASIL, op. cit., nota 123.

¹⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 123.

¹⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁵¹Ibid.

O Ministro Alexandre de Moraes¹⁵², em seu voto, sustenta que o Estado Democrático de Direito se baseia em três fundamentos: o federalismo, a separação de poderes e os direitos fundamentais. Assim, conclui que o julgamento da ADI nº 6341¹⁵³ assumiria importância ímpar, uma vez que, relaciona-se diretamente com esses fundamentos, que tem como finalidade a limitação do poder.

De acordo com o ministro, o federalismo e limita o poder de um único ente para repartir entre a comunidade central e as comunidades locais. No modelo implementado no Brasil, o poder central seria representado pela União ao passo que os Estados e Municípios seriam alçados a categoria de comunidades locais, na medida que, consagrados pela CRFB/88¹⁵⁴ como entes federativos.

Dessa forma, em respeito ao Estado Democrático de Direito, deveria ser observada a divisão de poder entre os entes federativos tal qual prevista na CRFB/88¹⁵⁵, mesmo diante da complexidade e da gravidade da crise decorrente da pandemia de coronavírus. Logo, a saúde pública deve ser protegida e garantida à luz da regra da autonomia dos Estados membros e dos Municípios.

Em relação ao federalismo brasileiro o ministro¹⁵⁶ destaca:

E esse Federalismo brasileiro é sofrido, nasceu com a Constituição de 1891 e até hoje não conseguiu chegar ao verdadeiro Federalismo, ao Federalismo idealizado pelos norte-americanos, em 1787 - e lá também, nós estamos vendo um dilema entre o governo central e os governos estaduais. Esse Federalismo brasileiro tão sofrido recebeu pela Constituição de 88 um fortalecimento, seja porque o passado, no Brasil, demonstrou que a excessiva concentração de poder, principalmente nos períodos de ditadura - Ditadura Vargas, Ditadura Militar -, fora nociva ao desenvolvimento do País, seja porque o tamanho continental do Brasil não permite decisões de todas as matérias em todos os aspectos do ente central.

Diante disso, entende o ministro que a distribuição de competências legislativas e administrativas no federalismo brasileiro, interpretada com base no princípio da predominância de interesses, permite atender de forma mais adequada as peculiaridades locais.

Destaca que a saúde pública, de acordo com os artigos 23 e 194 da CRFB/88¹⁵⁷, é de competência comum de todos os entes federativos, no entanto, isso não significa que todos os entes podem fazer tudo. Deve se atentar para o princípio da predominância de interesses, de forma que, a União cabe editar normas e políticas públicas de interesse nacional, aos Estados

¹⁵²Ibid.

¹⁵³Ibid.

¹⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁵⁵Ibid.

¹⁵⁶BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁵⁷BRASIL, op. cit., nota 6.

incumbe tutelar o interesse regional e aos Municípios o interesse local. A distribuição de competências realizada pela constituição seria feita a partir da cooperação, instituindo um federalismo cooperativo.

Sustenta o ministro que no momento de crise pandêmica seria necessário o fortalecimento da união entre os entes federativos, para que fosse ampliada a cooperação entre eles, na defesa do interesse público. Não seria adequado personalismos de diversos entes federativos, que provocam embates judiciais e são prejudiciais à implementação das políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, destaca o ministro que o art. 3º, *caput*, da Lei nº 13.979/20¹⁵⁸, com redação dada pela MP nº 926/20¹⁵⁹, norma impugnada por meio da ADI nº 634¹⁶⁰, visa implementar a cooperação entre os entes federativos, na medida que, exige a articulação prévia entre os órgãos de poder para a implementação das medidas de enfrentamento da pandemia. A articulação, de acordo com o ministro, traduz a coordenação dos interesses nacionais, regionais e locais e não a preponderância de um sobre o outro.

O ministro aponta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara no tocante ao princípio da predominância do interesse no exercício das competências comuns. Isso porque a competência comum “não significa que é tudo de todos”¹⁶¹, na realidade, permite que cada ente atue dentro do seu âmbito de interesse, tomando medidas para a proteção da saúde pública.

Nota-se, ainda, que o ministro menciona a competência concorrente no campo legislativo da União, Estados e Distrito Federal, para tratarem da defesa da saúde. Os Municípios exerceriam uma competência suplementar à legislação estadual e federal, nos termos do art. 30, II da CRFB/88¹⁶², sem contrariar as normas já editadas pelos outros entes, e atendendo as peculiaridades locais.

Assim, a Lei nº 13.979/20 deveria ser interpretada como norma geral que não pode ingressar na competência concorrente e suplementar dos Estados e Municípios. As normas nela elencadas seriam diretamente aplicáveis apenas à União, cabendo a esse ente realizar uma coordenação entre os demais. Nesse sentido, ressalta o ministro que a coordenação exercida seria uma liderança, com respeito à autonomia dos entes, que possibilita o compartilhamento de *expertise* e auxílio de uma região a outra.

¹⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 123.

¹⁵⁹BRASIL, op. cit., nota 124.

¹⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁶¹Ibid.

¹⁶²BRASIL, op. cit., nota 6.

Entende o ministro que qualquer extravasamento dos entes federativos na regulamentação e adoção de medidas de saúde não deve ensejar a quebra do federalismo, ou seja, o rompimento da autonomia dos Estados e Municípios. Caso assim fosse, caberia ao Poder Judiciário atuar anulá-las. Sobre o tema o ministro¹⁶³ aponta:

O que não podemos, com o devido respeito às opiniões em contrário, é, a partir da crise, e a partir de casos isolados de exagero, que a Justiça vem cassando, a partir disso, acabar com as autonomias estaduais, distrital e municipais, determinando uma centralização na União. Não é isso que, ao meu ver, a Constituição permite.

O ministro Edson Fachin¹⁶⁴, em seu voto, também reconheceu que o debate decorrente da ADI nº 6341 tem relação intrínseca com o federalismo e, conseqüentemente, com a atribuição de competências comuns ou concorrentes. Assim, reconhece que é necessário delimitar como devem a União, Estados e Municípios agir.

Constata o ministro que é necessário definir com urgência “os contornos das competências dos entes da federação no âmbito do federalismo cooperativo da Constituição Federal”¹⁶⁵. Isso, porque, de acordo com ele, o parâmetro que tradicionalmente se utiliza para determinar a competência dos entes da federação baseia-se na matéria preponderante de que cuida a legislação. Essa solução, que privilegiaria o interesse da regulação do tema, teria como consequência a premiação da inação de um ente que seria em tese competente para agir.

Dessa forma, a pretexto de competência exclusiva ou privativa do governo federal, os outros entes, no âmbito de suas competências, seriam impedidos de implementar as políticas públicas necessárias. Nesse sentido, o ministro ressalta que o Estado garantidor de direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e Municípios, de forma que, impõe-se que no âmbito de suas competências implementem as medidas necessárias tutela da saúde no contexto pandêmico.

Defende o ministro que o Supremo Tribunal Federal deveria atuar exigindo o cumprimento integral das obrigações do estado para a realização dos direitos fundamentais. Ademais, deveria abster-se de declarar nulas as leis estaduais e locais quando ofenderem apenas à competência dos demais entes.

Isso, porque, a União, na organização das competências federativas teria preferência em relação a atribuição dos outros entes, podendo afastar a competência dos Estados e Municípios quando veicular por lei geral ou lei complementar norma que organiza a cooperação

¹⁶³BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁶⁴Ibid.

¹⁶⁵Ibid.

federativa. No entanto, na ausência de legislação federal tratando sobre o tema os Estados e Municípios poderiam agir contra essa preferência¹⁶⁶. Não se poderia limitar o exercício das competências dos demais entes para a promoção dos direitos fundamentais apenas porque o Congresso Nacional não regulou tema de forma harmonizada e nacional.

Conclui o ministro que essa forma de atuação do Supremo Tribunal Federal incentivaria a produção normativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios, não promovendo descentralização prejudicial, mas sim um “verdadeiro experimento democrático, isto é, o federalismo como um “laboratório social da democracia” [...]”¹⁶⁷. Dessa forma, o federalismo em sua face democrática se realizaria pela adesão às regras constitucionais e pela promoção dos direitos e garantia fundamentais.

A Ministra Rosa Weber¹⁶⁸, por sua vez, em seu voto, também reconhece que o julgamento da ADI nº 6.341 envolve o federalismo e a repartição de competências entre os entes. Nesse sentido, destaca a importância de observar a repartição de competências tal qual realizada CRFB/88¹⁶⁹ para a manutenção do ordenamento democrático e do Estado de Direito.

De acordo com a ministra, a divisão do poder de legislar na federação brasileira, apesar de apresentar modelo centrífugo, já que decorreu da descentralização do Estado unitário, ainda possui dinâmica centralizadora. Assim, as competências legislativas são elencadas pela CRFB/88 atribuindo-se aos Estados as remanescentes e as concorrentes.

Dessa forma, a autonomia atribuída aos Estados no modelo federativo brasileiro não lhes dá liberdade para o exercício da competência legislativa, ao revés, eles precisam observar as matérias elencadas na CRFB/88. Sobre o tema, a ministra aponta que as competências legislativas concorrentes, ao mesmo tempo que minimizam a centralização característica do federalismo brasileiro, dão forma a um federalismo de cooperação, regido pelos princípios da predominância de interesses da proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a ministra colaciona trecho do voto por ela proferido na ADI 3.470¹⁷⁰, de sua relatoria. No referido julgado, ela conclui que a chave hermenêutica para a interpretação das competências legislativas concorrentes previstas na CRFB/88 é o princípio federativo, “considerado em sua estrutura complexa, seu caráter instrumental e sua teleologia”¹⁷¹.

¹⁶⁶O ministro Edson Fachin utiliza a expressão *presumption against preemption* do direito norte-americano.

¹⁶⁷BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁶⁸Ibid.

¹⁶⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.470. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

¹⁷¹BRASIL, op. cit., nota 122.

A ministra, para amparar a sua argumentação também apresenta a ementa do RE nº 1247930 AgR¹⁷², de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes que, sobre o federalismo de cooperação, aborda:

[...] 4. A Federação nasceu adotando a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio País, garantindo-lhe, como afirmado por HAMILTON, a oportunidade máxima para a consecução da paz e da liberdade contra o facciosismo e a insurreição (The Federalist papers, nº IX), e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados-Membros e de equilíbrio no exercício das diversas funções constitucionais delegadas aos três poderes de Estado. 5. Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado, principalmente, na cooperação, como salientado por KARL LOEWESTEIN (Teoria de la constitución . Barcelona: Ariel, 1962. p. 362). 6. O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, bem como sabedor da tradição centralizadora brasileira, tanto, obviamente, nas diversas ditaduras que sofremos, quanto nos momentos de normalidade democrática, instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local. 7. O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro é o princípio da predominância do interesse, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. 8. A própria Constituição Federal, portanto, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). [...]

Assim, considerando o disposto no art. 24 da CRFB/88¹⁷³, relativamente à competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, e o disposto no art. 23, II e parágrafo único da CRFB/88¹⁷⁴, sobre as competências administrativas comuns, a ministra conclui que cabe ao Brasil valer-se de sua estrutura federativa para “evitar o caos”¹⁷⁵. Logo, deveriam ser estabelecidos parâmetros mínimos para o enfrentamento à pandemia de coronavírus pela União, de forma que, seria possível a implementação de medidas diferenciadas pelos demais entes federativos, que poderiam ser, inclusive, mais rígidas do que as estabelecidas.

¹⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR nº 1247930*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5823142>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

¹⁷³BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷⁴Ibid.

¹⁷⁵BRASIL, op. cit., nota 122.

Diante disso, a ministra entende que a Medida Provisória nº 926/20¹⁷⁶ foi o instrumento de urgência adequado para alterar a Lei nº 13.979/20¹⁷⁷, uma vez que, trata de regras específicas e pontuais necessárias para a imediata coordenação de ações para o combate à pandemia. Além disso, sustenta que o art. 3º, VI, b e §§ 8º e 10, que estipula a articulação prévia com o órgão regulador ou Poder concedente quando as medidas adotadas pelos entes implicarem em restrição temporária ou excepcional de locomoção intermunicipal, afetando os serviços públicos e atividades essenciais, materializa o equilíbrio federativo. Isso, porque o exercício do poder de polícia sanitário, conforme previsão do art. 198 e 200 da CRFB/88 seria decorrência do federalismo cooperativo.

O Ministro Luiz Fux¹⁷⁸, por sua vez, em seu voto destaca que a federação une em um mesmo território diferentes centros dotados de capacidade política. Assim, o federalismo traduziria “um arranjo institucional que envolve a partilha vertical do poder entre várias entidades políticas autônomas, que coexistem no interior de um único Estado soberano”.

