



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

EUCLIDES CESAR JÚNIOR

FEDERALISMO E PANDEMIA: A “JURISPRUDÊNCIA DE CRISE” DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

FORTALEZA/CE

2022

EUCLIDES CESAR JÚNIOR

**FEDERALISMO E PANDEMIA: A “JURISPRUDÊNCIA DE CRISE” DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará a título de Dissertação, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA/CE

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C414f Cesar Júnior, Euclides.
Federalismo e pandemia : A jurisprudência de crise do Supremo Tribunal Federal / Euclides Cesar Júnior. – 2022.
152 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.
1. Federalismo. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Pandemia. 4. Constitucionalismo. I. Título.
CDD 340
-

EUCLIDES CESAR JÚNIOR

**FEDERALISMO E PANDEMIA: A “JURISPRUDÊNCIA DE CRISE” DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Área de concentração: Ordem e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Sandra Regina Martini
Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter)

Aos meus pais, Cesar e Liduína.

Ao meu amor e porto seguro, Jayne.

AGRADECIMENTOS

Por mais que apenas um nome apareça na autoria deste trabalho, é impossível cogitar que esta pesquisa tenha sido produto de apenas duas mãos.

Em termos acadêmicos, agradeço ao suporte prestado pelo meu orientador, Professor William Paiva Marques Júnior. Sem sua sabedoria, experiência, parceria e paciência este trabalho não teria sido possível. Suas contribuições foram sempre valiosas e engradeceram esta obra.

Devo estender a gratidão à Professora Sandra Regina Martini e ao Professor Gustavo Cesar Machado Cabral, cujas observações feitas por ocasião da minha qualificação foram determinantes para que eu descobrisse o verdadeiro rumo da pesquisa. Agradeço especialmente a Professora Sandra Regina por aceitar, novamente, fazer parte da Banca que avaliará a pesquisa.

Agradeço também ao Professor Felipe Braga Albuquerque, não apenas por fazer parte da Banca que examinará o trabalho, mas pelas lições passadas na disciplina de Direito Político, ministrada no curso de Mestrado, que influenciaram de forma decisiva a escolha do tema desta pesquisa.

Muitos outros professores do Programa de Pós-Graduação em Direito poderiam e mereciam estar listados nestes agradecimentos. Por medo de esquecer de algum deles, cito e agradeço especialmente a Professora Raquel Cavalcanti Ramos Machado, Coordenadora do Programa, com a qual obtive importantes lições na disciplina de Teoria da Democracia.

Não posso esquecer, ainda, da Secretaria da Pós-Graduação em Direito, cujo trabalho diligente de seus funcionários, Juliana Farias e Hamilton Vasconcelos, permitiram que eu sanasse rapidamente todas as minhas dúvidas a respeito dos procedimentos de matrícula, ajustes, agendamentos de bancas e outros pormenores.

No âmbito pessoal, há pessoas cuja importância não cabe em palavras. Primeiramente, agradeço a minha esposa, Jayne de Sá Carneiro, por todo o apoio e suporte, pela compreensão, pelo incentivo, pelas palavras certas nos momentos certos. Confesso que me escapam palavras para descrever meu amor e minha gratidão. Este trabalho também é seu.

Agradeço aos meus pais, Euclides Cesar Neto e Francisca Liduína Pereira de Sousa, por acreditarem em mim sem ressalvas. O amor que recebi e recebo de vocês impulsiona cada passo na minha vida – e com o curso de Mestrado não foi diferente. Não tenham dúvidas: este trabalho também é de vocês.

RESUMO

O presente trabalho visa fornecer subsídios para analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas disputas entre entes federativos no contexto da pandemia de covid-19 (entre fevereiro de 2020 e junho de 2021). Para tanto, expõem-se aspectos conceituais sobre o entrelaçamento entre política e direito no âmbito do Tribunal, além do histórico e da doutrina jurídica do federalismo, de modo a delimitá-lo como um dos objetos de estudo do presente trabalho, sobretudo o modo como o federalismo se incorpora à formulação do Sistema Único de Saúde. Busca-se encontrar um paradigma de decisão no Supremo Tribunal Federal a respeito dos dissensos envolvendo competências federativas antes da pandemia e, a partir deste paradigma, analisar as decisões proferidas durante a crise causada pela pandemia de covid-19. A abordagem se justifica pela politização que envolveu a formulação de políticas públicas para contenção dos danos causados pela doença, que pode (ou não) ter influenciado as decisões do Supremo no período. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos internacionais, da legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

Palavras-chave: Federalismo; conflitos federativos; Supremo Tribunal Federal; pandemia.

ABSTRACT

The present work aims to provide subsidies to analyze the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal in disputes between federal entities in the context of the covid-19 pandemic (between February 2020 and June 2021). To this end, conceptual aspects about the intertwining of politics and law at the Court are exposed, as well as the history and legal doctrine of federalism, in order to delimit it as one of the objects of study of the present work, especially the way federalism is incorporated into the formulation of the brazilian Sistema Único de Saúde (Unified Health System). It seeks to find a paradigm of decision in the Federal Supreme Court regarding the dissents involving federal competences before the pandemic and, from this paradigm, analyze the decisions rendered during the crisis caused by the covid-19 pandemic. The approach is justified by the politicization that involved the formulation of public policies to contain the damage caused by the disease, which may (or may not) have influenced the decisions of the Supreme Court in the period. The methodology used is bibliographical research through the analysis of books, legal articles, international documents, legislation, and jurisprudence. The research is pure and qualitative in nature, with descriptive and exploratory purposes.

Palavras-chave: Federalism; federal conflicts; Supremo Tribunal Federal; covid-19 pandemic.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Resultado do mérito das ADIs analisadas	60
Tabela 2 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (Governadores vs. Assembleias Estaduais)	61
Tabela 3 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (Concessionárias vs. Governadores e Assembleias Legislativas)	63
Tabela 4 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (União vs. Estados)	64
Tabela 5 – Resultado do mérito das ADIs analisadas	114
Tabela 6 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (excluindo discussões sobre ITCMD, foro por prerrogativa de função e atividades nucleares)	114
Tabela 7 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (decisões em matéria de competência concorrente)	115
Tabela 8 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (decisões em matéria de competência concorrente, excluídas as que se referem a ITCMD)	115
Tabela 9 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (Governadores vs. Assembleias Estaduais)	117
Tabela 10 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (União vs. Estados)	117
Tabela 11 – Resultado do mérito das ADIs analisadas (Concessionárias vs. Governadores e Assembleias Legislativas)	118

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRADEE	Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica
ABRAFIX	Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico
ACEL	Associação Brasileira das Operadoras de Celulares
ACO	Ação Cível Originária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CAP	Caixa de Aposentadorias e Pensões
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CF	Constituição Federal
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNS	Confederação Nacional de Saúde
CNTI	Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria
CONFENEN	Confederação dos Estabelecimentos de Ensino
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IAP	Instituto de Aposentadorias e Pensões
ICMS	Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
ITCMD	Impostos sobre Transmissão <i>Causa Mortis</i> ou Doação
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
NOAS	Norma Operacional de Assistência à Saúde
NOB	Norma Operacional Básica
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	Organização Mundial da Saúde
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PEC	Proposta de Emenda à Constituição

PGR	Procuradoria-Geral da República
PIB	Produto Interno Bruto
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SINPAS	Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
SL	Suspensão de Liminar
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TC	Tribunal Constitucional Português

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MEIO ÀS CRISES NO BRASIL	20
2.1	O Supremo Tribunal Federal como protagonista	21
2.1.1	<i>O Supremo ativista</i>	23
2.1.2	<i>O Supremo protagonista</i>	27
2.1.3	<i>A jurisprudência de crise</i>	32
2.2	O Brasil em ebulição	36
2.2.1	<i>“É a economia, estúpido!”</i>	37
2.2.2	<i>Novo governo e crise política</i>	40
2.3	O federalismo brasileiro	42
2.3.1	<i>O novo federalismo sob a Constituição de 1988</i>	44
2.3.2	<i>O sistema de saúde e a distribuição de competências federativas.</i>	47
2.3.2.1	Histórico da proteção à saúde no Brasil.	47
2.3.2.2	Federalismo cooperativo na proteção à saúde: o federalismo sanitário	49
2.3.3	<i>O federalismo sanitário em crise: a pandemia de covid-19 no Brasil</i>	55
3	O FEDERALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
3.1	Cooperativo, mas centralizado	59
3.1.1	<i>“Princípio” da simetria: paradigma de interpretação do federalismo</i>	60
3.1.2	<i>STF nas lides entre União e Estados</i>	66
3.1.3	<i>A proteção à saúde na divisão de competências federativas segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	80
3.1.3.1	A tese fixada no Tema de Repercussão Geral nº.: 793	85
3.1.3.2	A vedação do amianto na jurisprudência do STF	90
4	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PANDEMIA: REORIENTAÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO?	96
4.1	A pandemia de covid-19	97
4.2	O estado da arte sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-pandemia	99
4.3	O Supremo como protagonista nos conflitos federativos durante a pandemia	100
4.3.1	<i>A disputa sobre as medidas de isolamento social</i>	101
4.3.2	<i>Buscas por vacinas e paradiplomacia</i>	114
4.4	Federalismo no pós-crise	121
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	134

1. INTRODUÇÃO

Ainda no início do ano de 2020 o país se deparou com o desafio que seria, posteriormente, identificado como o maior na saúde pública desde a gripe espanhola: a doença causada pelo novo coronavírus (Sars-COV-2), batizada pela Organização Mundial da Saúde [OMS] de covid-19. Surgida em Wuhan, na China, rapidamente se espalhou pelo mundo, colapsando sistemas de saúde na Europa e nos Estados Unidos.

No Brasil, a pandemia gerou impacto em todos os setores da sociedade. Movimentou a economia, a política e, como não poderia deixar de ser, o direito. A condução do combate à pandemia contrapôs atores políticos relevantes; o dissenso chegou aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal [STF].

Investiga-se analiticamente a jurisprudência do Supremo Tribunal quanto a um aspecto bastante específico: a discussão sobre a distribuição de competências federativas no Brasil.

O primeiro motivo para escolha do tema foi o interesse pessoal deste pesquisador sobre federalismo, surgido ainda nas primeiras disciplinas do curso de Mestrado, derivado da percepção de que a divisão do Estado em entes autônomos unidos pelo laço federativo pode fortalecer o funcionamento da democracia neste mesmo Estado.

O segundo motivo foi o intenso debate a respeito da questão federativa no Brasil durante o ano de 2020. Com a chegada da pandemia de covid-19 ao Brasil, houve uma contraposição clara entre o governo federal, representado pelo Presidente da República e seus Ministros da Saúde, e os governos locais (sobretudo estaduais, mas também municipais), representados por Governadores, Prefeitos e Secretários de Saúde.

Isto porque o Poder Executivo Federal escolheu adotar uma política aparentemente pouco preocupada em seguir as orientações consensuais até então, oriundas da OMS. Apesar da promulgação da Lei nº. 13.979/2020, de sua iniciativa, o Presidente da República não hesitou em diminuir a gravidade da situação por meio de declarações públicas ou pela expedição de decretos que tendiam a diminuir o impacto de medidas profiláticas contra a disseminação do vírus.

A desvalorização da importância do combate à disseminação da doença não

esteve restrita às declarações e atitudes isoladas da Presidência da República; parece ter sido a própria política pública (ou ausência dela) escolhida pelo Poder Executivo para lidar com a pandemia.

Por outro lado, as autoridades dos Estados-membros se contrapuseram às atitudes do Presidente, determinando maior restrição à circulação de pessoas no interior dos respectivos territórios, medida entendida como principal meio de evitar o descontrole na contaminação pelo novo coronavírus no primeiro momento – diante da inexistência de imunizantes e medicamentos com eficácia comprovada no combate à doença.

