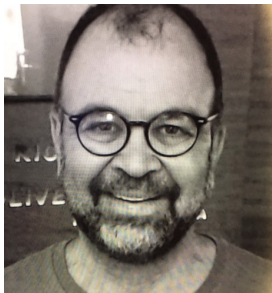


# Questão federativa e as medidas para enfrentamento da pandemia da Covid-19



## **Ricardo de Castro Nascimento**

Mestre e doutor em Direito. Juiz Federal em São Paulo. Foi Presidente da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul – AJUFESP e Coordenador do Seminário sobre Judicialização da Saúde da Escola de Magistrados da Justiça Federal da Terceira Região – EMAG.

---

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Federalismo cooperativo brasileiro. 3 Competência constitucional em matéria de saúde. 4 Aspectos jurídicos da calamidade pública da Covid-19. 5 Julgamento da ADI 6.341 pelo STF. 6 Conclusões. Referências.

## 1 Introdução

A ampliação do papel do Judiciário na elaboração e execução das políticas públicas não é fenômeno isolado brasileiro. Também não se limita à política de saúde pública, pois tem abarcado a própria política institucional.

Diariamente assistimos à judicialização da política. As sessões do Supremo Tribunal Federal se tornaram mais relevantes do que as sessões do Congresso Nacional. Sabemos o nome e temos opinião a respeito de cada um dos ministros. Em outros tempos, era raro alguém que soubesse o nome do então presidente do Supremo Tribunal Federal.

A ampliação do papel do Judiciário ganhou força com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo depois da segunda guerra mundial. A Constituição deixou de ser uma carta de princípios disciplinadora do poder político e passou a ter força normativa. O desenvolvimento do controle da constitucionalidade centralizado em uma corte constitucional tornou a força normativa da Constituição presente no dia a dia do cidadão. A partir de então, o que está escrito na Constituição é para valer e tem que ser cumprido.

No dia seguinte à publicação de uma lei, já temos sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal. É o terceiro tempo da política, cujo resultado depende da interpretação sobre a compatibilidade da norma aprovada no fórum político com a própria Constituição.

A pandemia da Covid-19 surge em meio a este cenário de intensa judicialização da política. Era previsível que as visões antagônicas de como tratá-la desaguardariam no Judiciário, seja no juiz da comarca, seja no Supremo Tribunal Federal.

Poderíamos tratar a judicialização das políticas públicas de enfrentamento da Covid-19 sob várias óticas. Optamos por um enfoque centrado no conflito federativo de-

corrente da adoção de medidas de combate à calamidade sanitária nas várias esferas de poder. Este é o nosso tema.

## 2 Federalismo cooperativo brasileiro

Nosso país adotou o federalismo até no nome. Somos a *República Federativa do Brasil*. Trata-se de um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito, sendo vedada a apreciação de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado<sup>1</sup>. Nossa federação tem como originalidade a participação também dos municípios expressamente considerados como membros autônomos detentores de esfera independente de poder<sup>2</sup>.

Não há hierarquia entre os entes federados. Cada um tem autonomia e independência para atuar na sua esfera de competência. A estrutura e as competências legislativas e administrativas estão expressamente consignadas na Constituição Federal, a quem todos devem obediência. No texto constitucional temos delineadas as competências administrativas<sup>3</sup> e legislativas<sup>4</sup> da União, Estados e Municípios. Os conflitos federativos são resolvidos com base na Constituição Federal da qual o Supremo Tribunal Federal é o principal guardião.

Em face da vinculação à Constituição, os entes federados não exercitam suas competências em total discricionariedade. Há o dever constitucional de cooperação entre eles, caso contrário, não haveria razão de ser da própria federação. É federalismo cooperativo, no qual cada ente exerce autonomamente as respectivas competências de forma coordenada com os demais entes federativos. Tal obrigação de coordenação fica ressaltada em situações de crise institucional.

1 Art. 60, § 4º, I, da CF.

2 Art. 1º da CF.

3 Artigos 21, 25 e 30, respectivamente, da CF.

4 Artigos 22, 25 e 30, respectivamente, da CF.



Fonte: [www.sindsaude.com.br](http://www.sindsaude.com.br)

Em ambiente de mútua cooperação, além das competências legislativas e administrativas de cada esfera de poder, temos a competência administrativa comum da União, Estados e Municípios<sup>5</sup> e a competência legislativa concorrente entre União e Estados<sup>6</sup>. Em algumas matérias, todos detêm competência, o que aumenta o risco de conflitos e, por consequência, há uma maior necessidade de cooperação.