De acordo com o ministro a federação brasileira é altamente centralizada, muitas vezes sendo apenas nominalmente uma federação. Isso, porque a CRFB/88¹⁷⁹ nos artigos 21 a 24, ao promover a repartição de competências entre os entes da federação concentraria grande parte das matérias sob o manto da competência privativa da União. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, ao basear-se no princípio da simetria e em uma leitura abrangente das competências normativas da União, promoveria centralização.

Reconhece o ministro a necessidade de centralização em situações que envolvem conflitos e disputas entre diferentes centros locais de poder, o que faria retrainir a iniciativa local em matérias de competências legislativas concorrentes. Assim, quando é necessário tratamento uniforme de determinada matéria, em âmbito nacional, a competência seria da União.

Nesse sentido, o ministro lembra que a CRFB/88 indica a competência da União para a edição de normas gerais sobre temas que necessitam de tratamento normativo harmonioso na federação. As normas gerais seriam declarações principiológicas editadas pela União sob a égide de sua competência concorrente limitada que estabeleceriam diretrizes nacionais, balizas, critérios, mecanismos de cooperação, que deveriam ser observadas pelos demais entes federativos na edição de suas respectivas legislações.

¹⁷⁶BRASIL, op. cit., nota 124.

¹⁷⁷BRASIL, op. cit., nota 123.

¹⁷⁸BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁷⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

No entanto, de acordo com o ministro, apesar da CRFB/88 dispor que nas competências legislativas concorrentes caberia à União editar normas gerais que seriam suplementadas pelos Estados, conforme o interesse regional, essa dinâmica não seria estática. A tensão constante entre os centros de poder na federação faria com que durante a existência do regime federativo houvesse oscilação entre a maior e a menor autonomia local diante da unidade nacional.

Diante disso, o ministro entende que deveriam ser prestigiadas as iniciativas locais e regionais, a menos que ofendam normas expressa na CRFB/88, posição contrária, inclusive, a histórica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em litígios constitucionais que versam sobre competência legislativa. Essa seria a solução ideal de acordo com ministro pois “parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa promover o pluralismo nas formas de organização política e que respeita sua posituação como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, V)”¹⁸⁰.

Conclui o ministro que privilegiar as iniciativas locais e regionais concederia maior liberdade para entes federativos fazerem suas escolhas institucionais e normativas. Nesse sentido, a leitura contemporânea do princípio federativo brasileiro, privilegiando a autonomia dos entes federativos, seria consequência de um experimentalismo democrático.

Nota-se que o ministro faz ressalva, observando que em nome do pluralismo político e da autonomia federativa não se pode permitir a existência simultânea de atos normativos conflitantes, já que isso traria insegurança jurídica e comprometeria a competência instituída pela CRFB/88.

A Ministra Cármen Lúcia¹⁸¹, em seu voto, expõe que desde 1934 há um modelo de federalismo cooperativo no Brasil. No entanto, observa que, no contexto da pandemia de coronavírus, há uma falta de cooperação e entendimento entre os entes, que impede a sua reunião para formar uma unidade nacional.

Nesse sentido, destaca a ministra que a repartição de competências é o núcleo da forma federativa de estado e é sempre tema polêmico, já que diz respeito a quem compete e como são coordenadas as instâncias e instituições estatais. Apesar disso, lembra que o art. 23, II da CRFB/88¹⁸² trata da repartição horizontal das competências administrativas, atribuindo competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde. O art. 24, por sua vez, estabelece a repartição vertical de competências legislativas, conferindo

¹⁸⁰BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁸¹BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁸²BRASIL, op. cit., nota 6.

competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a defesa à saúde.

A competência concorrente e comum dos entes federativos para a defesa da saúde, de acordo com a ministra, atribuiria à União o dever de elaborar normas gerais, ao passo que aos demais entes caberia complementar a legislação nacional. A competência administrativa para cuidar da saúde deveria ser exercida pelos entes em consonância com as normas gerais editadas pela União sobre a matéria.

No entanto, sustenta a ministra que a competência da União para editar normas gerais que versem sobre a proteção da saúde não poderia reduzir ou suprimir a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso, porque, via de regra, as ações e serviços públicos de saúde não são prestados diretamente pela União e sim pelos demais entes.

O Ministro Ricardo Lewandowski¹⁸³, por sua vez, sob uma perspectiva histórica, lembrou que o federalismo foi tardiamente adotado no Brasil e que sempre houve uma concentração de competências e rendas na União. Destacou o ministro que o federalismo brasileiro “sofreu um movimento pendular”¹⁸⁴ ao longo dos anos, de forma que em determinados momentos foram outorgadas aos Estados e Municípios rendas e competências, no entanto, considera que sempre de forma insuficiente para que pudessem atender às necessidades regionais e locais.

Como consequência disso, o ministro aponta a criação de um federativo cooperativo pela Constituição Cidadã¹⁸⁵, que tem como intuito o compartilhamento de competências e de rendas para um desenvolvimento nacional harmônico e integrado.

O federalismo brasileiro, de acordo com o ministro, baseia-se nos princípios da ausência de hierarquia entre os entes federativos, subsidiariedade e predominância de interesses. Assim, a par de não existir relação de subordinação entre os entes, “tudo aquilo que o ente menor pode fazer de forma mais rápida, econômica e eficaz não deve ser feito pelo maior”¹⁸⁶.

Para que isso seja possível, o federalismo cooperativo exige que os seus integrantes se apoiem mutuamente, dialogando e que haja uma liderança política. Essa cooperação entre os entes, de acordo com o ministro, não pode ser imposta por lei porque a realidade fenomenológica é multifacetada, sendo impossível que o legislador preveja todos os desafios a serem enfrentados pelos administradores públicos.

¹⁸³BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁸⁴Ibid.

¹⁸⁵BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁸⁶BRASIL, op. cit., nota 122.

Conclui o ministro que a prudência, ponderação, responsabilidade dos envolvidos e o diálogo são as ferramentas necessárias para que o federalismo cooperativo funcione.

Já Ministro Gilmar Mendes¹⁸⁷, em seu voto, destaca que a ação a ser julgada versa sobre temática importante pois envolve as competências federativas. Apesar disso, reconhece que a solução dada pelo STF à provocação não é a ideal, pois o ideal seria que “o poder se vocalizasse a uma única voz”¹⁸⁸, ou seja, o ideal seria o diálogo entre os entes federativos e uma coesão em sua atuação, especialmente porque na federação brasileira há muita assimetria entre os entes.

Aborda o ministro, em seu voto, que deveria ser respeitada a lealdade federativa, que seria traduzida com um dever recíproco, na medida que, o Presidente não poderia avançar na competência dos entes federativos, bem como os entes federativos não poderiam avançar na competência da União. Nesse sentido, ressalta o ministro, que o aspecto democrático do federalismo precisa ser entendido no plano vertical.

Para que seja feita regulamentação sobre o tema- enfrentamento da pandemia- o ministro sustenta a necessidade de participação dos órgãos colegiados que representam estados e municípios. Assim, estaria sendo concretizado o federalismo cooperativo.

2.2. A aplicação da Lei nº 8.080/1990¹⁸⁹ (Lei do Sistema Único de Saúde) como diretriz da repartição de competências

A saúde é direito de todos e dever do estado (Art. 196 da CRFB/88¹⁹⁰), devendo ser viabilizada por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela Lei nº 8.080/90¹⁹¹. A Lei do SUS versa sobre o conjunto de ações e serviços de saúde que devem ser prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da administração direta e indireta e das fundações, com base nas diretrizes de descentralização, regionalização, hierarquização e controle social¹⁹².

As diretrizes que orientam a organização do Sistema Único de Saúde garantem que cada esfera do governo tutele o direito fundamental à saúde, traduzindo o exercício da competência comum dos entes federados, que se rege pelo princípio da predominância de interesses.

¹⁸⁷Ibid.

¹⁸⁸Ibid.

¹⁸⁹BRASIL, op. cit., nota 71.

¹⁹⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁹¹BRASIL, op. cit., nota 71.

¹⁹²As diretrizes do Sistema Único de Saúde foram abordadas na página 10.

No referendo da medida cautelar na ADI nº 6.341¹⁹³, destacam-se os votos dos ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Gilmar Mendes que recorreram à Lei do SUS¹⁹⁴ para decidir sobre a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, utilizando as diretrizes do Sistema Único de Saúde como norteadoras na atribuição de competência entre os entes.

O Ministro Edson Fachin¹⁹⁵, em seu voto, aponta que uma das consequências do federalismo é a profusão de normas que visam a concretização ampla dos direitos e liberdades fundamentais. Isso ocorreria, porque a expressão democrática do federalismo seria esboçada pelo respeito às regras constitucionais, notadamente pelos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, sustenta o ministro que o Supremo Tribunal Federal deveria se abster de declarar a inconstitucionalidade formal nos conflitos federativos, quando não há legislação federal tratando sobre o tema. Em casos assim, a Corte deveria centrar o seu exame nas inconstitucionalidades materiais já que “mais relevante do que saber qual é o ente competente para lidar com a emergência sanitária é saber como a União, Estados e Municípios devem agir”¹⁹⁶.

O imbróglio desencadeado pela edição da Medida Provisória nº 926/20¹⁹⁷ teria escancarado que acolher a tese de inconstitucionalidade formal arguida pelo autor na ação constitucional poderia ser extremamente prejudicial. Isso poderia implicar no reconhecimento de que toda a Lei Federal nº 13.979/20¹⁹⁸ padece de inconstitucionalidade formal e, ainda que a Lei do Sistema Único de Saúde seria inconstitucional.

De acordo com o ministro isso aconteceria porque a Lei Federal nº 13.979/20¹⁹⁹ cuida de questões afetas à seguridade social, à defesa e cuidado da saúde. Assim, se poderia entender, em tese, que os temas são de competência privativa da União, concorrente entre os Estados e a União ou comum.

Nesse sentido aborda o ministro²⁰⁰:

Assim, se couber ao Supremo escolher sobre qual dessas modalidades deve se encaixar o exercício dessa competência, ou os atos dos Estados são formalmente inconstitucionais, ou a União deveria ter fixado apenas normas gerais, ou ainda apenas legislação complementar poderia dispor sobre o assunto. Há, ainda, outro complicador: acolher a tese de inconstitucionalidade formal proposta pelo requerente

¹⁹³BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁹⁴BRASIL, op. cit., nota 71.

¹⁹⁵BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁹⁶Ibid.

¹⁹⁷BRASIL, op. cit., nota 124.

¹⁹⁸BRASIL, op. cit., nota 123.

¹⁹⁹Ibid.

²⁰⁰BRASIL, op. cit., nota 122.

poderia implicar não apenas declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória, mas também de toda a lei, porque ordinária, de combate à emergência sanitária. E mais: se a competência desse tema for de natureza comum, a própria Lei do Sistema Único de Saúde seria inconstitucional.

Para solucionar o impasse o Ministro Edson Fachin²⁰¹ sustenta que se deve identificar o fundamento constitucional do exercício da competência dos entes federados recorrendo-se à legislação, especialmente a Lei nº 8.080/90²⁰², a Lei do SUS.

Dessa forma, a distribuição de competências para a realização de ações de vigilância epidemiológica deveria se dar de forma descentralizada, com comando único em cada esfera de governo. À direção nacional do SUS caberia definir e coordenar os sistemas de vigilância epidemiológica e coordenar e participar das ações nessa área, sendo possível a União executar as ações de vigilância epidemiológica e sanitária em situações especiais, que fujam ao controle da direção estadual do SUS, ou que representem risco de disseminação nacional (art. 16, parágrafo único da Lei nº 8.080/90²⁰³). Os Estados, por sua vez, seriam responsáveis pela coordenação, complementando as ações e serviços de vigilância epidemiológica. Já os Municípios executariam os serviços de vigilância epidemiológica.

Destaca o ministro que o exercício da competência da União nos termos da Lei nº 8.080/1990²⁰⁴ não diminui a competência dos demais entes no que tange a federalização da realização dos serviços de saúde. Na realidade a atuação da União nos moldes da Lei do SUS deu parâmetros mínimos para o exercício das competências próprias dos demais entes. Assim deveriam ser lidas as normas que integram a Lei nº 13.979/20²⁰⁵.

O Ministro Luiz Fux²⁰⁶, ao discorrer sobre a competência dos entes na tutela do direito à saúde, destaca que a Constituição, ao tratar do SUS, determina a integração de ações e serviços de saúde formando uma rede regionalizada e hierarquizada, obedecendo a diretriz da descentralização, por meio da direção única em cada esfera de governo. Indica o ministro o art. 200, II da CRFB/88²⁰⁷ que trata sobre a competência do SUS para as ações de vigilância epidemiológica, explicitando que o sistema se estrutura para que sejam coordenadas as ações

²⁰¹Ibid.