Ainda no final do ano de 2020, os Estados arriscaram tomar as rédeas da vacinação no Brasil, haja vista a percepção de que havia pouco interesse por parte do governo federal em iniciar a imunização o mais brevemente possível. Assim, a despeito da legislação vigente sobre a política nacional de imunização no país, a inércia do poder central poderia abrir caminho para a atuação protagonista dos demais entes federativos.

Pois bem. Estes conflitos ganharam espaço no Poder Judiciário – mais precisamente, no Supremo Tribunal Federal, o qual veio a exercer o papel de árbitro da federação brasileira. Na arena jurídica, os polos se dividiam: de um lado, o Poder Executivo Federal; do outro, partidos políticos de oposição, a Ordem dos Advogados do Brasil [OAB], e os Poderes dos Estados.

O governo federal ansiava por exercer, centralizadamente, as competências previstas no art. 3º da Lei nº. 13.979/2020. Este dispositivo prevê quais as medidas poderiam ser adotadas pelo Poder Público para conter o avanço da pandemia, dentre os quais medidas de isolamento social, quarentena, testes laboratoriais e imunização. O próprio texto da Lei prescrevia que diversas medidas estariam sujeitas ao aval do Ministério da Saúde, do Ministério da Justiça, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária [ANVISA] e do próprio Presidente da República (no caso de serviços considerados essenciais).

Do outro lado, os Poderes estaduais buscavam legitimar os decretos locais que reduziam o rol de atividades essenciais e impunham isolamento social. Também buscaram garantir que, a despeito da inexistência de uma política uniforme de vacinação, pudessem agir para adquirir e aplicar os imunizantes nos respectivos territórios – o que poderia gerar desequilíbrios no alcance da vacinação a depender da região do país.

Este, em síntese, é o contexto que inspira a investigação do trabalho. Hoje, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, nas duas situações, respaldou a autonomia dos

Estados-membros. Assim, as políticas consideradas mais protetivas “venceram” a disputa – em outras palavras, os Estados saíram fortalecidos dos conflitos federativos, em que pese exista, no meio acadêmico, a percepção de que o Supremo Tribunal Federal tende a expandir as competências federais em detrimento das competências locais.

Assim, o trabalho investigará a respeito desta possível “virada jurisprudencial” que teria sido praticada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do ano de 2020. A questão principal pode ser assim resumida: “as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de conflitos federativos no combate à pandemia de covid-19 podem ser consideradas como parte de uma jurisprudência da crise”?

O termo “jurisprudência da crise”, inserido na questão, será abordado ainda no segundo capítulo do trabalho. Refere-se a um momento de mudança na jurisprudência para responder a um determinado contexto fático, sendo a jurisprudência portuguesa a principal referência para esta aferição. Expõe-se, porém, a possibilidade de ampliar o conceito e averiguar se é ou não pertinente às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Considerar que a mudança se deu para responder às circunstâncias concretas indica que as decisões possuem maior relação com o terreno da política do que, propriamente, com o Direito. Conforme ora abordado, isto não é incomum na história do Supremo Tribunal Federal; na verdade, a Corte se manifestar politicamente se tornou não apenas habitual, mas parte da estratégia de posicionamento do Tribunal perante a sociedade – sobretudo em momentos de crise, tão comuns na última década no Brasil.

O segundo capítulo encerra com a exposição sobre o federalismo brasileiro, especialmente no que diz respeito à organização do Sistema Único de Saúde [SUS]. Destaca-se este aspecto porque as principais decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de combate à pandemia utilizaram como fundamento, entre outros, a descentralização na execução dos serviços de saúde imaginada pelo constituinte e efetivada, em diversos níveis, pelo legislador infraconstitucional.

Este é o arcabouço teórico necessário para compreender os passos seguintes. No terceiro capítulo a pesquisa se dedica a traçar um paradigma de decisão do STF sobre federalismo – em outras palavras, o que esperar da Corte quando o tema discutido é a divisão de competências federativas.

A coleta de dados a respeito dos julgamentos do STF antes da pandemia se justifica: o trabalho propõe analisar os principais momentos em que a Corte se manifestou a

respeito da divisão de competências federativas durante a pandemia de covid-19 e aferir se houve ou não uma virada jurisprudencial apta a ser classificada como “jurisprudência de crise”. Para tanto, coletou-se resultados de diversos julgamentos realizados antes e depois dos períodos mais críticos da pandemia.

Por “resultados de julgamentos”, entenda-se as lides levadas ao Supremo Tribunal Federal e que foram decididas no plenário. Optou-se por discutir apenas as questões com mérito decidido pela Corte porque será a partir delas que será possível compreender quais os fundamentos para o Tribunal decidir da forma que decide. É certo que manifestações nos autos dos processos não são a única forma que a Corte e seus Ministros possuem para expor seus posicionamentos. Porém, outras pesquisas já abordaram os movimentos “fora da pauta” do STF; ademais, para aferir se houve ou não uma “virada jurisprudencial”, entende-se que o melhor material é conhecer as decisões do Supremo e suas fundamentações.

Visando analisar a jurisprudência do Tribunal no período pré-pandemia, optou-se por realizar determinados cortes de forma a tornar viável a pesquisa. O primeiro deles é o corte temporal: para defini-lo, escolheu-se como data-limite aquela do ingresso do Ministro Alexandre de Moraes na composição da Corte. Isto porque, com sua entrada, a formação do Supremo Tribunal Federal que proferiu as primeiras decisões a respeito da pandemia estava completa – buscando tornar a análise mais precisa. Assim, o corte inicial é do dia 22 de março de 2017. O limite temporal final, nesta primeira fase, é o dia 26 de fevereiro de 2020, data da primeira confirmação de um caso de covid-19 no Brasil, considerado o início “oficial” da pandemia por aqui.

Outro corte necessário foi o tipo de ação escolhido para análise. Optou-se por selecionar apenas Ações Diretas de Inconstitucionalidade [ADIs] e Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPFs], por se tratarem das ações de controle concentrado de constitucionalidade utilizadas durante a pandemia por parte da oposição ao governo federal para contestar a inação do poder central. Ademais, incluir ações subjetivas na pesquisa inviabilizaria o projeto, haja vista o elevado volume de decisões; não obstante, eventualmente serão mencionadas decisões em sede de Recurso Extraordinário, desde que relevantes para a discussão.

Será o caso, por exemplo, da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº.: 855.178/SE, que fixou a Tese de Repercussão Geral nº.: 793, relevante para a compreensão do atual posicionamento do Tribunal a respeito do federalismo (especialmente em matéria de

saúde), além de ter antecedido por pouco tempo a crise causada pela pandemia de covid-19. Muito embora se trate de uma decisão em sede de recurso, seu julgamento envolveu a rediscussão da jurisprudência da corte acerca da divisão de responsabilidades entre os entes federativos e fixou o entendimento do Tribunal para decisões futuras, inclusive na discussão sobre as competências federativas no combate à pandemia.

Ainda sobre os limites dos julgamentos coletados, optou-se por excluir questões envolvendo Municípios. Isto porque, embora sejam considerados também entes federativos, sua posição no pacto federativo é *sui generis*, distante por dois níveis da União, havendo uma relação mais direta com os Estados-membros. Por entender que este tipo de análise mereceria uma pesquisa própria, deixou-se de computar tais dados.

Também não foram incluídas lides envolvendo o tema de guerra fiscal, bem como quaisquer conflitos federativos entre Estados-membros – o objetivo do capítulo é verificar a existência de tendência de concentração de competências federativas na União. Dissensos envolvendo Estados-membros entre si não contribuem para esta finalidade.

O capítulo ainda conta com uma exposição a respeito do (assim chamado) “princípio” da simetria, utilizado largamente pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a inconstitucionalidade de leis e dispositivos das constituições estaduais sob o argumento de que a normatização federal é de reprodução obrigatória. Como seu uso é constante na solução de lides sobre competências federativas, não seria possível construir um parâmetro de decisão do Supremo Tribunal Federal sem mencioná-lo.

A ideia foi de obter, após a análise, uma “decisão média” do STF quando o assunto é repartição de competências federativas. Em outras palavras, buscou-se cristalizar a expectativa criada sobre qualquer pronunciamento da Corte quando o assunto é pacto federativo e divisão de competências.

Evidentemente, isto não seria possível sem incluir julgamentos nos quais o STF se manifesta expressamente sobre direito à saúde, tema central nas decisões proferidas durante a crise causada pela pandemia e que são analisadas no decorrer do capítulo quatro.

O quarto capítulo trata da questão principal: as decisões do Supremo Tribunal Federal que destoaram da compreensão habitual a respeito das competências federativas instituídas pela Constituição de 1988.

No decorrer da pesquisa, notou-se que seria impossível responder à pergunta

que orienta o trabalho olhando apenas as decisões a respeito do combate à pandemia; seria necessário olhar para o pós-crise (ainda que seja este um período muito recente, o qual segue em curso neste momento).

Assim, buscou-se analisar as decisões que referendaram as competências legislativas e administrativas dos Estados e Municípios para combater a pandemia da maneira que melhor se adequasse aos seus respectivos territórios. Estas decisões se referem a três momentos distintos: a disputa a respeito das políticas de isolamento social; a permissão para Estados buscarem vacinas por conta própria; a possibilidade de Estados decretarem obrigatoriedade da imunização.

Em todas estas ocasiões, a política pública defendida pela União era oposta àquela sustentada pelos Estados. Apesar de haver posicionamentos anteriores no sentido de que as normas gerais emanadas da União deveriam ter primazia sobre às normas específicas dos Estados, o Supremo Tribunal Federal entendeu, desta feita, diluir a competência entre União, Estados e Municípios, promovendo uma política de combate à pandemia descentralizada.

É importante mencionar que este trabalho não fará uma análise de mérito a respeito das decisões proferidas pelo STF. A concordância ou discordância do autor em relação ao teor das decisões não entrará em pauta, a não ser pelo aspecto específico da interpretação feita pela Corte a respeito da repartição de competências federativas.

Em momento posterior do capítulo, buscou-se repetir a análise feita no capítulo terceiro, mas com recorte temporal distinto. Optou-se por iniciar este novo recorte a partir do dia primeiro de janeiro de 2021, quando dois dos três pontos principais levantados no trabalho já haviam sido discutidos e os principais argumentos já haviam sido apresentados, indo até o dia 30 de junho de 2022, metade do ano corrente, data recente, mas que permite o distanciamento inicial para a produção da pesquisa.

Para o terceiro e o quarto capítulos, o trabalho usou como fontes principais as decisões do STF e artigos acadêmicos relacionados ao tema, todos disponíveis mediante consulta simples em mecanismos de busca na internet (como *Google*, o portal de periódicos da CAPES e o sistema de busca de jurisprudência do próprio sítio virtual do Supremo). Para o segundo capítulo, buscou-se também livros de outras áreas, mas que estivessem relacionados com o tema discutido, como da sociologia (vide a menção a Niklas Luhmann) e da economia (caso da economista Laura Carvalho). Também foram selecionadas notícias de portais

jornalísticos, como Folha de São Paulo, O Globo, G1, entre outros.

Evidentemente, a escolha das fontes vai refletir, em alguma medida, a visão de mundo e convicções do autor. Não obstante, o trabalho busca manter, em todo seu texto, o aspecto técnico da análise que se pretende fazer.

Do ponto de vista teórico, é importante ressaltar que se investiga, em termos concretos, uma situação que pode ser descrita abstratamente como permeabilidade do sistema jurídico ao sistema político, nos termos empregados por Niklas Luhmann. Isto porque a “jurisprudência de crise” representa um órgão de cúpula do sistema jurídico decidindo sob códigos de outros sistemas, notoriamente o político (ainda que disfarçadamente, por meio do uso superficial de seus próprios signos).