Apesar do dispositivo constitucional referir-se à competência legislativa concorrente apenas da União e Estados, os Municípios sempre poderão complementar a legislação estadual e federal quando houver relevante interesse local<sup>7</sup>. É constitucionalmente possível que as três esferas da federação legislem concorrentemente sobre o mesmo tema, cabendo à União editar normas gerais, aos Estados e Municípios, normas suplementares para atender aos interesses regional e local.

### 3 Competência constitucional em matéria de saúde

A competência constitucional desdobra-se em competência administrativa e legisla-

5 Art. 23 da CF.

6 Art. 24 da CF.

7 Art. 30, I e II, da CF.

tiva. A primeira estabelece a quem incumbe a execução do serviço público. A segunda estabelece o ente competente para elaborar as normas abstratas e genéricas que regulam a prestação de serviço e limitam a atividade dos particulares.

Na Constituição de 1998, temos o poder compartilhado da União, Estado e Municípios para prestar o serviço público de saúde. É um caso típico de competência administrativa comum. Aqui, importante tornar expresso o dispositivo do artigo 23, II, da Constituição Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

O dever-poder de cuidar da saúde é de todos os membros da federação. O serviço deve ser prestado por cada ente da federação de forma integrada e sistematizada. É o Sistema Único de Saúde – SUS, instituído pela Lei nº 8.080/90, uma lei federal de âmbito nacional, que inclui as regras de cooperação federativa na prestação coordenada do serviço público.

Cada ente tem sua autonomia, mas todos têm a obrigação constitucional de atuar coordenadamente. Pode-se afirmar a existência de uma cooperação e coordenação compulsórias entre os entes federados em matéria de saúde pública. No melhor exemplo de federalismo cooperativo, a Constituição estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”<sup>8</sup>.

No âmbito da respectiva competência, cada ente federado pode expedir atos con-

8 Art. 198 da CF.

cretos, com base na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, fundamento do poder de polícia, que limitem a liberdade e a propriedade dos indivíduos. Tais atos não precisam ser necessariamente veiculados em lei, mas são expedidos na forma da lei, ou seja, baseados na lei e na competência constitucional. Respaldada na Constituição, a lei fixa os parâmetros da atuação da administração pública que se materializa em atos concretos. São estes atos concretos que limitam a liberdade do indivíduo com base na prevalência do interesse público maior.

Adiantando a cadência da exposição, em matéria de saúde pública, pode o chefe de executivo federal, estadual ou municipal, com fundamento na supremacia do interesse público (cuidar da saúde coletiva) sobre o privado, expedir um decreto estabelecendo uma limitação compulsória à liberdade e propriedade do indivíduo. Tal medida deve ter fundamento fático que a justifique como, por exemplo, uma situação de emergência de saúde pública e ter os parâmetros estabelecidos na lei e na Constituição.

Diante de uma calamidade sanitária, o poder executivo de cada ente federativo, com base na mesma competência administrativa comum, pode emitir normas restringindo a liberdade dos indivíduos. A medida deve guardar a devida proporcionalidade entre a situação de fato e o comando normativo. Tal proporcionalidade evidentemente estará sujeita aos mecanismos de controle, inclusive o judicial.

Como todos os entes federativos têm a competência administrativa comum, há sempre o risco de comandos contraditórios frutos da mesma competência constitucional. Qual deve prevalecer?

A resposta não é simples, nem consensual. Tudo vai depender do conteúdo da norma e de uma análise constitucional. Algumas hipóteses são de fácil solução. Assim, por exemplo, o prefeito não pode suspender

ou restringir o tráfego na rodovia estadual ou federal que atravessa o Município. Quando se tratar de atividade vinculada a serviço público federal ou estadual, os limites municipais são bastante estreitos. Já quanto à limitação do comércio, temos consenso em prol do exercício da competência municipal diante da prevalência do interesse local.

As medidas restritivas mais polêmicas de combate à pandemia têm vigência temporal limitada. Nem sempre os grupos de interesse contrários têm tempo hábil para um questionamento judicial da medida antes do esgotamento de seus efeitos.

Quanto à competência legislativa, a saúde é matéria da competência legislativa concorrente. Aqui também se faz necessário a transcrição do artigo 24, XII, do texto constitucional:

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

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

No exercício da competência legislativa concorrente, a União deve se limitar a normas gerais, expressão imprecisa, cuja delimitação do seu significado tem gerado rios de tinta da comunidade jurídica. Mas sem adentrar na complexidade do debate interpretativo, a União poderá estabelecer na lei apenas regras e princípios gerais, facultando aos Estados a promulgação de leis que complementam ou dão mais concretude às normas gerais federais.