²⁰²BRASIL, op. cit., nota 71.

²⁰³Ibid.

²⁰⁴Ibid.

²⁰⁵BRASIL, op. cit., nota 123.

²⁰⁶BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁰⁷BRASIL, op. cit., nota 6.

dos entes federativos pela União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/99²⁰⁸).

De acordo com o ministro, as Medidas Provisórias nº 926/20²⁰⁹ e nº 927/20²¹⁰ que alteraram a Lei nº 13.979/20²¹¹ trazem normas gerais de proteção e defesa à saúde e não matéria reservada a lei complementar. Na realidade traçariam limites para a atuação dos entes, exigindo que as suas decisões sejam tecnicamente embasadas ou demandando atuação articulada dos órgãos envolvidos.

A Ministra Cármen Lúcia²¹², em seu voto, por sua vez, destaca que a Lei nº 8.080/90²¹³ atribuiu à União o papel de definir e coordenar os sistemas de vigilância epidemiológica, podendo executar ações nesse sentido, em circunstâncias especiais. De acordo com a ministra aos Estados e Municípios caberia coordenar e executar, em caráter complementar, as ações e serviços de vigilância epidemiológica, nos termos do art. 17, IV, *a* e art. 18, IV, *a* da Lei do SUS²¹⁴.

Sustenta a ministra que a defesa à saúde é matéria de competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal e de competência administrativa comum dos entes, devendo ser exercida nos moldes das normas gerais editadas pela União.

Apesar disso, entende a ministra que a competência da União para editar normas gerais em matéria de saúde não pode ser pretexto para reduzir a competência dos demais entes. Isso, porque, por mais que a competência para a tutela do direito à saúde seja comum, as ações e serviços públicos de saúde não são via de regra prestados diretamente pela União e sim pelos outros entes federativos, de acordo com os princípios da descentralização, regionalização e subsidiariedade do SUS.

A ministra Rosa Weber²¹⁵ destaca em seu voto que cabe ao Brasil se valer de sua estrutura federativa para evitar o caos, com o estabelecimento de parâmetros mínimos para o exercício das competências comuns e concorrentes, à luz do princípio da proporcionalidade. Diante disso, não detecta inconstitucionalidade por vício formal da Medida Provisória nº

²⁰⁸BRASIL. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²⁰⁹BRASIL, op. cit., nota 124.

²¹⁰BRASIL, *Medida Provisória nº 927*, de 22 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²¹¹BRASIL, op. cit., nota 123.

²¹²BRASIL, op. cit., nota 122.

²¹³BRASIL, op. cit., nota 71.

²¹⁴Ibid.

²¹⁵BRASIL, op. cit., nota 122.

926/20²¹⁶, uma vez que, não seria norma geral de cooperação e sim medida específica e pontual necessária a imediata coordenação de combate e prevenção nacional à pandemia.

Especialmente no tocante as medidas que afetem serviços públicos e atividades essenciais, entende a ministra que a redação conferida pela MP nº 926/20²¹⁷ ao art. 3º, VI, b e §§ 8º e 10, da Lei 13.979/20²¹⁸, que prevê a necessidade de articulação prévia dos entes federativos com o órgão regulador ou com o Poder concedente, é ferramenta que implementa diálogo imprescindível para o equilíbrio federativo.

Ressalta a ministra, que o poder de polícia sanitário decorre federalismo cooperativo, de acordo com os artigos 198 e 200 da CRFB/88²¹⁹, que versam sobre a proteção à saúde e estabelecem as diretrizes do SUS, que é universal e descentralizado. Assim, conclui que ação de política sanitária e fiscalizatória dos entes deveria ser preservada no tocante aos serviços e atividades essenciais, desde que sujeita a prévia articulação, nos moldes da inserida no 3º, VI, b e §§ 8º e 10, da Lei nº 13.979/20²²⁰.

Não havendo regulação ou no caso de matéria não afeta a serviços públicos e atividades essenciais seria possível, de modo pleno, a adoção de medidas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios por conta da autonomia federativa dos entes. Isso, porque, a pandemia de coronavírus imporia uma visão voltada ao coletivo, à saúde pública, sendo interessados todos os cidadãos e todos os entes federativos. Assim, seria reafirmada a distribuição constitucional de competências legislativas concorrentes e político-administrativas comuns.

O Ministro Gilmar Mendes²²¹, ao proferir o seu voto na ADI nº 6341²²², argumenta que o texto constitucional desafia a interpretação, na medida que, trata tanto das competências privativas da União quanto das competências concorrentes e das competências comuns.

Sustenta o ministro que o SUS materializa a repartição de competências, traduzindo o federalismo cooperativo e permitindo que os entes federativos se unam para prestar o serviço de saúde. Não obstante, reconhece que há déficit em relação ao art. 23 da CRFB/88²²³ que trata das competências comuns, que deveriam ser viabilizadas pela edição de leis complementares que tratam sobre a cooperação entre os entes.

²¹⁶BRASIL, op. cit., nota 124.

²¹⁷Ibid.

²¹⁸BRASIL, op. cit., nota 123.

²¹⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

²²⁰BRASIL, op. cit., nota 123.

²²¹BRASIL, op. cit., nota 122.

²²²Ibid.

²²³BRASIL, op. cit., nota 6.

Destaca o ministro que na seara do direito à saúde a experiência do federalismo cooperativo se deu de forma mais significativa, com a formação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde e Comissões Inter gestores Tripartite. Esses foros permitiriam a negociação, articulação e decisão entre os gestores, permitindo a construção de pactos no sistema de saúde, que seriam essenciais para a promoção do direito fundamental.

Nesse sentido, lembra que a competência para a proteção à saúde, tanto no plano legislativo quanto no plano administrativo, é tripartite, da União, dos Estados e dos Municípios, devendo haver articulação entre eles. Apesar disso, argumenta o ministro que o debate sobre medidas de isolamento afeta muito os Estados e Municípios, uma vez que, a União possui apenas alguns hospitais universitários federais, recaindo a execução de medidas de saúde nos hospitais municipais, estaduais e entidades conveniadas.

Diante disso, no contexto brasileiro de enfrentamento à pandemia do coronavírus, o ministro entende que a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal não é a ideal. O ideal seria uma integração, que permitisse que “o poder se vocalizasse a uma única voz”²²⁴. Logo, autorizar o Presidente da República a definir as atividades essenciais, sem que os poderes estaduais ou municipais pudessem se opor, seria ferir o federalismo.

Nota-se que o Ministro Gilmar Mendes enfatiza a necessidade de participação dos órgãos colegiados que representam os Estados e Municípios quando da regulamentação da matéria em direito federal, em observância ao federalismo cooperativo. Para embasar a sua posição o ministro aborda a lealdade federativa²²⁵. De acordo com ele, em nome da lealdade federativa o Presidente não poderia suprimir as competências federativas bem como os estados e municípios não poderiam adentrar nas competências da União.

Argumenta o ministro que o federalismo, como viabilizador da democracia, que promove a separação dos poderes, deve ser examinado sob o plano vertical. Assim, dar voz aos entes federativos, permitindo a sua participação nas regulamentações e execuções de serviços de saúde, seria algo positivo e constitucional.

A partir dos fundamentos apresentados pelos ministros em seus votos, restou decidido pela corte e consignado na ementa do julgado o entendimento de que todos os entes federativos devem atuar na garantia do direito fundamental à saúde. Entendeu-se que é necessário ler as normas que integram a Lei nº 13.979/20²²⁶ como decorrentes da competência da União para

²²⁴BRASIL, op. cit., nota 122.

²²⁵O ministro utiliza o termo em alemão *Bundestreue* para designar lealdade federativa.

²²⁶BRASIL, op. cit., nota 123.

legislar sobre vigilância epidemiológica, conforme previsto na Lei do SUS²²⁷, devendo-se atentar para a diretriz constitucional de municipalização dos serviços de saúde.

Assim, o exercício da competência da União não poderia diminuir a competência dos demais entes da federação na realização de serviços de saúde. Como a finalidade de atuação dos entes é comum (a tutela do direito fundamental à saúde) a solução dos conflitos de competência deveria se pautar na melhor realização do direito.

2.3. O dever de observar as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)

No julgamento do Referendo da Medida Cautelar na ADI nº 6341²²⁸ pelo Supremo Tribunal Federal os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia abordaram as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS) para reafirmar a obrigação do Brasil de adotar as medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças endêmicas.

O Brasil promulgou, em 17 de dezembro de 1948, por meio do Decreto nº 26.042²²⁹, os atos firmados na Conferência Internacional de Saúde, em Nova York, em 22 de julho de 1946. Assim, as diretrizes da OMS passaram a ser obrigatórias no país²³⁰, sendo orientadoras para a tutela do direito à saúde garantindo a ele plena eficácia.

Ademais, por meio do Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992²³¹, o país promulgou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que prevê em seu art. 12 o dever dos Estados Parte atuarem na prevenção e tratamento de doenças epidêmicas. Para a viabilização disso, o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais²³², no comentário 14, tratou sobre a necessidade de aderência pelos Estados Parte das diretrizes da OMS.

Nesse sentido, 23 de maio de 2005 foi acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde um Regulamento Sanitário Internacional que tratou de parâmetros mínimos de atendimento à capacidade de vigilância e resposta, no tocante à segurança mundial em saúde. Esse regulamento foi promulgado pelo Brasil por meio do

²²⁷BRASIL, op. cit., nota 71.

²²⁸BRASIL, op. cit., nota 122.

²²⁹BRASIL. *Decreto nº 26.042*, de 17 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

²³⁰O artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde, que foi ratificada pelo Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948, tornou obrigatórias as diretrizes da OMS no Brasil.

²³¹BRASIL. *Decreto nº 591*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 26 jan. 2022.

²³²PROVEDORIA DE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA. *Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

Decreto nº 10.212²³³, de 30 de janeiro de 2020, sem que fosse feita qualquer ressalva, tornando-se, assim, obrigatório.

Considerando os compromissos internacionais assumidos pelo país, o Ministro Edson Fachin²³⁴, em seu voto, sustenta que a Medida Provisória nº 926/20²³⁵, que delegou ao Presidente da República a atribuição de definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos e atividades desempenhadas, deve ser examinada em consonância com as atribuições constitucionais da chefia do Poder Executivo e, ainda, com os parâmetros de defesa da saúde estipulados pela OMS. Assim, apesar de reconhecer que a União pode legislar sobre o tema, entende que o exercício da competência deve se dar resguardando a autonomia dos entes federativos.

O ministro destaca que o Brasil promulgou o regulamento sanitário aprovado por meio do Decreto nº 10.212/20²³⁶, que versava sobre medidas a serem adotadas para a segurança mundial em saúde, nunca tendo realizado ressalva a ele, de forma que, o país deveria se vincular a essa norma dentro de sua territorialidade. Além disso, sustenta o ministro que o direito à saúde, nos termos definidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²³⁷, é garantido por meio da adoção pelos Estados Parte das medidas necessárias para o controle de epidemias.

Diante disso, o Decreto nº 10.282/20²³⁸, elaborado pelo Poder Executivo para regulamentar a Lei Federal nº 13.979/20²³⁹, ao tratar dos serviços públicos e atividades essenciais a serem preservadas no contexto das medidas de prevenção e combate à pandemia de coronavírus, deveria observar os parâmetros de saúde previstos no Regulamento Sanitário Internacional²⁴⁰. Entende o ministro que o decreto deveria basear-se em parâmetros de saúde equiparados ou superiores ao do Regulamento Sanitário Internacional, que são lastreados em evidências científicas. Ademais, cada Estado deveria regulamentar o tema à luz da sua competência-nível nacional, regional ou local- o que corresponderia às atribuições dos entes federativos, tal qual elencadas na Lei do SUS²⁴¹.

²³³BRASIL. *Decreto nº 10.212*, de 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.212%2C%20DE%2030,23%20de%20maio%20de%202005.>. Acesso em: 22 jan. 2022.

²³⁴BRASIL, op. cit., nota 122.

²³⁵BRASIL, op. cit., nota 124.

²³⁶BRASIL, op. cit., nota 193.

²³⁷BRASIL, op. cit., nota 189.

²³⁸BRASIL, op. cit., nota 125.

²³⁹BRASIL, op. cit., nota 123.

²⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 193.

²⁴¹BRASIL, op. cit., nota 71.