Sobre jurisprudência da crise, a principal referência utilizada será o livro “Jurisprudência da Crise: uma perspectiva pragmática”, de Andréa Magalhães, por ser o mais profundo estudo sobre o tema no Brasil. Ademais, a obra ganha valor maior ao se considerar a perspectiva profissional da autora – assessora jurídica do Ministro Luiz Fux – permitindo compreender como o STF pode tomar decisões pragmáticas e consequencialistas.

Desde já, porém, deve-se diferenciar a abordagem utilizada pela autora – voltada para a analisar o pragmatismo econômico do STF em suas decisões – da abordagem neste trabalho – que considera o pragmatismo do Tribunal sobretudo no âmbito político e sanitário.

Quando este trabalho tratar de federalismo brasileiro, a autora referência será Marta Arretche. Seus trabalhos a respeito dos movimentos de centralização e descentralização do federalismo brasileiro inspiraram a visão deste autor, ainda partam da perspectiva da Ciência Política e não do Direito.

Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, e da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MEIO ÀS CRISES NO BRASIL

Investiga-se, de forma qualitativa, decisões do Supremo Tribunal Federal em três momentos distintos – antes, durante e depois da pandemia de covid-19 – para aferir se é possível identificar elementos de “jurisprudência de crise” nas decisões tomadas no período intermediário – durante a pandemia. Isto porque, muito embora a pandemia de covid-19 tenha sido um significativo desafio para o sistema de saúde brasileiro, o governo federal não pareceu demonstrar o necessário apoio ao enfrentamento e às medidas de controle de contágio pela doença. O STF, por sua vez, parece ter reorientado sua jurisprudência no sentido de valorizar as competências de Estados e Municípios a fim de mitigar os efeitos causados pela inação da União no combate à disseminação da doença.

Segundo o próprio Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal teria impedido a atuação do governo federal ao conferir autonomia aos Estados e Municípios para adoção de medidas de contenção da doença, cabendo à esfera federal apenas o “envio de recursos” para a operacionalização por parte de prefeitos e governadores (O GLOBO, 2021).

O elemento a ser ponderado, porém, não é apenas a leitura feita pelo presidente a respeito das decisões proferidas pelo STF, mas a insistência na retórica conflitiva contra a Corte máxima do país. Mesmo durante a campanha eleitoral, o atual presidente questionou a isenção dos ministros e afirmou que as decisões do tribunal vinham “envergonhando a todos nós” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018).

O trabalho prescinde de uma lista de ataques do Presidente ao STF. Entende-se pertinente apenas mencionar que o clima belicoso permaneceu durante o exercício do mandato e permanece até hoje, muito embora o Presidente da República já tenha indicado dois ministros para a composição do Tribunal.

O fundamental é perceber que o Brasil vivia uma crise mesmo antes da chegada da pandemia. Desde as manifestações populares de junho de 2013 – que colocaram o sistema político contra a parede –, passando pela deflagração do processo de *impeachment* contra a então presidenta Dilma Rousseff ainda no primeiro ano de seu segundo mandato, até a ascensão ao poder do atual presidente – em eleições marcadas por ataques físicos e virtuais –, pode-se afirmar que a década de 2010 foi profícua em momentos de tensão.

O próprio Supremo Tribunal Federal esteve no centro de conflitos entre

poderes da República que aprofundaram a crise (em seu âmbito político). Marcos Nobre aponta situações como a prisão do senador em exercício Delcídio do Amaral, em 2015, o impedimento de Luís Inácio Lula da Silva de assumir a posição de chefe da Casa Civil de Dilma Rousseff, em 2016 (o que veio a se repetir no atual governo, em 2020, quando Alexandre Ramagem foi impedido de assumir a chefia da Polícia Federal também por decisão do STF), e a suspensão do mandato do então presidente da Câmara dos Deputados, também em 2016 (NOBRE, 2020, p. 40). Ainda em 2016, a resposta do corpo político veio por intermédio da Mesa Diretora do Senado, que descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal e manteve o senador Renan Calheiros na presidência da Casa (O GLOBO, 2016).

O presente capítulo, sendo o primeiro a abordar o tema central deste trabalho, focará nos aspectos teóricos dos elementos discutidos: a relação do Supremo Tribunal Federal com as esferas da política institucional, as crises que aprofundam essa relação e o federalismo, principal objeto de discussão nas decisões que serão analisadas nos capítulos seguintes. Por se tratar de um trabalho jurídico, dedicar-se-á maior espaço à análise da atuação do STF do que à apreciação dos inúmeros motivos, de ordens diversas, que levaram o país ao Estado de crise no qual se encontra até hoje.

2.1. O Supremo Tribunal Federal como protagonista

O presente trabalho visa investigar fatos em um período de crise: a pandemia de covid-19 no Brasil. Porém, a crise sanitária foi apenas mais uma dentre as diversas crises já presentes em solo brasileiro. Acredita-se que o Supremo Tribunal Federal desempenhou papel relevante em algumas destas crises, motivo pelo qual este tópico será dedicado ao tribunal.

Primeiramente, saliente-se que o trabalho, nesta fase, visa investigar as relações do Supremo Tribunal Federal com os demais Poderes e, porque não dizer, com os mais diversos atores sociais. Para tanto, será necessário o aporte de um arcabouço teórico que, a despeito de sua importância para a pesquisa, não será explicado em minúcia. A apresentação dos conceitos teóricos será feita apenas naquilo que importa para a compreensão da pesquisa e de seus objetivos.

Isto posto, oportuno esclarecer o que se entende por “sistema”: sem pretender adicionar ao trabalho elevado grau de complexidade em termos de sociologia do direito, o

conceito de sistema ora empregado se aproxima daquele descrito por Niklas Luhmann – um objeto capaz de se reproduzir de forma autorreferencial (autopoiese), nascido da diferenciação ocorrida no seio de um sistema anterior.

Sendo assim, “política” e “direito” podem ser considerados diferentes sistemas dentro do sistema maior, a “sociedade”. Para que ambos funcionem no equilíbrio ideal, é importante que mantenham sua diferenciação em relação ao entorno: conforme adverte o próprio Luhmann, a conservação dos limites dos sistemas em relação aos respectivos entornos significa a conservação do próprio sistema em si (LUHMANN, 1998, p. 38).

Partindo desta referência teórica, interessa à pesquisa a noção de “acoplamento estrutural”, consequência natural da diferenciação funcional da sociedade. *Grosso modo*, pode-se afirmar que tais acoplamentos são instrumentos tais como portas giratórias, ao mesmo tempo capazes de manter a individualidade dos sistemas e de torná-los permeáveis ao ambiente.

No caso dos sistemas “política” e “direito”, a Constituição é a instituição responsável por tal acoplamento. Dentro deste acoplamento, existe a instituição na qual “se expressa de forma concentrada o problema do acoplamento estrutural”: o tribunal constitucional (LUHMANN, 2000).

Evidentemente, ambos os sistemas terão influências recíprocas entre si, bem como serão influenciados pelo sistema maior que os engloba – a sociedade. Não obstante, o que se espera das instituições que compõem cada um dos sistemas é que elas ajam de acordo com os códigos e instrumentos característicos de cada sistema.

Desta forma, quando se diz que o Supremo Tribunal Federal adotou determinado entendimento por critérios políticos em detrimento dos jurídicos, em outras palavras, quer-se dizer que o sistema (ou esfera, ou âmbito) jurídico deixou de operar segundo seus próprios códigos (autorreferência) e passou a operar segundo códigos de outro sistema – no caso, o sistema político (alopoiese).

No caso do Direito, espera-se que suas instituições operem sob o código “lícito/ilícito”. O Supremo Tribunal Federal é a corte máxima do país, ou seja, é o tribunal detentor da última palavra acerca do que é lícito ou não – mais precisamente, o STF é a instituição por excelência a operar com o código “constitucional/inconstitucional”. No caso da Política, outros serão os códigos, devendo deles o sistema jurídico se afastar para manter sua própria coesão, ainda que seja por ele influenciável.

Em outros termos: as decisões do Supremo são parte do canal de comunicação do sistema do direito com os demais sistemas da sociedade (ambiente). Sendo organismo que integra o acoplamento estrutural entre política e direito, é natural esperar alguma permeabilidade ao ambiente por parte da Corte. Como centro do sistema jurídico, porém, seu regular funcionamento dependerá de consistência e da capacidade de reprodução conforme seus próprios códigos – assim, espera-se das ações do Tribunal reforço à segurança jurídica (previsibilidade) e capacidade de manter a diferenciação funcional em relação aos demais sistemas.

Dois fatores serão trazidos à tona para explicar como as manifestações do Supremo Tribunal Federal contribui para gerar algum ruído social, político e jurídico. São eles: a assunção do chamado “neoconstitucionalismo” por parte dos ministros do Tribunal, exemplificados aqui por Luís Roberto Barroso, mais destacado defensor desta “teoria”, e a concentração de competências (inclusive, eventualmente, por autoatribuição) no STF. Na prática, estes fatores se entrelaçam, sendo difícil diferenciá-los; para fins didáticos, serão tratados como fenômenos distintos.

2.1.1. O Supremo ativista

É comum a crítica ao Supremo Tribunal Federal acusando-o de ser “ativista”. Trata-se, porém, de termo impreciso; para definir seus contornos, usar-se-á a definição de Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual:

(...) um tribunal é ativista quando assume competências que não são claramente atribuídas a ele, mas tampouco a outros órgãos, pelo texto constitucional ou pela legislação ordinária. Como competências são recursos limitados, quanto mais o tribunal as assume, tanto menos competências tendem a ter os outros poderes (SILVA, 2021, p. 510).

Não se trata, portanto, de uma concepção necessariamente *substantiva* de ativismo – a qual poderá ser analisada no próximo tópico deste trabalho. Contudo, como já dito, dela se aproxima, vez que se esteja diante de interpretações feitas pelo Supremo a respeito da distribuição constitucional do poder de dirimir questões diversas.

Antes de entrar no mérito das competências “discutíveis”, é importante

menção que a Constituição Federal de 1988 declinou numerosas competências para o Supremo Tribunal Federal, abrindo o flanco para que o Tribunal se tornasse “a última arena das disputas políticas do país, uma Corte muito diferente do tribunal que os anos de ditadura militar apequenaram” (RECONDO e WEBER, 2019, p. 39). Este fenômeno foi chamado por Oscar Vilhena Vieira de “Supremocracia” (VIEIRA, 2008, p. 444-446).

Em seu artigo, o autor deixa claro que não faz julgamento positivo ou negativo a respeito do fenômeno (muito embora o termo utilizado para nomeá-lo possa indicar o contrário). Em específico, dois pontos do texto são particularmente importantes para este trabalho: a) quando o autor menciona que “tudo no Brasil parecer exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal” (idem, p. 451) e b) quando afirma que o Supremo atua não apenas “como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais”, mas também como uma força criativa quando se julgar mais capaz do que o próprio parlamento para solucionar a lide em questão (id., p. 452).

Recondo e Weber apontam que os principais pontos de inflexão na postura do Supremo Tribunal Federal foram os julgamentos criminais, destacadamente aqueles conhecidos como “mensalão” (a Ação Penal n.º: 470/DF) e a atuação no âmbito da Operação Lava Jato (RECONDO e WEBER, 2019, p. 38).