Nos exatos termos do artigo 30, I e II, da Constituição, os Municípios também têm

competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, atendendo o interesse local. O Município tem o poder para emitir norma que dê maior concretude às normas federais ou estaduais.



Fonte: [www.brasilecola.uol.com.br](http://www.brasilecola.uol.com.br)

#### 4 Aspectos jurídicos da calamidade pública da Covid-19

A pandemia da Covid-19 passou a ser especificamente regulada pelo ordenamento jurídico nacional com a declaração de situação de emergência de saúde pública pela Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs “sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”.

Em seu artigo 3º, a Lei nº 13.979/2020 elencou as medidas que poderiam ser tomadas, pelas autoridades competentes, para o enfrentamento da emergência de saúde pública, a saber: a) isolamento<sup>9</sup>; b) quarentena<sup>10</sup>;

9 Isolamento: “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus” (art. 2º, I, da Lei nº 13.979/2020).

10 Quarentena: “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação

c) determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas e tratamentos médicos específicos; d) uso obrigatório de máscaras de proteção individual (incluída posteriormente pela Lei nº 14.019, de 02 de julho de 2020), e) estudo ou investigação epidemiológica; f) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; g) restrição excepcional e temporária de locomoção, inclusive entrada e saída do País, por rodovias, portos e aeroportos.

No exercício na sua competência legislativa concorrente em matéria de proteção e defesa da saúde, a União, considerando a situação de emergência, estabeleceu normas gerais, elencando as possíveis medidas a serem adotadas no combate à pandemia da Covid-19. Por enquanto, tudo de acordo com o figurino constitucional.

Nos termos da Constituição, caberia ao chefe do executivo de cada ente federativo, no exercício da sua competência administrativa, adotar uma ou várias das medidas previstas na lei federal geral. Assim, por exemplo, um prefeito teria respaldo legal para decretar medida de isolamento no Município.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.979/2020, a pandemia ganhou as proporções que conhecemos e os conflitos federativos em relação às medidas cresceram na mesma proporção. De um lado, o Presidente da República em uma postura negacionista e contrária à adoção de medidas mais rígidas e, do outro, boa parte dos governadores e prefeitos, seguindo as recomendações da Organização Mundial da Saúde – OMS, mais favoráveis a adoção de medidas de isolamento social.

Pouco mais de um mês de vigência da Lei nº 13.979/2020, mais exatamente no dia 20 março de 2020, o Presidente da República

ou a propagação do coronavírus” (art. 2º, II, da Lei nº 13.979/2020).

editou a Medida Provisória nº 926, alterando e acrescentando dispositivos.

A Medida Provisória nº 926 continha vários dispositivos alterando as regras gerais do procedimento licitatório para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia. Mas vamos focar em uma alteração específica no tocante aos limites das medidas a serem adotadas no enfrentamento da pandemia.

Ao introduzir, por meio da medida provisória, os parágrafos 8º e 9º ao artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, o Presidente da República excluiu dos efeitos das medidas os serviços públicos e as atividades essenciais e reservou para si a fixação de quais serviços e atividades seriam excepcionados<sup>11</sup>. Por decreto do Presidente da República seria publicada a lista das exceções.

A medida provisória delegou ao chefe do executivo da União a definição, via decreto, de quais os serviços e atividades que estariam excluídos dos efeitos das medidas adotadas por Estados e Municípios, especificando, por exemplo, o conceito aberto de “atividades essenciais”.

O Presidente da República tentou inverter a hierarquia das normas jurídicas, limitando a competência administrativa constitucional de Estados e Municípios. O seu decreto iria estabelecer os contornos das ações dos governadores e prefeitos, o que não encontra respaldo na Constituição.

11 “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

[...]

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º”.

Em um ambiente de intensa judicialização da política, a resposta não iria esperar muito.

## 5 Julgamento da ADI 6.341 pelo STF

Em 23 de março de 2020, três dias depois da publicação da Medida Provisória nº 926, o Partido Democrático Trabalhista – PDT ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº 6.341/DF, questionando justamente a constitucionalidade das alterações introduzidas pela medida provisória que limitaram a competência de governadores e prefeitos na tomada de medidas de combate à pandemia, centralizando na figura do Presidente da República a definição dos serviços públicos e atividades essenciais para efeitos da adoção de medidas de enfrentamento da pandemia.