Destaca o ministro que, além das competências próprias de cada ente da federação para adotar medidas de controle, poderiam ser adotadas medidas complementares, em observância as diretrizes dos artigos 42²⁴² e 43²⁴³ do Regulamento Sanitário Internacional. Os artigos versam sobre a implementação das medidas de saúde e das medidas adicionais de saúde, direcionando os Estados Parte e elencando critérios que devem ser seguidos, com destaque para a menção de que as medidas adotadas deverão se basear em princípios científicos, evidências científicas ou orientação ou diretriz específica da OMS.

Em importante observação, o ministro lembra que a emergência internacional reconhecida pela OMS não traduz incompatibilidade entre liberdade e saúde pública e nem autorizaria discricionariedade sem controle ou contrapesos das medidas adotadas. Na realidade, os mecanismos de controle e contrapesos, característicos do Estado Democrático de Direito, além de protegerem as liberdades individuais também seriam instrumento de racionalidade coletiva, na medida que, permitiriam a coordenação das ações executadas pelos entes.

Sustenta o ministro que o art. 3º, § 11 da Lei Federal nº 13.979/20²⁴⁴, com redação dada pela Medida Provisória nº 926/20²⁴⁵, ao tratar de garantias dadas ao transporte de cargas está, em consonância com o que dispõe o regulamento sanitário, em particular quanto à necessidade de serem organizadas diretamente em comunicação com a OMS, conforme dispõe o art. 43 do Regulamento Sanitário Internacional²⁴⁶. Inclusive, destaca o ministro, que é possível a suspensão de competência dos demais entes pela União, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde que esteja amparada em compromisso internacional do Estado, como no caso em tela.

A ministra Rosa Weber²⁴⁷, por sua vez, destaca que a propagação do coronavírus é uma preocupação mundial, o que demanda o tratamento do tema em âmbito geral, abarcando ações regionais, nacionais e locais. Nesse sentido, ressalta que são necessárias ações coordenadas entre os Estados nacionais, pois a atuação de forma ineficaz de algum deles pode acarretar comprometimento das medidas tomadas pelos outros, diante da globalização.

A fim de amparar a sua decisão, a ministra lembra que o Brasil promulgou o Regulamento Sanitário Internacional por meio do Decreto nº 10.212/20²⁴⁸ que, em seu artigo 42, trata da implementação das medidas de saúde, que devem ser realizadas sem demora e

²⁴²BRASIL, op. cit., nota 193.

²⁴³Ibid.

²⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 123.

²⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 124.

²⁴⁶BRASIL, op. cit., nota 193.

²⁴⁷BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 193.

aplicadas de forma transparente e não discriminatória. De acordo com o dispositivo citado, os Estados Parte devem implementar medidas que confirmem nível de proteção à saúde igual ou superior ao das recomendações da OMS. Quando não adotadas as medidas de saúde recomendadas, os Estados Parte deveriam basear suas determinações em princípios científicos, evidências científicas ou orientações ou diretrizes específicas da OMS.

No tocante ao tráfego internacional, a ministra lembra que o art. 43 do Regulamento Sanitário Internacional²⁴⁹, estabelece que as medidas adotadas “não deverão ser mais restritivas ao tráfego internacional, nem mais invasivas ou intrusivas em relação às pessoas do que as alternativas razoavelmente disponíveis que alcançariam o nível apropriado de proteção à saúde”.

Assim, a ministra traça paralelo entre como o assunto deve ser tratado na ordem internacional e como o Brasil, país de dimensão continental, deve lidar com o tema, sob a ótica do modelo federativo brasileiro, que se caracteriza como federalismo de cooperação.

Entende a ministra que o Brasil deve se valer da sua estrutura federal para “evitar o caos”, com o estabelecimento de parâmetros mínimos que permitiriam a implementação de medidas diferenciadas, diante das competências comuns e concorrentes, sendo as medidas guiadas pelo princípio da proporcionalidade. Dessa forma, a Medida Provisória nº 926/20²⁵⁰ seria instrumento de urgência adequado para adoção de medidas específicas e pontuais necessárias à coordenação de ações e prevenção e combate nacional da pandemia de coronavírus, não havendo inconstitucionalidade por vício formal.

Já o ministro Luiz Fux²⁵¹ destaca em seu voto que não é facultado ao poder público ignorar as diretrizes adotadas pela comunidade internacional para o combate da pandemia de coronavírus. As evidências científicas deveriam ser balizas para nortear as ações nacionais, evitando que posições políticas gerem proteção insuficiente do direito à saúde.

Nesse sentido, o ministro lembra que, de acordo com art. 17 do Regulamento Sanitário Internacional²⁵², as orientações da OMS levam em consideração os seguintes critérios: opinião dos Estados Parte diretamente envolvidos, princípios científicos, evidências, informações científicas disponíveis.

Diante disso, vislumbra a existência de espaço discricionário para que a Administração Pública possa instituir as medidas que entenda necessárias para o enfrentamento

²⁴⁹Ibid.

²⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 124.

²⁵¹BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁵²BRASIL, op. cit., nota 193.

da pandemia de coronavírus. No entanto, ressalta o ministro que as medidas a serem adotadas precisam ser “para além das mínimas recomendadas pelos órgãos internacionais”²⁵³, proporcionais e fruto de um juízo de ponderação dos valores constitucionais afetados.

A ministra Cármen Lúcia²⁵⁴, por sua vez, em seu voto, destacou que a exigência de que as medidas de enfrentamento à pandemia sejam baseadas em evidências científicas encontra-se de acordo com a CRFB/88²⁵⁵, que determina a atuação eficiente da Administração Pública. Nesse sentido, colacionou julgados do Supremo Tribunal Federal²⁵⁶²⁵⁷ para ilustrar o entendimento de que o processo decisório de implementação de políticas públicas de saúde deve basear-se na medicina com evidências, prevalecendo, também, as medidas adotadas de acordo com as determinações da OMS e com a experiência internacional no combate ao coronavírus.

Diante do exposto nos votos dos ministros, a Corte decidiu e consignou na ementa do julgamento que os Estados Parte têm obrigação de adotar as medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas, devendo adotar as diretrizes da OMS²⁵⁸. A adoção das diretrizes da OMS é obrigatória por conta do disposto no art. 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde²⁵⁹ e porque contam com a *expertise* para dar eficácia de forma plena ao direito à saúde.

Tendo em vista que todos os entes federativos devem tutelar o direito à saúde, “a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial de Saúde”²⁶⁰.

²⁵³BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁵⁴Ibid.

²⁵⁵BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA nº 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 01 fev. 2022.

²⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.501*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966501>>. Acesso em: 01 fev. 2022.

²⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁵⁹BRASIL, op. cit., nota 191.

²⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 122.

3. IMPACTOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI N° 6341

O Supremo Tribunal Federal, em 15 de abril de 2020, no julgamento da ADI n° 6.341²⁶¹, por maioria de votos, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, dando interpretação conforme à Constituição ao §9º do art. 3º da Lei n° 13.979/20²⁶², para explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, conforme prevê o art. 198, I da CRFB/88²⁶³, o Presidente da República poderia, mediante decreto, dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Assim, questiona-se²⁶⁴ se teria a Corte Constitucional inovado ao reforçar a competência dos Estados e Municípios para a elaboração e execução de políticas públicas de combate à pandemia de COVID-19. Vinha prevalecendo nos julgamentos que se referiam à repartição de competências uma tendência de privilegiar as competências da União em detrimento das dos demais entes federativos²⁶⁵.

Nota-se que a solução apresentada pelo STF não foi a ideal para a superação dos entraves no enfrentamento à pandemia de coronavírus. Isso foi reconhecido, inclusive, pelo ministro Gilmar Mendes²⁶⁶ em seu voto.

A decisão proferida no bojo da ADI n° 6341²⁶⁷ não aprofunda os problemas do federalismo no Brasil e de forma genérica soluciona as questões relacionadas a repartição de competências, limitando-se a afirmar que cada esfera de governo deve respeitar as suas atribuições, em observância ao art. 198, I da CRFB/88²⁶⁸, que trata sobre a descentralização do SUS.

O STF, assim, reforçou competências comuns e concorrentes no momento da crise sanitária da COVID-19 e permitiu a criação de restrições locais e regionais. No entanto, não abordou como os entes federativos devem atuar de forma clara e nem os limites de sua atuação,

²⁶¹BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁶²BRASIL, op. cit., nota 123.

²⁶³BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁶⁴DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha Pedrosa; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva Pereira. A pandemia de COVID-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte? *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n° 96, p. 37-64, nov./dez. 2020.

²⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 280*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266284>>. Acesso em: 01 set. 2022
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 1007*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266615>>. Acesso em 01 set. 2022.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 750 MC*. Relator: Ministro Octavio Galloti. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346580>>. Acesso em 01 set. 2022.

²⁶⁶BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁶⁷Ibid.

²⁶⁸BRASIL, op. cit., nota 6.

ignorando as diferenças econômicas entre as regiões brasileiras e a isonomia no tratamento dos cidadãos.

É necessário reconhecer que voto do Ministro Gilmar Mendes²⁶⁹, de forma isolada, aborda a questão da assimetria econômica e populacional entre os entes federativos no Brasil, no entanto, a decisão da Corte não considera essa peculiaridade.

A solução adotada pelos ministros para o combate à pandemia pauta-se em uma concepção teórica do federalismo, que não se aplica a realidade brasileira. A solução teórica criada não é suficiente para dar conta do problema que é vivenciado na prática: a repartição de competências entre os entes federativos no contexto do federalismo à brasileira.

Esse tema ganha importância ainda maior quando se observa que há uma “falta de harmonia federativa”²⁷⁰ no país. Nesse sentido, a fragmentação das esferas decisórias tal qual propõe o STF contribui para a judicialização das políticas públicas, gerando insegurança jurídica e quebra na isonomia do tratamento entre os cidadãos.

Tanto é assim que o número de decisões judiciais prolatadas pelo STF versando sobre o tema pandemia de COVID-19 ultrapassa a marca de 13 (treze) mil²⁷¹. Esse número é expressivo especialmente porque trata-se apenas da competência da Corte Suprema.

Também se verifica um número expressivo de produção normativa, legislativa e regulamentar, de todos os entes federativos. No plano municipal, foram produzidas quarenta e sete mil setecentas e sessenta leis, cujo tema é pandemia ou coronavírus²⁷². No plano estadual foram produzidas duas mil duzentos e quarenta leis²⁷³. A União Federal, por sua vez, somando emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias e decretos legislativos (não computadas portarias e resoluções), atingiu a promulgação de três emendas constitucionais, quarenta e oito leis ordinárias, três leis complementares, cinquenta e sete medidas provisórias, trinta e sete decretos, dois atos conjuntos da Câmara dos Deputados e do Senado e um decreto legislativo²⁷⁴.

²⁶⁹BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁷⁰IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

²⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Combate à COVID 19*. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/covid19/>>. Acesso em: 03 abr. 2022.

²⁷²LEIS MUNICIPAIS. *Tenha conhecimento das Leis criadas pelo seu município e Governo do Estado, a respeito do novo Coronavírus (COVID-19)*. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>>. Acesso em 03 abr. 2022.

²⁷³Ibid.

²⁷⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Legislação Federal COVID 19- Coronavírus*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/relacoes-institucionais/legislacao-covid-19-2013-coronavirus/legislacao-federal-covid-19-coronavirus>>. Acesso em: 03 abr. 2022.

Logo, é possível observar que no contexto do federalismo à brasileira, o reforço das competências comuns e concorrentes dos entes em um momento de crise, que exigia que o “poder se vocalizasse a uma só voz”²⁷⁵, resultou em um precedente que gerou incertezas no acesso a direitos.

A proliferação de atos normativos dos entes federativos restringindo direitos, notadamente de locomoção e de exercício de atividades econômicas, sem coerência e unidade, resultou na violação frontal dos direitos fundamentais.

Além disso, a concessão de poder aos Estados e Municípios para a condução da pandemia de COVID-19, ao invés de os colocar em uma posição de igualdade com a União, ocasionou um desequilíbrio entre os entes. Não foi possível a adoção de uma Política de Estado²⁷⁶, já que as decisões políticas foram pulverizadas entre os entes federativos²⁷⁷.

Diante disso, considerando que o objetivo do federalismo é a promoção dos direitos fundamentais por meio da limitação do poder, cumpre examinar o impacto da decisão proferida no julgamento da ADI nº 6.341²⁷⁸ na estrutura federalista brasileira.

3.1. A releitura do federalismo no contexto da política de enfrentamento à pandemia do coronavírus

Durante o julgamento da ADI nº 6.341²⁷⁹, o termo federalismo cooperativo é abordado pelos ministros em diversas oportunidades, sendo possível contar vinte e seis menções a ele no acórdão exarado.