Em ambas as situações, a corrupção foi identificada como o principal dos males do país – o “combate à corrupção”, por sua vez, tratado como a panaceia. Este mesmo espírito parece ter guiado, por exemplo, a decisão tomada monocraticamente pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança n.º: 34.070/DF, anulando nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para assumir um cargo ministerial, cuja indicação é de competência privativa do Presidente da República, segundo art. 84, I, da Constituição Federal. Decisão similar foi tomada pelo Ministro Alexandre de Moraes no MS n.º: 37.097/DF, já sob o governo de Jair Bolsonaro, quando da nomeação de Alexandre Ramagem para a Diretoria Geral da Polícia Federal.

Não se trata, aqui, de discordar do mérito das decisões em si. Trata-se de “subsumir” o conceito de ativismo mencionado anteriormente aos dois casos: a Constituição Federal dispõe a respeito da competência para nomeação e exoneração de ministros; quanto aos escolhidos, nenhuma limitação é imposta. Não obstante, o Supremo utilizou um “vácuo constitucional” para ocupar o espaço de instância legitimadora das escolhas presidenciais. Mais especificamente, dois ministros, de maneira individual (monocrática), utilizaram esse

“espaço cinzento” para anular um ato de competência privativa do chefe de outro Poder.

O Poder Legislativo Federal também foi “alvo” da atuação do Supremo Tribunal Federal – veja-se, a título de exemplo, a decisão liminar no MS nº.: 34.530/DF, proferida pelo ministro Luiz Fux, que anulou a tramitação do Projeto de Lei nº.: 4.850/2016 (popularmente conhecido como “10 medidas contra a corrupção”), então no Senado Federal, determinando o retorno à Câmara dos Deputados e o modo como esta Casa deveria autuar o projeto. O mesmo ministro concedeu liminarmente o benefício conhecido como “auxílio-moradia” a todos os magistrados do país, liberando o caso para julgamento em plenário apenas após um “acordo” para reajuste dos vencimentos dos ministros do STF (e, conseqüentemente, de toda a magistratura) (CONJUR, 2018).

Destaque-se o fato de as três decisões terem prescindido de apreciação do plenário, em que pesem suas conseqüências no mundo extrajurídico. A liberdade que ministros possuem de influenciar (ou não) no *status quo* político certamente se encaixa no conceito de ativismo deste tópico.

A busca por ocupação desse vácuo demonstra como a proximidade entre os sistemas político e jurídico opera na prática. Note-se que o sistema jurídico usou um código próprio (lícito/ilícito) na superfície para, na verdade, utilizar o código binário do sistema político (poder/não poder). Do ponto de vista da teoria dos sistemas sociais, o sistema jurídico perde autonomia face ao político, porquanto deixe de operar segundo seus próprios códigos, havendo menor diferenciação entre ambos os sistemas.

Arguelhes e Ribeiro avançam, inclusive, sobre o já mencionado conceito de “Supremocracia”, afirmando existir uma “ministrocracia”. Este fenômeno estaria relacionado às liberdades conferidas aos ministros para impor suas decisões ou obstruir manifestações colegiadas a pouco (ou nenhum) custo (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018). A possibilidade de decidir liminarmente é uma das hipóteses de interferência individual direta (*judicial review* individual, nos termos dos autores), porquanto não haja prazo fatal para o julgamento em plenário; nos três casos acima mencionados, quando o ministro relator liberou o processo para o colegiado, já se haviam perdido os respectivos objetos.

Miguel Gualano de Godoy destaca que a atuação monocrática dos ministros do Supremo tem crescido, mesmo em ações declaratórias de inconstitucionalidade. Segundo levantamento feito pelo autor, entre setembro de 2014 e dezembro de 2018 “foram 94 decisões cautelares monocráticas em ADI, contra apenas 10 cautelares concedidas pelo

Plenário do STF” (GODOY, 2021, p. 1040). O autor menciona ainda que os fundamentos legais costumeiramente utilizados pelos ministros para justificar as decisões individuais (art. 10, § 3º, da Lei nº. 9.868/1999; art. 21, V, do Regimento Interno do STF) sequer se sustentam, sendo os dispositivos utilizados em virtude de uma interpretação elástica de seus conteúdos (idem, p. 1041-1042).

Além do poder de decidir liminar e monocraticamente questões sensíveis, os ministros do Supremo possuem “um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 20).

Oscar Vilhena Vieira voltou ao conceito, utilizando o termo “ministrocracia” como uma “versão extremada” da “supremocracia”, salientando a dificuldade de “justificar, da perspectiva da teoria democrática”, o exercício das competências conferidas ao Tribunal de forma individual pelos ministros (VIEIRA, 2018, posições 3179-3187).

Segundo o Regimento Interno do STF, o Ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los até a segunda sessão ordinária subsequente (art. 134, RISTF). Todavia, é impróprio; não há qualquer ônus para o Ministro descumpri-lo (como, aliás, é da praxe do Tribunal).

Casos recentes podem exemplificar a questão: o Ministro André Mendonça, nomeado pelo Presidente Jair Bolsonaro, travou, com pedidos de vista, ao menos duas questões sensíveis para o Executivo federal: o julgamento da “pauta verde” (conjunto de sete processos que questiona a atuação do governo quanto a políticas de preservação do meio ambiente – ADPF 760, ADPF 735, ADPF 651, ADO 54, ADO 59 e ADI 6148) e da ADPF 765, que visa aferir a constitucionalidade do monitoramento de jornalistas e políticos de oposição por parte do governo federal. Ambas as questões estão pendentes de manifestação do plenário enquanto este trabalho é escrito e tocam em temas sensíveis para o governo em exercício.

A atuação individual dos ministros, para além de trazer inconsistência à jurisprudência do Tribunal, vão contra as próprias disposições legais que regem o processo constitucional (GODOY, 2021), além de aumentar o “risco de capturas desses agentes independentes” (os ministros) e gerar “problemas para a legitimação da atuação judicial contramajoritária na política” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 16). Afinal, trata-se de decisões (ou vetos) individuais, alterando (ou mantendo) o *status quo* debatido em outras esferas públicas (Congresso Nacional e Poder Executivo, p. ex.), certamente mais pertinentes

a decisões deste tipo do que o Poder Judiciário.

2.1.2. O Supremo protagonista

A Constituição de 1988 veio junto com o espírito de redemocratização, com normas de maior densidade, demandando, portanto, novas ferramentas para sua interpretação. Segundo Recondo e Weber, há no seio do Supremo “uma adesão generalizada dos integrantes do Supremo à ideia de que a Constituição é um organismo vivo, mutável, cujo conteúdo é alterado de fora para dentro” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 69).

Esta ideia de Constituição adotada pelos Ministros se aproxima do chamado “neoconstitucionalismo”. Abrir-se-ão parênteses para adentrar em fundamentos breves sobre o neoconstitucionalismo e nas críticas feitas a esta teoria. Far-se-á por dois motivos, ambos ligados entre si: a) trata-se de instrumento teórico utilizado com frequência por Luís Roberto Barroso, atual ministro do Supremo Tribunal Federal e constitucionalista destacado, sendo tema de seus principais escritos antes mesmo de tornar-se um dos magistrados da corte; b) a aplicação prática de seus postulados está diretamente ligada às ações do STF e às críticas feitas ao Tribunal pela academia, pelos operadores do direito e pela classe política (integrantes de outros Poderes).

Thiago Cordeiro Gondim de Paiva sustenta que o “neoconstitucionalismo” articulado por Luís Roberto Barroso é “exemplo paradigmático” da teorização (e mesmo da prática) sobre o tema (PAIVA, 2017), motivo pelo qual será este o modelo “neoconstitucional” utilizado também neste trabalho como parâmetro para as críticas que se pretende realizar. Deve-se salientar, porém, que o termo “neoconstitucionalismo” é amplo e comporta diversos significados; neste trabalho, o conceito será utilizado apenas para se referir ao modo como Luís Roberto Barroso o articula.

Segundo referido autor, a judicialização de “grandes questões políticas, morais e sociais de nosso tempo” é consequência inescapável do “arranjo institucional das democracias contemporâneas”. Por sua vez, a força criativa dos tribunais seria resultado da impossibilidade da lei eliminar um “expressivo grau de subjetividade de atuação dos tribunais”, porquanto inevitavelmente existirão ambiguidades, contradições e “desacordos morais” sobre as normas (BARROSO, 2018, p. 2217-2218).

Barroso vai além: elenca como “papéis” de um tribunal constitucional contemporâneo, além do papel contramajoritário, o papel “representativo” e o papel “iluminista”. Assevera que ambos são exercidos de forma excepcional pelo órgão máximo do poder Judiciário. Em linhas gerais, ambos os “papéis” estão ligados à visão de democracia do autor, ligada, além da manifestação pelo voto, aos “direitos” e às “razões”. Assim, eventualmente, é possível que no seio da Corte se manifeste um clamor social (concretizando o papel representativo); em última instância, é possível que o Tribunal avance em temas delicados “em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade” (papel iluminista) (BARROSO, 2018, p. 2207).

Estas competências da corte suprema de uma democracia seria decorrente de uma atitude planejada por parte dos tribunais constitucionais: a de, face aos novos paradigmas de linguagem utilizados pelas constituições modernas (tais como normas principiológicas ou conceitos jurídicos indeterminados), tentar extrair sua “potencialidade máxima” – a tal atitude se dá o nome de ativismo judicial, posição defendida por Barroso a despeito de eventual conotação pejorativa que a nomenclatura venha a ter (BARROSO, 2018, pp. 2182-2184).

O mesmo autor faz defesa veemente de uma nova hermenêutica constitucional, necessária face às mudanças de paradigma do direito ocorridas ao longo do século XX, elencadas como “superação do formalismo jurídico”, “advento de uma cultura jurídica pós-positivista” e “ascensão do direito público e centralidade da Constituição”, além de “atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural (BARROSO, 2018, p. 188).

Barroso já havia mencionado em trabalho anterior que a nova interpretação trabalhará com novas categorias normativas, dentre as quais “as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação” (BARROSO, 2005, p. 9). Prescinde-se da conceituação de cada uma destas “novas categorias”, já existindo longo debate travado entre constitucionalistas a respeito da diferença entre princípios e regras que foge ao escopo deste trabalho. Importa, sim, extrair que a existência dessas “novas categorias” normativas, úteis tanto quanto as regras, implicarão em maior força criativa por parte do juiz, abrindo espaço para suas concepções pessoais e subjetivas.

É neste ponto que as relações entre os sistemas sociais jurídico e político podem ficar frágeis, com linhas difíceis de discernir. Segundo Barroso, as disposições constitucionais possuem maior abertura semântica, gerando, portanto, “espaço” para o

intérprete (em especial, para o juiz). Em um contexto histórico de ascensão do Judiciário, “desilusão com a política majoritária” e transferência do ônus político ao Judiciário, este novo espaço se torna ainda mais decisivo nos debates que fogem aos temas estritamente jurídicos.

Não se desviará a presente pesquisa para aprofundar teoricamente a (suposta) necessidade de uma nova hermenêutica constitucional ou para expor os marcos de um (suposto) neoconstitucionalismo. Porém, é necessário compreender que a centralidade institucional do Supremo Tribunal Federal se soma ao novo entendimento sobre sua função no seio da democracia, demonstrado aqui pelas palavras de Luís Roberto Barroso, hoje ministro do Tribunal, que resumem e dão conformação teórica ao que é visto na práxis do Supremo.

William Paiva Marques Júnior aponta que, de fato, há uma crise do Poder Legislativo que favorece a hipertrofia do Poder Judiciário; no entanto, observa que este “neoconstitucionalismo” à brasileira implica em “generalizado grau de incerteza do Direito”, não havendo “controle lógico-racional” no ativismo judicial defendido por Barroso e praticado pela Corte (MARQUES JÚNIOR, 2019).