É justamente este processo que o atual presidente se refere de forma crítica ao Supremo Tribunal Federal, afirmando que a Corte o deixou de “mãos amarradas” para combater a pandemia, que, a partir da decisão, passou a ser de responsabilidade de governadores e prefeitos.

Os aspectos jurídicos do combate à pandemia da Covid-19 foram objeto de várias decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>, mas foi na ADI nº 6.341/DF que o Tribunal fixou as balizas do seu entendimento sobre o conflito federativo envolvendo, de um lado, o Presidente da República e, do outro, governadores e prefeitos. Todas as decisões supervenientes derivaram do entendimento ali estabelecido.

Logo no dia seguinte após o ajuizamento da ação, o relator, Ministro Marco Aurélio, concedeu monocraticamente o pedido liminar deixando explícito que as alterações introduzidas pela medida provisória não poderiam limitar a competência constitucionalmente

12 ADIs nº 6.362, 6387 e 6.625 e ADPFs nº 672, 690, 754 e 709, entre outras.

assegurada aos Estados e Municípios. As medidas a serem adotadas pelos governadores e prefeitos continuavam a não poder ser limitadas pelo Presidente da República.

Em 15 de abril de 2020, em sua primeira sessão por videoconferência, o pleno do Supremo Tribunal Federal referendou e explicitou a decisão liminar, dando uma interpretação conforme a Constituição e esclarecendo que o Presidente da República poderá dispor, por decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, mas deve respeitar as competências asseguradas constitucionalmente aos Estados e Municípios<sup>13</sup>.

13 “REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. 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,

Em síntese, a adoção das medidas legais de enfrentamento da pandemia e sua respectiva extensão devem respeitar o pacto federativo e não um decreto presidencial. Governadores e Prefeitos têm o dever-poder de atuarem no combate à pandemia, adotando, por decreto, medidas de isolamento social que o estágio da pandemia exigir no âmbito regional e local, inclusive com parâmetros

implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, 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 da Saúde.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais”.

(STF, ADI 6.341/DF, Tribunal Pleno, referendo em medida cautelar, Relator designado Ministro Edson Fachin, julgado em 05/04/2020, publicação em 13/11/2020)

mais rígidos daqueles estabelecidos pelos outros entes federados.

Após a decisão, a Medida Provisória nº 926 foi apreciada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020, mas seus dispositivos devem ser interpretados de acordo com os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal, que asseguraram a competência constitucional de Estados e Municípios.



Fonte: *www.freepik*

## 6 Conclusões

A separação de poderes na democracia representativa moderna passa também por uma partilha territorial dos centros de poder. Diante das nossas dimensões continentais, a adoção do federalismo como forma de Estado possibilita uma maior flexibilidade da ação estatal compatível com as diferenças regionais. O Estado federal é fator fundamental para unidade da nação, permitindo o partilha-

mento dos espaços de poder por meio de representantes eleitos em cada esfera autônoma de poder. É na Constituição que encontramos os parâmetros e regras do pacto federativo.

Ao Judiciário cabe zelar pela obediência às regras do jogo preestabelecidas. Ele não é vocacionado para a elaboração das políticas públicas, mas corrige seus rumos com base no pacto maior que é a Constituição.

Nos mais de trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988, os embates federativos envolvendo o enfrentamento da pandemia da Covid-19 acima sinteticamente narrados constituem o melhor e mais didático exemplo de que vivemos em uma federação e há indivíduos e instituições zelando por ela.

A omissão do poder central não inibe a ação dos demais entes federados, que têm espaço assegurado pela Constituição para tomar as medidas que entenderem necessárias. O resultado positivo de medidas adotadas serve de exemplo a ser seguido pelos demais gestores.

O Estado Democrático de Direito sofre ataques diários no Brasil, o que exige vigilância permanente. Em momentos de crise, como a que estamos passando, é bom saber que ainda há juízes em Brasília<sup>14</sup>.

Nosso país é um exemplo a não ser seguido no enfrentamento da pandemia. Os números falam por si. Mas certamente a situação estaria ainda pior se não tivéssemos uma Federação e um Judiciário atuantes.

<sup>14</sup> A frase “Ainda há juízes em Berlim” refere-se ao conto *O Moleiro de Sans-Souci*, de François Andrieux. Na Prússia, em 1745, um moleiro que se recusava a abandonar sua pequena propriedade pretendida pelo rei Frederico II. Chamado à presença do monarca para explicar a sua resistência, teria dito a célebre frase. O moleiro confiava que a Justiça não haveria de distingui-lo do rei.

**Referências**

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6.341/DF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 30 mar. 2020.