Sustentam os ministros que a CRFB/88²⁸⁰ implementou um federalismo cooperativo no Brasil e reconhecem que é necessário definir o contorno das competências dos entes da federação, com base nele. Tal necessidade teria emergido no contexto da pandemia de COVID-19, já que na prática não se verificou a cooperação entre os entes.

O voto da Ministra Rosa Weber²⁸¹ destaca que, no modelo federativo brasileiro, a autonomia atribuída aos estados não concede plena liberdade para o exercício da competência legislativa. Na realidade, a competência legislativa concorrente mitiga a centralização e delinea

²⁷⁵BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁷⁶A expressão foi utilizada para informar que não foram estabelecidos os princípios fundamentais que guiariam a nação no combate à pandemia de COVID-19, ou seja, não foi elaborada uma estratégia para lidar com a crise sanitária.

²⁷⁷IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

²⁷⁸BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁷⁹Ibid.

²⁸⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁸¹BRASIL, op. cit., nota 122.

um federalismo de cooperação, que atende ao princípio da predominância do interesse e dos deveres mínimos de proteção aos direitos fundamentais.

Para que isso seja viabilizado, o voto aponta que é necessário o aperfeiçoamento das instituições republicanas, com vistas a minimizar as tendências centralizadoras do federalismo brasileiro e promover a autonomia dos entes, em um verdadeiro federalismo de equilíbrio.

O voto reconhece, contudo, que a autonomia dos entes federados não pode “causar prejuízo à previsão de diretivas nacionais homogêneas, necessárias para a integração do país”²⁸². Nesse sentido, apresenta como solução a utilização da estrutura federal para o estabelecimento de parâmetros mínimos a serem observados por todos os entes no enfrentamento à pandemia de COVID-19, sem prejuízo da adoção de medidas diferenciadas, que poderiam ser inclusive mais rígidas, onde fossem necessárias.

Observa-se, que tal proposição é incoerente. Isso porque, não indica como seria possível adotar diretrizes nacionais homogêneas e, simultaneamente, diferentes medidas locais e regionais para a contenção da pandemia de COVID-19. Questiona-se como seria viável a homogeneidade quando se admite a adoção de medidas diferenciadas.

O voto do Ministro Luiz Fux²⁸³, por sua vez, reconhece que, no arcabouço federativo, os interesses nacionais são apresentados e reunidos na figura da União, que deve atuar quando a matéria a ser tratada ultrapasse o interesse do estado ou município. A centralização seria medida que proporciona a uniformidade federal na disciplina de determinados temas e, assim, evitaria o “caos na administração e na gerência da coletividade brasileira”²⁸⁴. Não obstante, o ministro entende que devem ser prestigiadas as iniciativas regionais e locais, dando liberdade para que os entes federativos façam suas escolhas normativas, em prestígio ao experimentalismo democrático.

Destaca o ministro que não se pode admitir em nome do pluralismo político e autonomia dos entes federativos atos normativos conflitantes e desconexos, sob pena de gerar insegurança jurídica. Resta indagar, como seria possível admitir e prestigiar as iniciativas locais e regionais em casos de litígios constitucionais, em matéria de competência legislativa, sem que isso gere uma proliferação de diplomas normativos e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

²⁸²Ibid.

²⁸³Ibid.

²⁸⁴Ibid.

Já o Ministro Alexandre de Moraes²⁸⁵, reconhece que a condução da pandemia de COVID-19 envolve assunto técnico, que deve ter tratamento uniforme em âmbito nacional. No entanto, ressalta que:

O que não podemos, com o devido respeito às opiniões em contrário, é, a partir da crise, e a partir de casos isolados de exagero, que a Justiça vem cassando, a partir disso, acabar com as autonomias estaduais, distrital e municipais, determinando uma centralização na União. Não é isso que, a meu ver, a Constituição permite.

Assim, apesar de reconhecer a necessidade de diretrizes uniformes de enfrentamento à pandemia de COVID-19, o ministro defende que dentro da competência comum, no âmbito do interesse local, regional ou nacional, seria possível a adoção de medidas de prevenção para a proteção dos cidadãos. Nesse sentido, destaca a possibilidade de governos estaduais, distritais e municipais adotarem medidas como isolamento, distanciamento social, quarentena, suspensão das atividades de ensino, restrições ao comércio, atividades culturais e circulação de pessoas.

Ademais, o ministro defende que eventual extravasamento de competência constitucional dos Estados ou Municípios não ensejaria a “quebra” do Federalismo. Casuisticamente, caberia a Justiça analisar as medidas tomadas e cassar aquelas que exorbitariam a competência delimitada na Constituição.

É interessante observar que o ministro tenta solucionar o problema enfrentado através de uma proposição um tanto quanto questionável: recorrer ao Poder Judiciário quando há um extravasamento da competência constitucionalmente estabelecida. Deixa, assim, de observar pontos cruciais no exame da matéria: quais são os limites da competência constitucional estabelecida para os entes federativos e, ainda, a excessiva judicialização das produções normativas, legislativas e regulamentares que versam sobre a pandemia do coronavírus.

É curiosa, inclusive, a menção do ministro a vinte e oito decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que anularam decisões de prefeitos municipais que teriam exorbitado a competência administrativa local. Tais decisões evidenciam uma indeterminação no tocante aos limites do exercício das competências constitucionalmente previstas e a excessiva judicialização do tema.

Diante das contradições apresentadas, observa-se que a coesão social e harmonização federativa, decorrentes do regime cooperativo, ficam fragilizadas pela análise casuística dos temas que chegam à Corte Constitucional.

²⁸⁵Ibid.

De acordo com Rafael Iorio²⁸⁶, as decisões exaradas pelos ministros do STF baseiam-se em preocupações eminentemente políticas, afastando-se da ideia de julgamento imparcial²⁸⁷. Assim, apenas em tese, o STF, ao atuar como árbitro da federação, solucionando dúvidas sobre as competências constitucionais dos entes federativos, viabilizaria a uniformização dos valores nacionais e resolveria a divisão constitucional de competência entre os entes. O que se observa, na prática, é que as decisões não são neutras e promovem um movimento centrípeto ou centrífugo na estrutura federalista brasileira²⁸⁸.

O movimento pendular da federação, que oscila entre centralização e descentralização da autoridade política e administrativa, e que ocorre dentro da mesma estrutura constitucional, também decorre do papel desempenhado pelo STF no exame de demandas que envolvem a federação brasileira.

A partir da análise das decisões proferidas pela Corte de 1988 até 2012²⁸⁹, é possível observar o privilégio de temas relacionados à competência privativa da União, reduzindo o campo de atuação dos demais entes no tocante às competências concorrentes²⁹⁰. Ademais, observa-se uma tendência do STF de admitir a ampliação dos limites da União para edição de normas gerais, no exercício da competência concorrente²⁹¹.

Assim, conclui-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal se pautou pelo caráter centralizador, zelando pelo princípio da uniformidade para a “manutenção da federação pela superação da heterogeneidade e primazia da unidade nacional”²⁹².

A partir de 2015, entretanto, observou-se uma redução da tendência centralizadora do Supremo Tribunal Federal, prestigiando a autonomia dos entes federativos no exercício das competências legislativas concorrentes.

Nesse contexto, os julgamentos das ADI nº 4.060, ADI nº 3.937 e ADI nº 4.173 merecem atenção, pois representam marco no tocante a posição da Corte em relação as normas

²⁸⁶IORIO FILHO, Rafael Mario. *Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)*. Curitiba: CRV, 2014, p. 38.

²⁸⁷O autor Rafael Iorio concluiu, a partir da análise dos discursos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quando diante de pedidos de intervenção federal, que a tomada de decisão dos membros do Poder Judiciário possui uma preocupação política, sob a ótica da concepção weberiana. Ibid.

²⁸⁸DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha Pedrosa; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva Pereira. A pandemia de COVID-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte?. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, nº 96, p. 37-64, nov./dez. 2020.

²⁸⁹BRASIL, op. cit., nota 262.

²⁹⁰Ibid.

²⁹¹Ibid.

²⁹²Ibid.

gerais editadas pela União²⁹³. Teria sido valorizada a descentralização legislativa, com a reafirmação do conceito de federalismo²⁹⁴.

É necessário frisar, no entanto, que os julgados mencionados ampliam a autonomia legislativa dos estados com base em uma função integrativa da Corte, para a ampliação de direitos fundamentais, não havendo fundamentação na autonomia legislativa dos entes subnacionais²⁹⁵.

Diante disso, considerando a jurisprudência do STF e a natureza política das decisões exaradas pela Corte, é necessário realizar o exame das peculiaridades que envolveram o julgamento da ADI nº 6.341²⁹⁶, para uma melhor compreensão da decisão proferida e, especialmente, para concluir se houve ou não uma releitura do federalismo brasileiro.

Na ocasião do julgamento da ADI nº 6.341²⁹⁷, observou-se uma grande instabilidade política. Nesse sentido, o levantamento realizado pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas²⁹⁸ indicou que os governadores dos estados brasileiros despontaram como contraponto ao Presidente Jair Bolsonaro durante a crise provocada pelo coronavírus.

A instabilidade política derivou do entendimento divergente sobre as medidas que deveriam ser aplicadas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19. O presidente se manifestou a favor do isolamento vertical, ou seja, do isolamento dos idosos e pessoas em grupos de risco, sendo favorável a reabertura do comércio. Em contrapartida, grande parte dos governadores defenderam medidas mais rigorosas de isolamento social, com o fechamento do comércio e a suspensão das aulas em instituições de ensino.

Assim, observa-se que a decisão foi proferida pela Corte Constitucional em um contexto de “intenso litígio federativo”²⁹⁹, sendo a postura adotada pelo Governo Federal, contraposta a dos entes subnacionais, fundamento decisório. Sobre o tema, as Advogadas-gerais da União, Andrea de Quadros Dantas, Maria Helena Martins Rocha Pedrosa e Alessandra Lopes da Silva Pereira³⁰⁰ sustentam:

²⁹³Ibid.

²⁹⁴Ibid.

²⁹⁵Ibid.

²⁹⁶BRASIL, op. cit., nota 122.

²⁹⁷Ibid.

²⁹⁸DIRETORIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS- SALA DE DEMOCRACIA DIGITAL. *Governadores despontam como contraponto a Bolsonaro em debate nas redes durante crise do Covid-19*. Disponível em: <<https://observademocraciadigital.org/posts/governadores-despontam-como-contraponto-a-bolsonaro-em-debate-nas-redes-durante-crise-do-covid-19/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

²⁹⁹DANTAS; PEDROSA; PEREIRA, op. cit.

³⁰⁰Ibid.

[...] o alinhamento das ideias dos ministros do STF em relação ao que defendido pelos entes subnacionais parece ter funcionado como um fator decisivo no reconhecimento de uma maior autonomia legislativa a tais entes, com a consequente redução do espaço normativo do ente central.

A posição do Governo Federal foi classificada pelos ministros do STF como omissa e prejudicial à proteção dos direitos fundamentais e isso foi crucial para a conclusão adotada no julgamento. Destaca-se, inclusive, que a própria ementa da ADI nº 6.341³⁰¹ consignou a posição dos ministros diante da postura do Governo Federal:

O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

Sendo assim, verifica-se que embora o julgado na prática confira maior autonomia aos entes subnacionais para a adoção de medidas restritivas e definição de atividades essenciais, o fez com base no contexto existente à época da pandemia de COVID-19. Apesar de em teoria uma crise sanitária demandar a centralização das medidas a serem adotadas, como reconhecem os ministros em seus votos, a postura adotada pelo Governo Federal ensejou a solução descentralizadora.

Logo, não se pode concluir que houve uma releitura do federalismo brasileiro à luz da ADI nº 6.341, com a ampliação da autonomia dos entes subnacionais e movimento centrífugo na estrutura federalista.

3.2. Desequilíbrio entre os entes federativos

A CRFB/88³⁰² equilibrou a força dos estados federados e do Estado Federal. De acordo com José Afonso da Silva³⁰³, ela “buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que tenta refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais”.

Assim, as unidades federativas brasileiras possuem, independentemente de seu tamanho, riqueza, população, as mesmas competências legislativas e executivas³⁰⁴. Há uma

³⁰¹BRASIL, op. cit., nota 122.

³⁰²BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁰³SILVA, op. cit., p. 104.

³⁰⁴LIZIERO, op. cit.

paridade entre os estados e entre os municípios, de forma que, “[...] não há Estado mais autônomo que outro, tampouco Município mais autônomo que os demais”³⁰⁵.

Demonstra isso o art. 24 da CRFB/88³⁰⁶ que dispõe que todos os estados brasileiros, sem qualquer diferenciação, são competentes para legislar sobre os temas ali elencados. Da mesma forma, são igualmente competentes para executar as competências comuns previstas no art. 23.