Apesar de tentar demonstrar uma maior sensibilidade à opinião pública, a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal não tem inspirado confiança por parte da população nem dos atores políticos – é, ao menos, o que indica a última pesquisa do Instituto Datafolha a este respeito (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021). Nas palavras de Felipe Recondo e Luiz Weber, “a falta de critérios claros para o processo decisório aumenta a sensação de que o Supremo é uma loteria” (RECONDO e WEBER, 2019, p. 263). Assim, as expectativas em relação às questões submetidas à Corte irão variar conforme a relatoria, a opinião pública, o “alvo” da lide, entre outros fatores que, a princípio, deveriam revestir-se de menor importância.

No âmbito jurídico, as críticas ressaltam a fragilidade teórica do pensamento-prática defendida por Luís Roberto Barroso – e, ressalte-se, o autor foi escolhido por melhor representar a defesa de um novo paradigma para compreensão e interpretação da Constituição, seja pela sua relevância como constitucionalista (e advogado atuante nas Cortes superiores), seja pela sua atuação como ministro do Supremo Tribunal Federal, o qual se tem mostrado inclinado a acolher as teses “barrosianas” desde antes da posse do referido ministro.

Dito isso, oportuno mencionar a crítica feita por Paiva, em obra específica sobre o tema. Nela, o autor aponta que Barroso propõe um “pós-positivismo” que não confronta “as teses centrais do(s) positivismo(s), ignorando mesmo as revisitações que

buscam aproximá-lo (o positivismo) da ética” (PAIVA, 2017, p. 71) .

Marcelo Neves, por sua vez, contesta outro argumento articulado por Barroso: o de que princípios seriam a norma constitucional por excelência e, por intermédio deles, poder-se-ia superar o conteúdo de regras criadas segundo o protocolo legislativo ordinário – isto porque a sociedade teria chegado a um nível de complexidade tal que não seria possível apreender e extrair o máximo potencial da Constituição pelo legislador ordinário, cabendo ao julgador usar dos princípios (normas cuja textualidade é mais fluida, mais aberta, como já mencionado) para fazê-lo.

Em outras palavras, na concepção de Barroso o juiz seria instrumento de consolidação da democracia, firmada constitucionalmente, graças às novas categorias normativas supracitadas. Neves, porém, assevera que a opção por princípios em detrimento de regras (ou “por uma argumentação primariamente substantiva ou formal”), não tem nenhuma relação com o binômio “democracia/autocracia” ou “constitucionalismo/autoritarismo”, exemplificando com dois momentos históricos: o nazismo (em que a valorização de princípios serviu ao regime totalitário – “história universal”, “realização do espírito geral”) e a ditadura militar brasileira, período no qual Miguel Reale era um dos juristas mais destacados – e também um crítico do “formalismo” (NEVES, 2017, p. 572).

Sobre o tema, arremata Neves (2017, p. 573):

O fato de que o autoritarismo distanciou-se de um modelo de regras torna-se mais patente na experiência latino-americana em virtude da falta de consistência ideológica dos regimes, o que tornava imperiosa uma maleabilidade às pressões particularistas de grupos e pessoas, implicando a ruptura casuística das regras por eles mesmos impostas, ao sabor das conveniências políticas concretas.

Portanto, é ilusório o recurso aos princípios sob a justificativa de proteger os interesses constitucionais ou democráticos; na verdade, não apenas esse recurso pode afastar o tribunal da prática democrática como existem registros de uso de princípios (ou textos normativos abertos) para defesa de autocracias em momentos anteriores, inclusive no Brasil.

Neves vai além, apontando que a adoção dos princípios é conveniente para uma jurisprudência que se destaca pela prática inconsistente, caso dos tribunais brasileiros (não só, mas sobretudo, do Supremo Tribunal Federal). Isto porque as regras, por sua própria estrutura, permitem identificar facilmente desvios; os princípios (e as demais estruturas normativas destacadas por Barroso) “podem mais facilmente ser articulados para encobrir

soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas” (NEVES, 2017, p. 585).

Por fim, destaque-se a crítica de Neves ao excesso do recurso à ponderação por parte do Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, esse excesso compromete a relação de condicionamento recíproco entre os sistemas jurídico e político. Neste ponto, Neves utiliza os conceitos de “judicialização da política” e “politização do direito” de forma oposta àquela utilizada por Barroso. Considerando a precisão do argumento, opta-se por transcrevê-lo:

Quando se fala de judicialização da política e politização do direito pretende-se referir a um excesso, uma hipertrofia, em detrimento, respectivamente, do Estado de direito e da democracia. Nesses termos, a autonomia e o funcionamento de ambos os sistemas ficam prejudicados. (...) O judiciário fica direcionado muito estreitamente a fornecer respostas politicamente legitimadoras, vinculando-se fortemente à diferença entre governo e oposição. (...) O que se desenvolve nesse contexto é uma ponderação *ad hoc*, sem perspectiva de longo prazo, dependente da constelação concreta de interesses envolvidos em cada caso. (NEVES, 2017, p. 588-589)

Já se mencionou, no tópico anterior, decisões do STF que podem ter aberto excessivo espaço para manifestação do sistema político em detrimento do sistema jurídico. O protagonismo reivindicado pela Corte (enquanto instituição e também pelos seus Ministros individualmente, sobretudo pelo ministro Luís Roberto Barroso) e a possibilidade de captura dos Ministros, levantada por Marcelo Neves, são elementos habitualmente presentes no modo de funcionamento do STF que permitem grau elevado de entrada de códigos do sistema político no sistema jurídico.

Em outras palavras, todos estes são argumentos que podem reforçar a visão de que, muito embora formalmente o STF se manifeste sob signos próprios do sistema jurídico, as decisões são tomadas em conformidade com outros critérios, pertencentes a outros sistemas.

Lênio Luiz Streck destaca que os atuais Estados Democráticos mudaram o modo de “fazer democracia”, alterando o veículo pelo qual a democracia se manifesta – menos pelos representantes eleitos do que “a partir e pelo direito”. Sua crítica ao neoconstitucionalismo também mira sua fragilidade teórica, visto que, muito embora tente se sustentar em novo paradigma teórico (pós-positivismo), deixou de enfrentar o principal problema do positivismo tradicional: a discricionariedade judicial, traduzida, neste novo molde, como “ponderação”, levando a atuação judicial “para além dos limites estabelecidos constitucionalmente” (STRECK, 2011).

É do mesmo autor a crítica ao “pamprincipiologismo” na prática dos tribunais brasileiros (não apenas do Supremo Tribunal Federal, muito embora a crítica seja pertinente sobretudo à Corte), segundo o qual os aplicadores do direito extraem (ou afirmam extrair) do texto constitucional princípios que lá não estão expressos, utilizando-os como *standards* decisórios ou “álibis teóricos” pragmatistas – é dizer, atentos à questão concreta posta sob discussão e não à universalização da norma. Aponta Streck que esta prática mina a autonomia do Direito, porquanto o submeta, mais uma vez, à discricionariedade (e decisionismo) dos juízes (STRECK, 2014, pp. 199-206).

Os dois pontos salientados até aqui como críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal se entrelaçam. A concepção “neoconstitucionalista” do dever de um tribunal constitucional parece influenciar o modo como os Ministros interpretam as regras que dispõem a respeito de suas próprias competências. Pelo protagonismo, chega-se ao ativismo; ambos confluem para facilitar a captura dos agentes (Ministros) por interesses outros, fragilizando a autonomia do sistema jurídico.

Não se pode olvidar o objetivo principal desta pesquisa: investigar se as decisões tomadas pelo Supremo durante a pandemia de covid-19 foram orientadas pelo componente político (judicialização da política/politização da justiça); esta análise será feita a partir do ponto de vista da consistência da jurisprudência do STF sobre o pacto federativo. Mesmo sem antecipar o aprofundamento da questão, é possível entender a relevância das decisões do tribunal nas duas esferas, visto que diversos centros de poder estavam em polos distintos (governo federal de um lado; governos estaduais e municipais, de outro), além da natural tensão entre governo/oposição no âmbito federal.

Isto significa que, para chegar à resposta da principal pergunta que este trabalho procura responder, observar-se-á se houve ou não excesso no recurso à ponderação, ao principiologismo, a “argumentos substantivos” etc. Esta é a razão que justifica a apresentação de críticas ao neoconstitucionalismo e o modo como ele se coloca na prática judicial: a verificação da (possível) inconsistência na jurisprudência do Supremo permitirá responder a questão central do trabalho.

2.1.3. A jurisprudência de crise

Se esta pesquisa busca compreender o impacto do cenário político (e das posições políticas dos Ministros) nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no contexto de pandemia, mostra-se necessário conhecer e, eventualmente, recorrer a um conceito amplo de jurisprudência de crise.

A principal referência teórica utilizada na pesquisa sobre jurisprudência de crise foi Andréa Magalhães, autora de livro específico sobre o tema e sobre como o Supremo Tribunal Federal atua diante de questões complexas, especialmente quando a resolução das lides refletirá em elevado impacto orçamentário (MAGALHÃES, 2017).

É da autora que se toma emprestada o conceito amplo de jurisprudência da crise, chamado aqui de “jurisprudência ‘de’ crise”. Antes de apresentar o conceito, ao qual se buscará subsumir (ou não) os julgamentos do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia de covid-19, é necessária contextualização para compreensão da origem da expressão.

O termo “jurisprudência da crise” teve origem em Portugal, país fortemente afetado pelo impacto da crise financeira de 2007-2008. O debacle financeiro obrigou o Estado português a firmar acordo com a União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional a fim de implementar políticas de austeridade que controlassem o déficit público. Este acordo se materializou no “Memorando de Entendimento”, firmado em maio de 2011 (ALMEIDA, 2016, p. 3).

Para cumprir os acordos, o parlamento português aprovou leis que diminuem, “em maior ou menor medida, prestações sociais tidas por fundamentais para o bem-estar social” (idem, p. 3), as quais foram questionadas perante o Tribunal Constitucional português [TC]. Os julgamentos do Tribunal a respeito destas leis correspondem ao que se chama “jurisprudência da crise”.

Isto porque, de acordo com Alexandre Sousa Pinheiro (2014, p. 170), os julgamentos proferidos pelo Tribunal Constitucional português a respeito da legislação que autorizava medidas de austeridade foram diretamente influenciados pelo contexto de crise que Portugal atravessava – de modo a considerar constitucionais, sob o fundamento da primazia do interesse público, medidas que, em situação ordinária, seriam flagrantemente inconstitucionais.

O principal exemplo trazido pelo autor é o do Acórdão nº.: 396/2011. Na ocasião, o Tribunal Constitucional português considerou constitucional lei que estipulava redução remuneratória para funcionários públicos nos patamares de 3,5% a 10%. A Corte

utilizou tanto o “interesse público” quanto o princípio da isonomia para justificar a constitucionalidade da lei, porquanto o momento de crise estivesse afetando sobremaneira os trabalhadores da iniciativa privada; justificável, portanto, que os servidores públicos fizessem “sacrifícios” em prol do bem comum da nação.

É curioso observar as movimentações do TC para tentar acomodar leis que, sob uma ótica ordinária, seriam inconstitucionais, com a necessidade de garantir o financiamento do Estado português e a consequente manutenção do funcionamento do aparelho governamental. O interesse público permitiu não apenas a flexibilidade em relação ao paradigma constitucional, mas a inovação interpretativa em relação aos próprios efeitos de declaração de inconstitucionalidade.