Logo, observa-se uma uniformização do direito estabelecida pela CRFB/88, no tocante a repartição de competências³⁰⁷:

A Constituição, ao repartir as competências, não levou em consideração a aplicabilidade de certas normas para certos Estados da federação em razão de suas particularidades; não importa se o Estado em questão for São Paulo ou Piauí, tão dispares entre si, eles somente poderão atuar conforme os poderes instituídos [...]

Não obstante, de forma surpreendente, a pretexto de garantir o pleno exercício das competências atribuídas aos entes federativos, a decisão proferida pelo STF no bojo da ADI nº 6.341³⁰⁸, feriu o equilíbrio existente na federação brasileira.

Aparentemente, a decisão prestigia a uniformidade dos poderes concedidos aos entes federativos, no entanto, uma análise mais profunda dos fundamentos invocados nos votos dos ministros, demonstra que ela fere o equilíbrio nas relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais.

Nesse sentido, cumpre analisar o voto do ministro Alexandre de Moraes³⁰⁹, no julgamento da ADI nº 6.341. O ministro reconhece que o tamanho continental do Brasil demanda a existência de uma estrutura federalista fortalecida, uma vez que, não se poderia demandar decisões de todas as matérias e em todos os aspectos do ente central. De acordo com o ministro, existem peculiaridades locais, que precisam ser levadas em consideração.

Destacou o ministro que a distribuição de competências administrativas e legislativas, tal qual prevista na CRFB/88, baseada no princípio da predominância do interesse, seria um norteador da atuação dos entes federativos. A União não poderia, portanto, monopolizar a condução administrativa da pandemia e, ao mesmo tempo, os municípios não poderiam, a partir da competência comum, “tornarem-se repúblicas autônomas dentro do próprio Brasil, fechando os seus limites geográficos, impedindo a entrada de serviços essenciais”³¹⁰.

³⁰⁵Ibid.

³⁰⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁰⁷LIZIERO, op. cit.

³⁰⁸BRASIL, op. cit., nota 122.

³⁰⁹Ibid.

³¹⁰Ibid.

Não obstante, mesmo reconhecendo que é imprescindível o equilíbrio entre os entes na estrutura federalista, o ministro apresenta solução contraditória para os entraves no enfrentamento à pandemia de COVID-19. Isso porque, entende que as medidas de interesse regional e local, tomadas por governos estaduais, distritais e municipais, no exercício de suas competências, podem implicar na suspensão das atividades de ensino, impor distanciamento social, restringir a circulação de pessoas e o comércio.

Questiona-se como seria possível o ente federativo não extrapolar a sua competência constitucional, uma vez que, autorizado a regular temas que geram consequências em escala nacional e interferem na competência dos outros entes federativos.

Não parece ser coerente a proposição formulada pelo ministro em seu voto. Ele expressamente afirma que o extravasamento das competências constitucionais concedidas aos Estados e Municípios não deveria acarretar a “quebra”³¹¹ do federalismo brasileiro. No entanto, considerando que o equilíbrio dos entes é um pressuposto da estrutura federalista, é problemático concluir pela viabilidade desse modelo de estado, ausente a paridade de poder dos Estados, Municípios e da União.

A ministra Rosa Weber³¹², por sua vez, em seu voto, reconhece que o federalismo de equilíbrio é um instrumento para o aperfeiçoamento das instituições republicanas, atenuando a centralização histórica do Estado brasileiro. A distribuição da competência entre os entes, na sua concepção, evitaria um “caos jurídico na federação”³¹³.

No entanto, destaca a ministra que a autonomia dos entes federados não deve causar prejuízo à previsão de diretrizes nacionais. Assim, idealmente, defende que a ação de política sanitária e fiscalizatória dos entes, quanto aos serviços e atividades essenciais, deve se dar de forma articulada.

Quando diante de omissão da regulação devida ou ausência de matéria que afete serviços públicos e atividades essenciais, entende a ministra que os entes federativos podem, de modo pleno, adotar medidas. Isso estaria amparado pela autonomia federativa.

Portanto, em nome da autonomia federativa, admite que os Municípios, Estados, Distrito Federal e a União mitiguem, de modo temporário, as liberdades fundamentais, em prol do direito à saúde.

³¹¹Expressão utilizada pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, para designar o fim do federalismo. De acordo com o ministro mesmo que um Município ou Estado extrapolem a sua competência, não se deve romper com a autonomia deles e acabar com o federalismo. A justiça deveria atuar, na sua opinião, contendo os exageros.

³¹²BRASIL, op. cit., nota 122.

³¹³Ibid.

Ocorre que, essa proposição, em última análise, permite que os entes federativos adotem medidas de forma desordenada e que interferem na esfera da competência alheia. Admitir, que um município ou estado mitigue uma liberdade fundamental em prol do direito à saúde, significa admitir que uma norma municipal ou estadual se sobreponha a uma norma nacional.

É cediço que cabe aos Municípios tratar de matérias de interesse local, bem como aos Estados tratar de matérias de interesse regional. No entanto, esse simples critério de predominância de interesse na repartição das competências constitucionalmente estabelecidas não se presta a resolver entraves em épocas de crise e, especialmente, quando a regulação de determinadas matérias se encontra em uma zona cinzenta entre o interesse local e regional. Além disso, ele não leva em consideração o impacto que determinadas normas municipais e ou estaduais podem ter em âmbito nacional.

Noutro giro, a autorização concedida pela ministra para que todos os entes federativos possam mitigar de modo temporário as liberdades fundamentais é perigosa sobretudo porque fere a lógica constitucional de que os direitos civis são tutelados, de forma nacional, pela União, traduzindo-se em competências exclusivas e privativas. Permitir a restrição das liberdades fundamentais pelos Estados e Municípios gera desigualdade no tratamento dos cidadãos brasileiros³¹⁴.

A título de exemplo apresenta-se o Decreto nº 47.027, de 13 de abril de 2020³¹⁵, editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que determinou a suspensão da circulação do transporte intermunicipal de passageiros que ligava a região metropolitana à cidade do Rio de Janeiro, bem como a visitação de pacientes diagnosticados com COVID-19, internados na rede pública e privada.

O ato normativo que, em tese, tutelaria os interesses regionais, interfere no direito de livre locomoção pelo território nacional, positivado no art. 5º. XV da CRFB/88³¹⁶, fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003³¹⁷). Assim, evidente que ultrapassa a seara regional, impactando direitos positivados de forma nacional, impondo aos habitantes do Estado do Rio de Janeiro limitações à direitos fundamentais, com a quebra da isonomia no tratamento entre os cidadãos.

³¹⁴ IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

³¹⁵ RIO DE JANEIRO. *Decreto Estadual nº 47.027*, de 13 de abril de 2020. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTA2MDQ%2C>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

³¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.

³¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.741*, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em: 20 jul. 2022.

A norma em comento viola frontalmente a autonomia dos entes federativos e acarreta um desequilíbrio entre eles, uma vez que, autoriza, em última análise, que o interesse regional se sobreponha ao interesse nacional. Privilegia-se o interesse regional no tratamento de matérias que, embora possam estar no âmbito de competência dos Estados, repercutem na esfera nacional e colidem com direitos já positivados e tutelados de forma homogênea pela União.

O ministro Edson Fachin³¹⁸, por sua vez, em seu voto, propõe que a distribuição de competência entre os entes federativos para a adoção de medidas de combate à pandemia de COVID-19 se baseie na Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS). Nesse sentido, ressalta que a diretriz constitucional de hierarquização, presente no caput do art. 198 da CRFB/88 não significaria a hierarquização entre os entes federados, mas sim um comando único em cada um deles.

De acordo com o ministro, no federalismo cooperativo, a delegação de competência a um dos poderes do estado não implicaria em hierarquização de poderes ou esferas de governo. Nota-se, entretanto, que a falta de clareza na atribuição de cada esfera de governo e o federalismo à brasileira, torna problemática, na prática a aplicabilidade de tal proposição.

Observa-se que os votos proferidos no bojo da ADI nº 6.341³¹⁹, apesar de mencionarem os princípios que são base do federalismo cooperativo, não adotaram solução que concretiza o equilíbrio entre os entes, pressuposto de sua existência. Assim, na prática, a decisão proferida apesar de tangenciar os princípios da lealdade federativa, da reciprocidade e da subsidiariedade da federação, negligencia o equilíbrio entre os integrantes da federação.

De acordo com o princípio da lealdade federativa, as unidades federadas devem observância não apenas as normas positivadas que regulam as relações entre elas, mas também a um dever recíproco de respeito, assumindo condutas favoráveis ao modelo de estado³²⁰. Nesse sentido, “O Presidente não pode atropelar as competências federativas, assim como os estados e municípios não podem atropelas as competências da União”³²¹.

No entanto, o que se vislumbra é que a solução adotada pelo STF não contribui efetivamente para a manutenção da lealdade federativa. A reafirmação das competências comuns e concorrentes no contexto da pandemia de COVID-19, permitiu a existência de restrições locais e regionais em contraposição à normativa nacional. Isso ensejou a sobreposição

³¹⁸BRASIL, op. cit., nota 122.

³¹⁹Ibid.

³²⁰HORBACH, Beatriz Bastide. *Lealdade federativa e exercício de competências*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lealdade-federativa-e-exercicio-de-competencias-09052020>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

³²¹Ibid.

de normas produzidas pelos entes municipais, estaduais e pela União, privilegiando-se umas em detrimento de outras.

Ademais, o reforço das competências comuns e concorrentes no contexto da pandemia de COVID-19 incentiva a intensa produção legislativa dos entes federativos e propicia a invasão da competência de um ente por outro. Essa consequência não parece se coadunar com o dever recíproco de respeito devido pelos entes federativos.

Torna ainda mais problemático o exercício da lealdade federativa, a autorização concedida no bojo da ADI nº 6.341 para mitigar de modo temporário de liberdades fundamentais. Questiona-se como seria possível respeitar as competências federativas se há uma autorização para o seu descumprimento concedida por ministro da Corte Constitucional.

O princípio da reciprocidade, por sua vez, informa que as unidades federativas devem adotar condutas que não gerem prejuízos umas às outras, em obediência à boa-fé recíproca. Assim deve haver uma harmonização entre os atos normativos produzidos pelos entes federativos.

Nota-se que a decisão do STF não contribui para a implementação do princípio da reciprocidade, uma vez que, desconsidera a necessidade de harmonização entre os atos normativos produzidos pelos entes federativos ao admitir que haja regulamentação pelos Estados e Municípios de temas que geram impactos que extrapolam a sua esfera, dando tratamento desigual aos cidadãos brasileiros. Nesse contexto, permite que se privilegie atos normativos editados por uns ou outros entes, desequilibrando o poder concedido a eles.

Já o princípio da subsidiariedade da federação³²², enuncia que a atribuição administrativa e legislativa deve ser implementada pelo ente que tem melhor condição prática de exercê-las, dando efetividade aos mandamentos constitucionais. Assim, privilegia-se o nível de governo que atuar de forma mais apropriada e eficiente, com maior economia.

A decisão proferida pelo STF na ADI nº 6.341 visa, diante da omissão do Governo Federal, conferir poder de atuação aos Estados e Municípios para a implementação das medidas necessárias ao combate da pandemia de COVID-19. Entendem os ministros que, dessa forma, seria possível atuar de forma mais apropriada e eficiente, já que atos emanados por autoridades locais e regionais espelhariam melhor a realidade da localidade, especialmente em um país tão extenso como o Brasil e com tantas desigualdades.

Ocorre que, a pretexto de viabilizar o combate a pandemia de forma mais eficiente com a possibilidade de adoção de medidas locais e regionais, se ignorou que alguns temas ficam

³²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n.º 109*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339418048&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

em uma zona cinzenta nas competências concorrentes e comuns e, ainda, que é necessária uma política de estado para a condução da crise e não decisões políticas pulverizadas.

Conclui-se, assim, que a decisão proferida na ADI nº 6.341 é um precedente perigoso. Diante da falha do federalismo cooperativo brasileiro, no contexto da pandemia de COVID-19, ela concede autorização para que os Estados e Municípios extravasem a sua competência constitucional e, assim, ignora que o equilíbrio dos entes é pressuposto da estrutura federalista. Sem equilíbrio entre os entes federativos, não subsiste estrutura federalista e, conseqüentemente, não se limita o poder para a viabilização dos direitos fundamentais.

3.3. A quebra da isonomia no tratamento dos cidadãos brasileiros no federalismo à brasileira

A decisão do STF na ADI nº 6.341³²³ reforçou as competências comuns e concorrentes dos entes federativos para que possam, preservada a atribuição de cada esfera de governo, dispor sobre as medidas para enfrentamento à pandemia de COVID-19 e, assim, favoreceu o tratamento diferenciado dos cidadãos brasileiros.

A pretexto de solucionar as questões referentes a atribuição dos entes para o enfrentamento à crise sanitária, a decisão proferida pela Corte fragmentou as esferas decisórias, gerando insegurança jurídica e aprofundando a desigualdade entre os cidadãos. Isso se tornou ainda mais evidente no tocante a restrição de circulação de pessoas e de funcionamento de instituições privadas e públicas³²⁴.

De acordo com Rafael Iorio e Fernanda Duarte³²⁵, a resposta dada pelo STF por meio do julgamento da ADI nº 6.341, no contexto da pandemia de COVID-19, evidenciou a falta de harmonia federativa à brasileira. Isso porque, não levou em consideração a moldura constitucional dos direitos civis e políticos.

Os direitos civis e políticos são regulados de forma nacional pela Constituição³²⁶, com a previsão de competências exclusivas e privativas da União. A decisão do STF, no entanto, permitiu restrições regionais e locais a esses direitos, ao reforçar as competências comuns e concorrentes durante a crise sanitária decorrente da pandemia do COVID-19. Assim, com o aval da Corte surgiram situações de tratamento diferenciado dos cidadãos sob a ótica nacional e local ou regional.

³²³BRASIL, op. cit., nota 122.

³²⁴IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

³²⁵Ibid.

³²⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

Verifica-se que no julgamento da ADI nº 6.341, o ministro Luiz Fux³²⁷ propõe o prestígio da iniciativa local quando se trata de matéria de competência legislativa concorrente. No entanto, reconhece que essa competência concorrente se retrai em casos de necessidade de uniformidade federal na disciplina do tema, quando seria necessária a centralização na regulamentação.

Questiona-se, assim, se a temática do exercício dos direitos civis e políticos não seria uma dessas matérias, que demanda tratamento uniforme na seara federal. A uniformidade do tema sob o prisma federal garantiria homogeneidade no tratamento dos cidadãos, retraindo a competência legislativa concorrente para a garantia da plenitude das competências exclusivas e privativas da União no tocante a tutela dos direitos civis e políticos.

Nota-se, entretanto, que essa preocupação com a uniformidade no exercício dos direitos civis e políticos não esteve presente nos votos dos ministros, no julgamento da ADI nº 6.341. Isso demonstra o “tratamento não uniforme, aplicado aos casos concretos e aos cidadãos desta república”³²⁸. As desigualdades estruturais da sociedade brasileira foram invisibilizadas, mais uma vez.

Evidencia a naturalização das desigualdades no país a fala do ministro Gilmar Mendes³²⁹ durante o julgamento da ADI nº 6.341. O ministro reconhece que no Estado do Mato Grosso houve a liberação do transporte por legislação estadual, mas que o Prefeito de Cuiabá manteve o fechamento, o isolamento social e proibiu o transporte no âmbito da cidade, o que teria ocorrido também em Santa Catarina. A solução que o ministro apresenta para a questão é, no entanto, um modelo de cooperação entre os entes.

Indaga-se como a proposição de um modelo de cooperação entre os entes seria capaz de erradicar as distinções no tratamento entre os cidadãos, já que, o modelo não isonômico é uma consequência tanto do tratamento normativo quanto jurídico dado aos brasileiros. A criação de um modelo institucional de participação federativa, tal qual propõe o ministro, não parece ser suficiente para solucionar a latente problemática que a pandemia de COVID-19 escancarou.

A ministra Rosa Weber³³⁰, por sua vez, em seu voto, sustenta que o Brasil deve se valer de sua estrutura federal para o estabelecimento de parâmetros mínimos para o enfrentamento da pandemia do COVID-19, sem prejuízo da adoção de medidas diferenciadas-

³²⁷BRASIL, op. cit., nota 122.

³²⁸IORIO FILHO, Rafael Mario et al. *A justiça brasileira sob medida: a pandemia no Brasil entre direitos e privilégios*. Disponível em: < <https://journals.openedition.org/sociologico/9952>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

³²⁹BRASIL, op. cit., nota 122.

³³⁰Ibid.

que poderiam, inclusive, ser mais rígidas, onde fosse necessário. Nota-se que se naturaliza, mais uma vez, sob o argumento de que a estrutura federalista brasileira assim permite, a possibilidade de tratamento diferenciado entre os cidadãos, conforme o local em que residem.

É curioso observar que o ministro relator, Marco Aurélio³³¹, propõe que no julgamento da ADI n° 6.341 a Corte tenha uma visão voltada ao coletivo, já que os interessados na solução jurídica dada são todos os cidadãos. Trata-se de preocupação legítima que em tese poderia levar a debate o tratamento conferido aos cidadãos brasileiros no contexto da pandemia de COVID-19.

No entanto, a decisão proferida pelo STF não demonstra preocupação com a isonomia do exercício dos direitos civis e políticos. Se limita a reforçar a competência dos estados e municípios para a adoção das medidas de combate à crise sanitária, sem considerar as desigualdades geradas por tal proposição.

Diante disso, conclui-se que a prolação da decisão do STF na ADI n° 6.341³³² demonstra algo já naturalizado na sociedade brasileira: a desigualdade no tratamento entre os cidadãos. Essa desigualdade revela-se no aspecto normativo, por meio das leis elaboradas e, no aspecto jurídico, diante da aplicação das leis pelo Poder Judiciário³³³.

A falta de uniformidade no tratamento dos brasileiros funda-se na ausência de estrutura jurídica no país que assegure “um mínimo de direitos comuns e compartilhados para todos os diferentes cidadãos”³³⁴. Apesar de existirem preceitos constitucionais republicanos, na prática, há uma hierarquização entre os membros do Poder Judiciário e a população que direciona a atribuição e aplicação de direitos.

Nesse sentido, Rafael Mario Iorio Filho et al³³⁵:

[...] a nossa tradição jurídica, em vez de desconstruir privilégios em busca e tratamentos uniformes aos sujeitos naturalmente diferentes, estende esses tratamentos particularizados ao máximo de segmentos sociais possível, criando, com isso, em plena república federativa, uma ambiguidade incompreensível, que, por sua vez, gera sucessivos e intermináveis mecanismos de desigualdade entre os cidadãos.

A decisão do STF³³⁶, contribuiu e tornou ainda mais clara a existência das desigualdades no âmbito brasileiro, ao permitir que cada ente regulasse matérias como transporte, locomoção e funcionamento de instituições da forma como entendesse mais

³³¹Ibid.

³³²Ibid.

³³³ IORIO FILHO et al, op. cit.

³³⁴Ibid.

³³⁵Ibid.

³³⁶BRASIL, op. cit., nota 122.

pertinente. Ela desconsiderou que o critério da predominância de interesses não é suficiente para resolver determinadas atribuições de competência, que ficam em verdadeiras zonas cinzentas, especialmente em momentos de crise, em que os entes não conseguem se articular em nome de uma cooperação.

Além disso, não foi levado em consideração como as medidas excepcionais de restrição à circulação de pessoas e funcionamento das instituições públicas e privadas atingem de forma desigual os cidadãos³³⁷. São exemplos notórios do impacto diferenciado entre os cidadãos das medidas excepcionais adotadas no âmbito da pandemia de COVID-19 os casos de “bônus COVID-19” e o tratamento concedido aos réus presos em seus pedidos de liberdade³³⁸.

Em relação ao tratamento concedido pelos presos em seus pedidos de liberdade cumpre esclarecer que, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)³³⁹, foram detectados 290 óbitos em função da COVID-19 entre os presos brasileiros, além de 66.979 casos confirmados da doença.

Em 17 março de 2020, a fim de mitigar a propagação da doença, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Recomendação nº 62³⁴⁰. Por meio dessa recomendação foi indicado que os juízes e tribunais deveriam reavaliar as prisões provisórias, diante da máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva.

Posteriormente, em 25 de março de 2020, reconhecendo a falta de uniformização dos entes federativos no enfrentamento da pandemia, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Nota Técnica nº 2/2020³⁴¹, elaborou um estudo e roteiro sugestivo de providências para a atuação no âmbito do sistema prisional. Nesse sentido³⁴²:

O Roteiro Sugestivo de Providências para atuação no âmbito do sistema prisional no enfrentamento da emergência em saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19 nasceu da constatação de que, a despeito das substanciais diferenças regionais que

³³⁷IORIO FILHO et al, op. cit.

³³⁸No artigo “A justiça brasileira sob medida: a pandemia no Brasil entre direitos e privilégios”, foram analisados os casos de auxílio-saúde, “fura-fila” de vacinação contra a COVID-19 e de apreciação de pedidos de liberdade de réus presos, para explicitar a desigualdade de tratamento dos cidadãos brasileiros. Ibid.

³³⁹DEPEN. *Medidas de combate ao COVID-19*: painel de monitoramento em sistemas prisionais brasileiros. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODIkdjg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

³⁴⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 62*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

³⁴¹BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Nota técnica nº 2*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Notas_T%C3%A9cnicas/CNMP-CSP-ROTEIRO-COVID-19.pdf>. Acesso em 20 jul. 2022.

³⁴²Ibid.

o Brasil guarda e da necessidade das unidades ministeriais atuarem nos limites apresentados por estas diferenças, cada Estado da federação e, não raro, cada Comarca vem estabelecendo padrões de enfrentamento da crise muito díspares. Como essa disparidade nem sempre tem decorrido das regionalidades acima indicadas ou das limitações físicas, financeiras ou orçamentárias inerentes ao sistema prisional em questão, mas da simples adoção de soluções divergentes, o documento em tela surge como um instrumento para conferir maior homogeneidade no tratamento das providências a serem implementadas pelo Estado, de modo a otimizar o alcance dos objetivos sanitários traçados pelo Ministério da Saúde, preservar os direitos decorrentes da dignidade humana e garantir a segurança pública.

Não obstante, mesmo após a edição da Recomendação nº 62 do CNJ e da Nota Técnica nº 2/2020 pelo CNMP, inúmeras decisões foram prolatadas, divergindo da tônica de prevenção da pandemia de COVID-19 e uniformização no tratamento dos cidadãos brasileiros que se encontravam inseridos no sistema penitenciário.

A fim de ilustrar a dissonância no tratamento dos réus presos, é importante apontar o Habeas Corpus nº 570.634³⁴³, do Distrito Federal, impetrado pela Defensoria Pública, que tinha como pacientes todas as pessoas presas em estabelecimentos prisionais do Distrito Federal que se enquadravam no grupo de risco da COVID-19. O ministro Nefi Cordeiro, relator do Habeas Corpus, em 06 de abril de 2020, indeferiu liminarmente o pedido de colocação dos pacientes em prisão domiciliar, sob o argumento de que a administração prisional estava adotando as medidas necessárias para combater e prevenir o coronavírus.

Observa-se, assim, que, nesse caso, o tratamento concedido pelo Poder Judiciário aos cidadãos atendidos pela Defensoria Pública, que eram grupo de risco da COVID-19, foi no sentido de não ampliar a prisão domiciliar, uma vez que, não estaria caracterizada hipótese excepcional que permitiria a adoção dessa modalidade de cumprimento de pena.

Esse mesmo entendimento foi replicado no julgamento do Habeas Corpus nº 572.292³⁴⁴, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, que tinha como pacientes os presos do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, que cumpriam pena em regime fechado e eram integrantes do grupo de risco do COVID-19. Em 09 de abril de 2020, o ministro Rogério Schietti Cruz, indeferiu liminarmente o processamento do habeas corpus entendendo que deveria ser concedido regime domiciliar a presos do grupo de risco que apresentassem, mediante atestado médico, sintomas da doença.

³⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 570.634*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108324497&tipo_documento=documento&num_registro=202000798419&data=20200414&formato=PDF>. Acesso em 20 jul. 2022.

³⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 572.292*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000845349&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em 20 jul. 2022.

Não obstante, de forma contraditória, em 09 de julho de 2020, no julgamento do Habeas Corpus nº 594.360³⁴⁵, a prisão preventiva de Fabrício Queiroz e de sua esposa, Márcia Aguiar, foi convertida em prisão domiciliar pelo ministro João Otávio de Noronha. De fato, Fabrício Queiroz encontrava-se com neoplasia maligna, enquadrando-se no grupo de risco do COVID-19. No entanto, outros presos na mesma situação não tiveram a prisão domiciliar concedida, como observa-se na análise dos Habeas Corpus nº 570.634 e nº 572.292.

Além disso, é importante destacar que Márcia Aguiar sequer se encontrava no grupo de risco da COVID-19. Conforme reconhece o ministro, inexistia nos autos provas de que suas condições de saúde indicassem risco maior ser contaminada pelo coronavírus. Ainda assim foi concedida a prisão domiciliar com duas finalidades: a prevenir de maior exposição aos riscos da contaminação por coronavírus e permitir a devida atenção e cuidado à saúde de seu marido.