Pinheiro destaca este ponto ao tratar do Acórdão nº.: 353/2012 do Tribunal Constitucional (PINHEIRO, 2014, p. 179). Isto porque, nesta decisão, a Corte considerou inconstitucional a lei que impunha uma redução de 14,5% nos vencimentos relacionados a férias e de Natal para servidores públicos ativos e aposentados. Trata-se, na visão do autor, de medida de controle político, vez que o Tribunal passou a discutir o limite do *quantum* de redução aceitável em um determinado modelo de desigualdade.

Não obstante, vez que o julgamento tenha ocorrido no início do segundo semestre de 2012 (e com a lei orçamentária já em execução, portanto), modulou os efeitos da decisão para o início do ano seguinte. Ou seja: garantiu os efeitos da lei para o ano de 2012. Assim, os servidores públicos e aposentados teriam perdas remuneratórias decorrentes de uma lei reconhecida de maneira oficial como inconstitucional.

Segundo Coutinho (2018, pp. 89-90), neste segundo julgamento o TC já se encontrava em fase de “semi-tolerância” em relação ao legislador, porquanto as medidas de austeridade adotadas fossem se avolumando, tornando o desrespeito à Constituição Portuguesa uma constante. A leniência do Tribunal em relação às novas leis, porém, seguiram sendo vistas como “um ‘processo negocial’ entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as ‘exigências das circunstâncias’” (ALMEIDA, 2016, p. 9).

Pois bem. O sentido estrito do termo “jurisprudência da crise” servirá justamente para designar “o conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade” (MAGALHÃES, 2017, p. 12).

Há de se ressaltar, porém, proximidades e diferenças em relação ao contexto brasileiro de pandemia de covid-19, no qual o Supremo Tribunal Federal foi bastante

acionado e cuja questão central – se as decisões proferidas correspondem ou não a uma espécie de “jurisprudência da crise” – será mais bem avaliada nos próximos capítulos.

Importa, porém, ressaltar elementos que aproximam o contexto dos julgamentos do Tribunal Constitucional Português supramencionados e a atuação do Supremo Tribunal Federal, sem olvidar de traçar as diferenças necessárias a uma comparação cuidadosa que utiliza um conceito construído mediante outra realidade.

É verdade que, em sentido estrito, o termo “jurisprudência da crise” corresponde às decisões adotadas pelo Tribunal Constitucional em tempos de extrema austeridade fiscal. Como visto, a Corte portuguesa ratificou a legislação aprovada no período de recuperação financeira do país, conduzindo a uma perda (ou redução de patamar) dos direitos sociais conquistados – muitos dos quais confirmados pela própria jurisprudência do TC.

Porém, este trabalho adotará a acepção ampla de “jurisprudência da crise”, definida por Magalhães como “o rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica” (MAGALHÃES, 2017, p. 24). É neste sentido que se investigará se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre as competências federativas para combate à pandemia de covid-19 fazem parte de uma jurisprudência de crise ou se correspondem à evolução natural da jurisprudência do Tribunal.

O trabalho da autora se refere, essencialmente, a períodos de crise econômica, nos quais as manifestações dos Tribunais são traduzidas em decisões a respeito de alocação orçamentária. Embora o Brasil não tenha chegado ao estado de pré-insolvência que atingiu Portugal, passou por crises diversas que também conduziram a um cenário de austeridade fiscal e relativização de direitos sociais anteriormente conquistados (o que será explorado no próximo tópico). O cenário econômico em estado crítico é o campo mais comum para a rediscussão da jurisprudência das cortes constitucionais – o que aconteceu, destacadamente, nas cortes constitucionais portuguesa, lituana e grega (MAGALHÃES, 2017, p. 29 e 43).

O período central para esta pesquisa, porém, não se refere a uma crise econômica. Não se ignora os efeitos econômicos da crise causada pela pandemia de covid-19, porém, a jurisprudência selecionada do STF não entra neste mérito: trata-se de analisar como o Tribunal entendeu a aplicação das regras do federalismo no contexto pandêmico em comparação como entendia nos momentos anteriores.

Outro fator que pode aproximar a jurisprudência do STF na pandemia de

covid-19 do conceito de “jurisprudência da crise” é o seu caráter provisório (destinado a se manter apenas enquanto durar a crise) e pragmático – no sentido de que as decisões públicas estarão mais baseadas em “fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações” (MAGALHÃES, 2017, p. 23).

A diferença é que, por não se tratar de decisões com efeitos fiscais, não se trata de uma questão de alocação direta de recursos, como nos casos da jurisprudência portuguesa, mas de definição de responsabilidades estatais.

Assim, entende-se apropriado adaptar o conceito amplo de “jurisprudência da crise” como ferramenta para analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com uma ressalva, porém: este trabalho utilizará o termo jurisprudência “de” crise, e não “da” crise. Esta opção visa marcar a diferença entre a jurisprudência de países que foram marcados por crises financeiras excepcionais e pontuais, e a jurisprudência do STF durante uma crise específica dentre várias vividas pelo Brasil na década de 2010 (estendendo-se à década de 2020).

O contexto fático evidencia uma grave crise sanitária, é verdade; todavia, o STF já vinha sendo submetido a intensa pressão por conta de crises sucessivas vividas no país, o que se agravou durante a pandemia; por fim, há certo consenso de que a jurisprudência da corte era amplamente favorável à centralização das competências da União, o que, como será visto em capítulo próprio, não se repetiu no contexto de pandemia de covid-19.

Com vistas a fundamentar esta análise, outros pontos para além do cotejo entre a jurisprudência pré-pandemia e a jurisprudência pós-pandemia serão considerados. O principal deles é a situação de crise que antecipa a pandemia e já alça o Supremo a uma posição decisiva no contexto político.

2.2. O Brasil em ebulição

O Brasil vive um momento de crise. Esta afirmação, verdadeira no momento em que o trabalho é escrito, é quase atemporal. Escândalos de corrupção, protestos, economia oscilante, inflação, eleições próximas, pautas-bomba no Congresso Nacional... Todos são elementos que contribuem para uma ideia de crise permanente (e generalizada) no Brasil.

Nos últimos dez anos, houve uma série de eventos que ampliaram o tormento: protestos contra a Copa de 2014 (realizados a partir de 2013), eleições polarizadas (duas vezes), *impeachment* de constitucionalidade contestável, recessão econômica, disparada no preço dos combustíveis, delações premiadas, prisões de políticos, ataques ao STF e às instituições democráticas e, mais recentemente, a pandemia de covid-19 e os efeitos deletérios pela Guerra Rússia/Ucrânia e seus impactos econômicos em matérias-primas, combustíveis e insumos.

Para poder responder a pergunta central deste trabalho com propriedade, não basta entender como o Supremo Tribunal Federal um elemento de perturbação social (em vez de mediador de crises, papel que eventualmente algum ministro tenta atribuir à Corte). Se o Supremo tem sido “ativista” e “protagonista”, nos termos definidos acima, deve-se em parte à conjuntura social conturbada na qual está inserido.

Novamente, deve-se fazer o alerta de que este trabalho não pretende esmiuçar o contexto da(s) crise(s) vivida(s) no Brasil nos últimos anos; cada um dos elementos que será apresentado renderia, por conta própria, um trabalho específico sobre o tema (ou mais). Não obstante, é pertinente à pesquisa expor o cenário no qual as decisões tem sido tomadas – é este o objetivo deste tópico, mais do que uma análise sobre as causas da crise.

2.2.1. “É a economia, estúpido!”

O título deste subtópico faz menção à frase cunhada pelo economista James Carville em 1992, quando atuou na campanha de Bill Clinton para a presidência dos EUA. Os EUA viviam uma guerra por iniciativa do presidente e candidato à reeleição, George Bush, o que vinha sendo o centro das críticas de Clinton ao governo; Carville, porém, detectou o que realmente incomodava o cidadão americano comum e cunhou a frase que serviria como um mantra para a campanha vitoriosa do democrata.

Importa iniciar pela crise econômica vivida no Brasil porque é ela, a economia, um dos principais fatores de convulsão da sociedade, servindo como faísca para a deflagração de crises em outros setores. No Brasil, diversos fatores convergem para a existência de crise(s); porém, o estopim para protestos e mobilização institucional costuma ser a percepção de desajuste econômico.

Não sendo este um trabalho científico sobre economia, limitar-se-á a traçar um panorama da crise econômica vivida no país desde o ano de 2015. Para tanto, importa entender a ascensão dos indicadores econômicos do Brasil nos anos anteriores à crise e, então, a derrocada que culminou na situação atual.

É possível dizer que na década de 2000 a economia brasileira viveu uma espécie de auge – ao menos contando o período da redemocratização. Isto porque o crescimento da economia, associado à maior distribuição de renda, permitiu uma significativa melhora na qualidade de vida de grande parte da população brasileira. Laura Carvalho menciona três pilares que sustentaram o chamado “Milagrinho” econômico entre 2005 e 2010: a distribuição de renda, o acesso ao crédito e os investimentos públicos (CARVALHO, 2018, pp. 11-40).

O próprio modelo de crescimento apresentava limitações, como a permanente concentração de renda no 1% mais rico da população – o que, somado ao crescimento da renda dos mais pobres, gerou uma espécie de “achatamento” da classe média – além da baixa competitividade da indústria nacional (CARVALHO, 2018, pp. 48-53).

O governo seguinte, de Dilma Rousseff, estava ciente dos problemas e tinha o desafio de manter o crescimento da economia em patamares elevados. As soluções adotadas pelo governo – tentativa de desvalorização da moeda, crédito subsidiado e desonerações tributárias – não funcionaram. As leituras sobre o tema são variadas. Monica Baumgarten de Bolle aponta o abandono da ortodoxia como o principal motivo para o debacle que viria nos anos seguintes (BOLLE, 2016). André Singer afirma que a presidente buscou uma conciliação definitiva entre industriais e trabalhadores; o abandono dos primeiros (principais beneficiários do plano de governo) teria sido fundamental para o fracasso do plano, assim como medidas tomadas pelo Banco Central em desacordo com a política do governo e o cenário internacional (SINGER, 2018, pp. 16, 98 e 99). Para Carvalho, toda a base que sustentou a pujança da década de 2000 estaria desfeita, culminando na crise recessiva de 2015. Ademais, a presidente Dilma Rousseff cedeu à pressão da elite empresarial do país, extinguindo encargos que incidiam sobre a energia elétrica e renovando concessões de forma não onerosa. Os preços foram reajustados bruscamente no início de 2015, assim como os demais preços administrados, gerando impacto de quase 40% sobre a inflação registrada naquele ano (CARVALHO, 2018, pp. 71-72), decisivo para a deflagração do *impeachment*.

É certo que a crise econômica iniciada em 2015, da qual se vêem reflexos até

hoje, não resultou apenas de fatores puramente econômicos; opta-se, porém, para fins didáticos, em segmentar os demais fatores que contribuíram para o aprofundamento da crise, pontos estes que serão explorados nos próximos tópicos.

Consumado o *impeachment*, o governo de Michel Temer precisou se equilibrar entre diversas denúncias de corrupção e baixa legitimidade popular; visando manter o apoio da elite empresarial, garantiu-lhes “a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição [PEC] do teto de gastos públicos, de uma reforma da Previdência draconiana, de uma reforma trabalhista e de um conjunto de medidas de transferência de renda para o setor empresarial”, sem qualquer perspectiva de reequilíbrio das contas públicas (CARVALHO, 2018, pp. 122-126).

A imposição de um “teto de gastos” que restringisse significativamente os investimentos públicos, sobretudo em setores cujas despesas obrigatórias do governo federal, tais como saúde e educação. Em outras palavras, o governo assumia que a provisão de serviços públicos não seria uma prioridade, ainda que, em serviços como o de saúde, o Brasil esteja na 35ª posição (entre países) em *ranking* formulado pela OCDE – caso apenas o investimento governamental fosse computado, o Brasil ficaria em 38º lugar (OCDE, 2019), muito abaixo da média dos países pesquisados.