Tal disparidade no tratamento entre as pessoas submetidas ao cárcere, evidencia as desigualdades no tratamento dos cidadãos brasileiros, que foi escancarada no contexto da pandemia de COVID-19. Trata-se da desigualdade sob o aspecto jurídico, diante da aplicação das leis pelo Poder Judiciário, que privilegia uns em detrimento de outros.

Sob o aspecto normativo, a desigualdade no tratamento entre os cidadãos brasileiros tornou-se ainda mais evidente no cenário da pandemia de COVID-19. Um exemplo amplamente divulgado pela mídia foi o “bônus COVID-19”³⁴⁶, indenização implementada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso para ajudar promotores, procuradores e servidores da instituição a cobrir gastos de saúde durante a pandemia.

De acordo com o Ministério Público do Estado do Mato Grosso³⁴⁷, o ato administrativo que instituiu o “bônus COVID-19” é legal, diante da autonomia administrativa para a instituição do benefício e das condições orçamentárias e financeiras existentes. Assim, entende que o benefício seria compatível com o regime remuneratório constitucional.

Nota-se, entretanto, que, em decisão liminar, no processo de controle administrativo nº 1.00301/2020-76³⁴⁸, o Conselheiro Relator Sebastião Vieira Caixeta, se manifestou contra a instituição do benefício. Salientou o relator que, por mais que aparente legalidade, a instituição

³⁴⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 594.360*. Relator: Ministro Felix Fisher. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-habeas-corpus-concedido-stj.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2022.

³⁴⁶EXAME. *Procuradores de Mato Grosso recebem "bônus covid-19" de R\$ 1 mil*. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/procuradores-de-mato-grosso-recebem-bonus-covid-19-de-r-1-mil/>>. Acesso em 20 jul. 2022.

³⁴⁷BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Decisão liminar no procedimento de controle administrativo nº 1.00301/2020-76*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/maio/1.00301.2020-76_-_Decisao_liminar_vf.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

³⁴⁸Ibid.

do benefício viola os princípios da proporcionalidade e da eficiência, que exigem do ordenador de despesa a análise do contexto social e econômico do país e a viabilidade financeira e orçamentária do benefício.

A decisão³⁴⁹ considerou que não era razoável instituir benefícios a uma parcela de servidores públicos durante a crise pandêmica, mas não abordou a desigualdade normativa resultante da instituição do benefício para uma parcela segmentada de servidores públicos, que se encontra em uma posição de poder. Assim, inviabilizou-se, mais uma vez, o tratamento não isonômico concedido aos cidadãos brasileiros.

Nota-se que “O federalismo, apesar de ter sido idealizado pela Teoria Constitucional como uma forma de estado que reforçaria a proteção às cidadanias por ser um mecanismo de limitação do poder, no Brasil, ele acaba por não as proteger.”³⁵⁰ Os casos apresentados, que despontaram na pandemia de COVID-19, exemplificam a desigualdade no exercício dos direitos civis e políticos dos brasileiros, que se relaciona diretamente com a dinâmica do federalismo à brasileira.

³⁴⁹Ibid.

³⁵⁰IORIO FILHO; DUARTE, op. cit.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou demonstrar a temática da repartição de competências no Brasil no contexto da crise pandêmica, especialmente diante da pulverização de decisões políticas e atos normativos editados pelos entes federativos para o combate à COVID-19.

Observou-se que a pandemia expôs e aprofundou as mazelas que já existiam no país relacionadas ao modelo de repartição de competências. A utilização do critério da predominância de interesse comprovadamente se revelou insuficiente para solucionar os impasses existentes entre os entes federativos. Ademais, notou-se que o federalismo cooperativo não foi viabilizado diante da polarização política.

Apesar da doutrina apontar que o modelo federalista brasileiro é cooperativo, na prática, a cooperação dos entes não se revela eficaz em momentos de crise, como o enfrentado, em que há uma oposição política entre os governadores e o Presidente da República. Nesses cenários, a par da histórica disputa entre a centralização e descentralização do modelo federalista brasileiro, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal assume o papel de árbitro da federação.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal revela-se problemática sobretudo porque simboliza que as decisões sobre repartição de competências no país são particularizadas, o que gera insegurança jurídica profunda diante da falta de previsibilidade dos entes federativos sobre quais temas e em quais limites podem exercer as suas competências concorrentes e comuns.

A análise da decisão proferida pela Corte na ADI nº 6.341 demonstra isso. Os ministros, em seus votos, reconhecem que a pandemia de coronavírus impõe uma visão voltada ao coletivo, à saúde pública, sendo interessados todos os cidadãos e todos os entes federativos. No entanto, partem de uma análise casuística da situação para reforçar as competências comuns e concorrentes.

O reconhecimento de que os Estados e Municípios são dotados de autonomia para a adoção de medidas para combate à pandemia do COVID-19, seguiu uma dinâmica centrífuga, que gera repercussões no campo dos direitos e liberdades individuais, com a quebra da isonomia no tratamento dos cidadãos. Observou-se que houve a quebra na isonomia no tratamento dos cidadãos tanto sob o prisma normativo, por meio das leis elaboradas quanto no aspecto jurídico, diante da aplicação das leis pelo Poder Judiciário.

Sob o prisma normativo, os direitos civis e políticos devem ser regulados de forma nacional pela Constituição, com a previsão de competências exclusivas e privativas da União. Apesar disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal permitiu restrições regionais e locais a

esses direitos, ao reforçar as competências comuns e concorrentes. Assim, com o aval da Corte surgiram situações de tratamento diferenciado entre os cidadãos dentro do país, sendo possível mencionar como exemplo as medidas excepcionais de restrição à circulação de pessoas e funcionamento das instituições públicas e privadas.

No tocante a aplicação das leis pelo Poder Judiciário, observou-se que no contexto da pandemia de COVID-19 não foi observada a isonomia no tratamento dos indivíduos que se encontravam encarcerados. Apesar da recomendação de concessão do regime domiciliar a presos do grupo de risco da doença, na prática, observou-se que inúmeras decisões foram prolatadas, divergindo da tônica de prevenção da pandemia de COVID-19 e uniformização no tratamento dos cidadãos brasileiros que se encontravam inseridos no sistema penitenciário.

Ademais, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.341 teria violado um pressuposto do modelo federativo: o equilíbrio entre os entes. Isso porque, sob o pretexto de viabilizar a adoção de medidas de combate à pandemia de COVID-19 pelos estados e municípios, permitiu que normas municipais prevalecessem sobre normas estaduais e vice-versa, o que não se coaduna com a ideia de que há uma paridade de poder entre os entes federativos, não se sobrepondo um ao outro.

Conclui-se, dessa forma, que o Supremo Tribunal criou um precedente perigoso ao julgar a ADI nº 6.341. Diante da falha do federalismo cooperativo brasileiro, no contexto da crise pandêmica, foi concedida autorização para que os Estados e Municípios extravasassem a sua competência constitucional. Assim, foi ignorado que o equilíbrio dos entes é pressuposto da estrutura federalista. Sem o equilíbrio entre os entes federativos, não subsiste estrutura federalista e, conseqüentemente, não se limita o poder para a viabilização dos direitos fundamentais.

O ideal seria que o Supremo Tribunal Federal compatibilizasse o exercício das competências legislativas e administrativas pelos entes federativos na falta de uma interpretação clara sobre as regras estabelecidas na Constituição Federal. A repartição de competências tal qual positivada torna complexa a solução das controvérsias, especialmente no cenário da pandemia de COVID-19, em que o federalismo cooperativo sanitário brasileiro falhou, se demonstrando frágil e incapaz de lidar com o imediatismo e as pressões políticas existentes no contexto da crise.

Sem uma posição consensualizada sobre a temática de repartição de competências comuns e concorrentes, para que haja a limitação do poder, vulnera-se a proteção da cidadania pela subversão da lógica federativa constitucional.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n.º. 24, p. 41-67, jun.2005.

_____. Descentralização e coordenação federativa no Brasil: lições dos anos FHC. In: _____. LOUREIRO, Maria Rita Garcia (Org.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC - parte 2*. Brasília: Seges, 2002.

_____. *Os barões da federação*. São Paulo: Hucitec Departamento de Ciência Política USP, 1998.

ARRETHCE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV; Fiocruz, 2012. [e-book]

BRASIL. *Lei n.º 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 31 out. 2021.

_____. *Medida Provisória n.º 927*, de 22 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 62*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Nota técnica n.º 2*. Disponível em: <https://www.cnmmp.mp.br/portal/images/Notas_T%C3%A9cnicas/CNMP-CSP-ROTEIRO-COVID-19.pdf>. Acesso em 20 jul. 2022.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. *Decreto nº 10.212*, de 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2020/decreto/D10212.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.212%2C%20DE%2030,23%20de%20maio%20de%202005.>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. *Decreto nº 10.282*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. *Decreto nº 26.042*, de 17 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. *Decreto nº 591*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 53*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm>. Acesso em: 15 nov. 2021.

_____. *Lei Federal nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 15 de jan. 2022.

_____. *Lei nº 10.741*, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. *Lei nº 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

_____. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 926*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. Ministério da Saúde. *Princípios do SUS*. Disponível em: <<https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>>. Acesso em: 30 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 570.634*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108324497&tipo_documento=documento&num_registro=202000798419&data=20200414&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 572.292*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000845349&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=p rocessos.ea.>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 594.360*. Relator: Ministro Felix Fisher. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-habeas-corpus-concedido-stj.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1007*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266615>>. Acesso em: 01 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 280*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266284>>. Acesso em: 01 set. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.470*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.501*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966501>>. Acesso em: 01 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6341*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 750 MC*. Relator: Ministro Octavio Galloti. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346580>>. Acesso em 01 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 109*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339418048&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgR nº 1247930*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5823142>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Combate à COVID 19*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/covid19/>>. Acesso em: 03 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STA nº 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 01 fev. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Legislação Federal COVID 19-Coronavírus*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/relacoes-institucionais/legislacao-covid-19-2013-coronavirus/legislacao-federal-covid-19-coronavirus>>. Acesso em: 03 abr. 2022.

CASSEB, Marcelo; PINTO, Ernani Varjal Medicis. *Estamos diante de um novo federalismo brasileiro?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/observatorio-constitucional-estamos-diante-federalismo-brasileiro>>. Acesso em: 17 out. 2021.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha Pedrosa; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva Pereira. A pandemia de COVID-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte?. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, nº 96, p. 37-64, nov./dez. 2020.

DEPEN. *Medidas de combate ao COVID-19: painel de monitoramento em sistemas prisionais brasileiros*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

DIRETORIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS- SALA DE DEMOCRACIA DIGITAL. *Governadores despontam como contraponto a Bolsonaro em debate nas redes durante crise do Covid-19*. Disponível em: <<https://observademocraciadigital.org/posts/governadores-despontam-como-contraponto-a-bolsonaro-em-debate-nas-redes-durante-crise-do-covid-19/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

FRANZESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando. Luiz. A combinação entre federalismo e as políticas públicas no pós-1988: os resultados nas áreas de saúde, assistência social e educação. In: ROCHA, Márcia Cristina Gomes da (Org.). *Reflexões para Ibero-América: avaliação de programas sociais*. Brasília: ENAP, 2009, p. 25-42.

HORBACH, Beatriz Bastide. *Lealdade federativa e exercício de competências*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lealdade-federativa-e-exercicio-de-competencias-09052020>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, nº 87, p. 5-22, jul./set. 1985.

IORIO FILHO, Rafael Mario et al. *A justiça brasileira sob medida: a pandemia no Brasil entre direitos e privilégios*. Disponível em: < <https://journals.openedition.org/sociologico/9952>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

IORIO FILHO, Rafael Mario. *Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)*. Curitiba: CRV, 2014.

IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. Reflexões sobre o federalismo à brasileira em tempos de pandemia da COVID-19. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 1049-1065, set./dez.2020.

LEIS MUNICIPAIS. *Tenha conhecimento das Leis criadas pelo seu município e Governo do Estado, a respeito do novo Coronavírus (COVID-19)*. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/coronavirus>>. Acesso em: 03 abr. 2022.

LIZIERO, Leonam. *Estado federal no brasil a descentralização pela assimetria*. 2. ed. Andradina: Meraki, 2021. [e-book]

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Histórico da pandemia de COVID- 19*. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

PROVEDORIA DE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA. *Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

RIO DE JANEIRO. *Decreto Estadual nº 47.027*, de 13 de abril de 2020. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTA2MDQ%2C>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.