O resultado foi a manutenção (e ampliação) da capacidade ociosa da indústria nacional, acelerando o desemprego e reduzindo o poder de compra do salário. A expectativa da equipe econômica do governo se descolava da realidade e dos anseios da população. O crescimento prometido com as reformas não veio – seja em termos de PIB, seja em termos de geração de empregos.

Essa, a síntese do cenário econômico antes das eleições de 2018. Nas eleições, sagrou-se presidente o candidato Jair Bolsonaro: já na campanha, apresentava o economista Paulo Guedes como responsável pelas diretrizes econômicas de seu governo. O cerne das políticas continuaria o mesmo: assim, a principal medida apresentada pelo novel Ministério da Economia foi a Reforma da Previdência, aprovada em 2019; pouco tempo depois, o ministro manifestava seu interesse em “privatizar tudo” (CONGRESSO EM FOCO, 2019).

Para os fins deste trabalho, o mais importante é destacar que há uma certa continuidade nas políticas econômicas adotadas pelos governos Temer (2016-2018) e Bolsonaro (2019-presente). Segundo José Luís Oreiro e Luiz Fernando de Paula (2019, p. 22):

A política econômica ortodoxo-liberal iniciada por Temer/Meirelles e aprofundada por Bolsonaro/Guedes possui dois aspectos principais: (i) realização de uma forte contração fiscal, principalmente pelo lado dos gastos correntes, baseado na tese da “contração fiscal expansionista”; (ii) um conjunto de políticas liberais que visa “destravar” o espírito empresarial das amarras do Estado via desregulamentação do mercado, permitindo que a iniciativa privada comande o processo econômico, inclusive no que se refere aos investimentos.

Para além da política econômica para tempos “normais”, deve-se mencionar que a própria pandemia de covid-19 foi um fator de enorme impacto no desempenho econômico (fato comum no mundo, haja vista a necessidade de distanciamento social para controle da doença).

Avançar neste cenário, porém, é inapropriado por dois motivos: o primeiro é que algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal que serão analisadas foram tomadas antes do ápice da crise sanitária, de modo que seus efeitos econômicos não estavam dados; em segundo lugar, para além das estatísticas oficiais, a proximidade dos eventos faz com que muitas produções acadêmicas sobre o impacto do covid-19 na economia ainda estejam em produção, de modo que fugiria ao escopo do trabalho investigá-lo com maior profundidade.

2.2.2. Novo governo e crise política

É relativamente comum a sensação de que o Brasil está em crise política: denúncias de corrupção, brigas entre opositores, alianças rompidas, declarações polêmicas, eleições a cada dois anos e protestos populares fazem o noticiário político parecer sempre “quente”.

Este tópico, assim como o anterior, será destinado, sobretudo, a descrever (mais que analisar) o cenário de crise política vivida nos últimos anos. Isto importa para o trabalho, porquanto componha o cenário no qual as decisões do Supremo Tribunal Federal são tomadas (e recebidas pelos demais atores sociais).

Entende-se apropriado apresentar a crise política a partir da eleição que consagrou como Presidente da República o candidato Jair Bolsonaro; não porque anteriormente não houvesse situações de crise – houve inúmeras, algumas das quais impactaram diretamente no êxito eleitoral de Bolsonaro. Porém, o aspecto *político*, mais do que o econômico, dá ensejo a respostas mais imediatas por parte dos atores sociais, tornando a

ascensão de Bolsonaro ao poder o fator de crise mais próximo ao momento das decisões (e capaz de melhor explicá-las).

Os motivos que levaram o eleitor brasileiro a escolher para a presidência do país o candidato Jair Bolsonaro, um político de extrema-direita desde o início de sua vida pública, são inúmeros e sua análise iria além do objetivo deste trabalho. Interessa dizer, porém, que sua ascensão ao poder foi manifestação da insatisfação da população com a tradicional polarização entre centro-esquerda e centro-direita no Poder Executivo, evocando um candidato “antissistema”.

A eleição do atual presidente é um fator de crise, sobretudo para o Supremo Tribunal Federal, porque Jair Bolsonaro sempre teve a Corte como um alvo de seus ataques. Ainda na campanha, o então candidato afirmou desejar aumentar o número de ministros para vinte e um (de modo que, necessariamente, doze nomeações ficariam a seu cargo, caso a operação ocorresse no curso de seu mandato), questionando a “isenção” dos ministros que compõem o Tribunal (PODER 360, 2018). Um de seus filhos, o deputado federal Eduardo Bolsonaro, sugeriu que não seria preciso muito esforço para fechar o Tribunal, ameaçando a Corte caso a candidatura do pai fosse impugnada (G1, 2018).

De certa forma, já com a assunção do novo governo o Supremo Tribunal Federal esteve cercado por Bolsonaro e seus apoiadores. A presença do presidente em atos tido como antidemocráticos corroboram esta afirmação, ainda que, eventualmente, Bolsonaro tenha tentado arrefecer as críticas de seus apoiadores destinadas aos outros Poderes, especialmente nos primeiros meses de governo (ESTADÃO, 2019). É difícil, porém, confiar em uma versão “cordial” de Jair Bolsonaro, pois esta versão “não atrai os apoiadores que ele quer mobilizar contra as principais forças políticas do país” (AVRITZER, 2020, p. 33).

O desafio do Supremo Tribunal Federal diante do novo governo não se resume às ameaças (ou bravatas) do presidente. O problema está na capacidade (ou não) do Tribunal enfrentar um governante autodeclarado “antissistema”, sistema este do qual faz parte o próprio STF. Assim, parece interessar ao presidente a permanência do conflito para que se coloque, ele mesmo, como “a única resposta possível para o caos que ele mesmo produz” (NOBRE, 2020, p. 18).

Trata-se, portanto, da arquitetura de um governo autoritário, pautado na permanência da crise para sustentar a popularidade – e viabilidade – do governante. Como assevera Avritzer, Bolsonaro não chegou à presidência como um líder político; poupado de

apresentar planos de governo ou propostas, chegou ao poder justamente como o “antipolítico”, em que pese seu longo histórico parlamentar, sendo esta característica decisiva para a manutenção de sua base de apoio popular (AVRITZER, 2020, pp. 6 e 47).

Assim, o Supremo Tribunal Federal enfrenta dois desafios com a ascensão de Jair Bolsonaro (e apoiadores) ao poder: o de se defender dos ataques do Presidente e do seu governo à Corte e aos seus ministros e o de defender a Constituição Federal, eventualmente evocada de forma distorcida pelo ex-capitão – como na controversa interpretação do seu art. 142 (BBC BRASIL, 2020).

Com a superveniência da pandemia de covid-19, as crises se aprofundam: no cenário econômico, um grande desafio imposto pelo isolamento social; no âmbito político, o governo federal continuou tensionando a relação com os demais Poderes, além de conviver com conflitos internos (entre ministérios) e relacionados às outras unidades federativas; ademais, a pandemia gerou uma crise sanitária sem precedentes. Neste ambiente, a arena política estava aberta e o Supremo Tribunal Federal foi novamente chamado a agir.

O primeiro ano da pandemia foi marcado pelo confronto entre a esfera federal, de um lado, e as esferas estaduais e municipais, de outro. Por isso, expor-se-á aspectos do federalismo brasileiro no próximo tópico.

2.3. O federalismo brasileiro

Não obstante o objetivo do trabalho não seja traçar um histórico a respeito do federalismo no Brasil, faz-se necessário traçar apontamentos sobre suas principais características, porquanto importem na dinâmica pela qual o federalismo se manifesta.

A princípio, destaca-se o modo de formação do federalismo brasileiro: após a independência, o Brasil se constituiu como país sob a forma de um Estado unitário, imperial. Embora o país fosse dividido em províncias, tratava-se muito mais de uma divisão administrativa do que política (ARRETCHE, 2001). Apenas com a Proclamação da República, em 1889, as províncias foram convertidas em Estados Federais, as quais foram “reunidas pelo laço da Federação” para constituir os Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1889). Em outras palavras, o Estado unitário e centralizado fragmentou-se em unidades menores, de cuja união resultava o próprio Estado Federal.

Apesar do federalismo brasileiro obedecer a um movimento pendular entre períodos de centralização e de descentralização, em nenhum momento o poder central, representado pela União, deixa de ser o principal ator na formulação e concretização de políticas públicas; mesmo quando a divisão de competências entre os entes federativos era estanque, a União fazia valer sua posição por meio de intervenções federais, como na Primeira República.

A partir da Constituição Federal de 1934, o Brasil adotou o modelo *cooperativo* de federalismo – a ideia é de que o governo central atue em colaboração com os governos parciais (estaduais e municipais, a partir de 1988) em determinados setores. Esse modelo permitiu tanto o desenvolvimento dos Estados como entes políticos relevantes (sobretudo no período democrático entre 1946-1964) quanto a sua transformação em “braços” do poder central (notoriamente nos períodos autoritários – durante o Estado Novo e a ditadura civil-militar).

É importante lembrar que a necessidade de cooperação entre os entes federativos não surgiu em virtude da vontade pura do constituinte brasileiro. A própria função do Estado mudou a partir das constituições do México (de 1917) e de Weimar (Alemanha, de 1919), reconhecendo a necessidade de intervenção estatal para promover o bem-estar da população, sobretudo para garantir patamares mínimos de dignidade.

Trazendo esta dinâmica para o contexto federativo, é natural que, existindo entes diversos autônomos entre si, haja a divisão de atribuições (competências) entre eles para garantir tais patamares, sendo lógica a proeminência, entre os entes, daquele dotado de alcance nacional e com a maior capacidade de arrecadação – a União.

A fim de estabelecer um recorte temporal razoável, o presente trabalho analisará a dinâmica federativa a partir da Constituição de 1988. Não se pode fazê-lo, porém, sem lembrar o que a nova Constituição representou: um momento de redemocratização e superação da ditadura militar, que perdurou do ano de 1964 até o de 1985. O período foi de intensa concentração de poder no plano federativo, com ampla possibilidade de intervenções por parte do Poder Executivo Federal nos Estados e Municípios, incluindo a dissolução das respectivas Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores (BRASIL, 1965), além de eleições indiretas (ou nomeação de interventores) para os governos locais.

É desta época o insólito conceito de “federalismo de integração”, aludido, entre outros, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 74), no qual o governo central teria proeminência na formulação das políticas públicas voltadas para o desenvolvimento do país.

Não se deve ignorar, no entanto, que a dinâmica federativa restou sobejamente prejudicada. Segundo Sallum Jr.:

Um dos objetivos centrais do “federalismo de integração” implantado pelos “revolucionários de 1964” era esvaziar o poderio dos governadores de maneira que não pudessem colocar os recursos das administrações estaduais a serviço de movimentos ou organizações sociais que desafiassem as orientações do governo central. No entanto, nesse aspecto, a nova Federação só atuava como *instância de segundo grau* (SALLUM JR., 1996, p. 32) (destaque no original)

Sallum Jr destaca (ibid., pp. 36-37) que a centralização promovida não se restringiu à arena política: os Estados e Municípios tiveram suas receitas reduzidas em prol de um novo “sistema tributário nacionalmente integrado”, cabendo à União também decidir a respeito da destinação dos recursos estaduais e municipais. Neste ponto, a autonomia municipal restou sobejamente reduzida, cabendo aos Estados instituir os impostos atribuídos aos Municípios e restando a estes suprimida a possibilidade de criação de novos impostos. Apenas quatro dos quatorze impostos previstos não estavam sob a competência da União, de modo que as receitas dos demais entes federativos passaram a depender, substancialmente, dos repasses do governo central.

Em suma, vê-se que a ditadura militar visou submeter as unidades federativas diversas não sob sua coordenação, mas sob seu jugo; retirou-lhes a autonomia política (tanto no sentido administrativo, quanto também no sentido eleitoral) e financeira, tornando-os dependentes das “benesses” da União, sobretudo no que diz respeito aos Estados mais pobres – que, à época, também se viram à margem do tão alardeado milagre econômico, tendo a região Sudeste concentrado a maior parte dos investimentos federais na década de 1970 (ABRUCIO, 1998).

2.3.1. O novo federalismo sob à Constituição de 1988

Já sob a presidência de José Sarney, foi convocada a Assembleia Constituinte que seria responsável pela redação da atual Constituição brasileira. Como já mencionado anteriormente, os governos autoritários no Brasil utilizaram de extrema centralização decisória, tornando a federação uma construção mais formal do que substancial. Por este motivo, natural que a Constituição de 1988 refletisse o consenso político em torno da descentralização e da reabilitação do pacto federativo. Descentralização e democratização representam, para este consenso, duas faces de uma só moeda. É curioso notar, entretanto, que

“(...) a luta política pela descentralização no Brasil passa-se essencialmente no interior da esfera estatal” (ARRETCHÉ, 1997, p. 129), assim como ocorrera na época da Proclamação da República um século antes.

Em outras palavras, as demandas da sociedade civil se destinavam a uma maior responsividade por parte do poder público em relação à prestação de serviços que garantissem o bem-estar social mínimo, independente do ente federativo responsável pela prestação do serviço. As razões pelas quais os governos locais demandam maior autonomia, portanto, vinculam-se justamente a esta responsividade (maior pela proximidade física em relação à população, não por princípios políticos). Arretche assevera que:

(...) as medidas descentralizadoras ocorridas no Brasil a partir da década de 80 (...) são resultado da disputa de poder por parte de elites políticas de âmbito local, cujos recursos institucionais, especialmente o controle de máquinas eleitorais e administrativas locais, foram notavelmente fortalecidos com a retomada da competição eleitoral como instrumento da legitimidade dos governantes (ARRETCHÉ, 1997, pp. 129-130).

O ímpeto por descentralização, ao menos do ponto de vista formal da Constituição, refletiu-se na inserção do Município enquanto integrante do pacto federativo, produzindo, nas palavras de Paulo Bonavides (2015, p. 364) um “federalismo tridimensional” – ainda que, segundo o mesmo autor, limitado pela “rudeza” das linhas que o instituiu, além das tentativas de intrusão dos Estados-membros nas competências municipais. Não obstante, salienta o autor que se trata do maior “avanço de proteção e abrangência” já recebido pelo Município, enquanto ente administrativo, “em todas as épocas constitucionais de nossa história” (id., p. 352).

Para Abrucio, o enfraquecimento do poder central ao longo da década de 1980 permitiu nova ascensão das forças políticas estaduais, as quais saíram vitoriosas do embate tributário com a União e permitiu que os Estados mantivessem “relações predatórias com o Governo Federal” (ABRUCIO, 1996, pp. 104-105).

Veja-se, porém, que as competências administrativas exclusivas (art. 21, CF) e, principalmente, as legislativas privativas (art. 22, CF) da União são extensas. À União cabe, ainda, a edição de normas gerais sobre os temas dispostos nos dezesseis incisos do art. 24. Segundo Bercovici (BERCOVICI, 2004, pp. 56-57), a intensa atuação da União se justifica pela existência de questões que merecem tratamento em escala nacional, demandando, portanto, “uma unidade de planejamento e direção”.

Arretche destaca que o pacto federativo brasileiro não decorre apenas das disputas políticas no seio da Assembleia Constituinte de 1987-1988, mas sim da construção

histórica do Estado brasileiro. Por isso, a descentralização promovida se refere muito mais à execução das políticas públicas *formuladas e estabelecidas* pela União, não restando aos Estados competência legislativa para qualquer área de política, “exceto para a criação de áreas metropolitanas e na segurança pública” (ARRETCHE, 2012, posição 173).

A nova Constituição seria, sob essa perspectiva, mais um passo dado no sentido de dar à União a centralidade na condução de todas as esferas políticas nacionais. Isto explica, por exemplo, porque diversas reformas fiscais foram realizadas em proveito dos recursos financeiros da União; os Estados não tiveram poder de veto suficiente para bloqueá-las, ainda que as alterações lhe sejam desfavoráveis. Liziero e Carvalho enumeram exemplos de reformas fiscais que reduziram a autonomia financeira dos Estados e Municípios ao longo dos anos 90:

Entre as medidas centralizadoras estão: (i) a Emenda nº 3/1993, que deu à União o poder de reter créditos de impostos estaduais e municipais naquilo que for necessário para prestar garantia ou contragarantia, além da retenção para pagamento de dívidas; (ii) O Fundo de Estabilidade Fiscal – FSE, que teve por objetivo sanear o Tesouro e para tanto vinculou 20% das receitas federais com destinação prioritária para a saúde, a educação e benefícios assistenciais e previdenciários, o que diminuiu o repasse aos Estados e Municípios; (iii) O PROES, programa que tinha como finalidade buscar a estabilidade financeira dos Estados, bastante endividados. As medidas foram direcionadas principalmente aos bancos estaduais públicos, que foram extintos ou privatizados; (iv) A Lei Kandir, que desonerou da cobrança de ICMS diversos produtos e serviços com a finalidade de estimular a importação; (v) A Lei de Responsabilidade Fiscal, que regulamentou e limitou o uso das receitas dos entes federativos, sendo que seus limites levaram à significativa perda de poder decisório dos Estados e Municípios (LIZIERO; CARVALHO, 2018, pp. 1499).

Diversamente do que propôs Abrucio, a nova Constituição não limitou as possibilidades de atuação do poder central; muito embora, originariamente, houvesse uma perspectiva de descentralização de competências e reforço dos entes federativos “periféricos”, os mecanismos de alteração da Constituição não necessitam da mobilização de supermaiorias e os assuntos de impacto no federalismo não possuem qualquer distinção relevante na sua tramitação. Em outras palavras, desde o texto original as regras postas favorecem o direcionamento político pelas elites atuantes no governo central, havendo pouca possibilidade de veto nos governos subnacionais (ARRETCHE, 2012, posição 472-475).

O Título VIII da Constituição Federal apresenta diversos exemplos de políticas públicas a serem executadas de forma cooperativa entre os entes federativos. A descentralização da administração dos serviços de seguridade social é, inclusive, um princípio norteador da direção destes serviços (art. 194, VII, CF).

Especificamente sobre a saúde, tema que será abordado doravante, a Constituição dispõe sobre a existência de uma rede “regionalizada e hierarquizada”,

constituindo um “sistema único”, sendo a “descentralização” uma das diretrizes (art. 198, *caput* e inciso I, CF). O financiamento se dá, além de outras fontes, por todos os entes federativos (art. 198, § 1º, CF), havendo inclusive disposição referente aos recursos empregados por cada um deles para esta finalidade (art. 198, § 2º, CF).

É certo que este trabalho não esgotará o tema das manifestações do modelo cooperativo de federalismo adotado no Brasil. Não obstante, é importante demonstrar que a variação entre as diversas combinações de Estado Social e federalismo no Brasil fazem parte da própria construção do sistema de saúde brasileiro.

2.3.2. O sistema de saúde e a distribuição de competências federativas.

A Constituição de 1988 previu, logo no início do capítulo referente aos direitos fundamentais sociais (Título II, Capítulo II), o direito à saúde (art. 6º, CF). Nem sempre este tema foi tratado desta forma: as Constituições democráticas anteriores mencionavam a proteção a saúde de forma superficial, reduzindo à proteção à saúde à assistência médica e, ainda assim, sob regras restritivas de acesso.

Atualmente, vige um sistema universal caracterizado pela universalidade e pela descentralização do planejamento e da execução das medidas sanitárias. Embora seja deferida à União a competência para definir as diretrizes gerais, há espaço para que as demais unidades administrativas organizem o serviço de acordo com as respectivas realidades locais.

Assim como se fez em relação à construção do federalismo brasileiro, é necessário entender como evoluiu o sistema de proteção à saúde no Brasil.

2.3.2.1. Histórico da proteção à saúde no Brasil.

A Constituição de 1934 foi a primeira a atribuir ao Estado a obrigação de “cuidar da saúde e assistência públicas” (art. 10, II), definindo esta tarefa como de competência *concorrente* entre União e Estados. A Constituição seguinte, de 1937, atribuiu à União a atividade legislativa sobre “normas fundamentais da defesa e da proteção à saúde” (art. 16, XXVII), cabendo aos Estados a competência legislativa complementar e suplementar (art. 18, c). Em 1946, a Constituição se referiu ao termo “saúde” apenas para definir a

competência exclusiva da União para legislar sobre o tema (art. XV, *b*). A Constituição de 1967 pouco avança, prevendo a competência da União para estabelecer planos nacionais de saúde e para legislar sobre “defesa e proteção da saúde” (art. 8º, XIV e XVII, *c*).

Não se pode, porém, reduzir a história da proteção estatal à saúde com fundamento apenas nos textos constitucionais. Data de 1923 a primeira norma a prever um sistema de assistência social – a denominada “Lei Eloy Chaves”, destinada, inicialmente, às empresas ferroviárias, mas posteriormente estendida às demais, as quais ficavam obrigadas a “criar uma caixa de aposentadorias e pensões (CAP), departamento incumbido de recolher a contribuição do patrão e a dos funcionários e pagar o benefício aos aposentados e pensionistas”, além de assegurar atendimento médico aos empregados (AGÊNCIA SENADO, 2019).

O sistema das CAPs se expande e, na década de 1930, é absorvido pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), havendo um instituto para cada categoria profissional (comerciários, bancários, ferroviários, industriários etc.). Aqui, o Estado atua diretamente na sua administração, tendo abrangência nacional; o modelo, porém, ainda decorre menos da condição dos indivíduos como cidadãos e sim “do reconhecimento da sua situação ocupacional oficialmente legitimada e vinculada a uma obrigação contratual de caráter contributivo” (COHN; ELIAS, 2005, p. 18).

A Lei nº.: 3.807/1960 – Lei Orgânica da Previdência Social – promulgada após uma década de intenso crescimento industrial no país (e, conseqüentemente, também do número de trabalhadores contribuintes) – foi o primeiro passo para a uniformização dos benefícios prestados, assegurando expressamente o direito de seus beneficiários à assistência médica (art. 22, III, alínea *a*). Este plano foi concretizado já após o golpe militar de 1964 com a implantação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social – por meio do Decreto-Lei nº.: 72/1966.

Não é demais sublinhar que, até então, o serviço assistencial de saúde era focado na assistência médica, válido apenas para os segurados da Previdência Social (o que excluía de sua abrangência grande parte da população brasileira) e integrante de um serviço centralizado.

Na década de 1970, assistiu-se à expansão da cobertura previdenciária, já em momentos de crise após o chamado “milagre econômico”, com a inclusão de maiores de setenta anos e inválidos, benefícios aos trabalhadores rurais e autônomos, inserção do salário-

maternidade entre as responsabilidades da Previdência, entre outros (COHN; ELIAS, 2005).

Em 1977, a Lei nº. 6.439/1977 instituiu o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – atribuindo diferentes funções ao INPS (incorporado pelo novo sistema) e ao recém-criado INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social –, mantendo a proteção à saúde vinculada à “assistência médica” e à previdência social.

Nota-se, portanto, que o tratamento que a Constituição de 1988 deu ao direito à saúde representou um inestimável avanço: não apenas definiu a saúde como um direito em um dos seus dispositivos basilares (art. 6º), como formou o alicerce para a criação (e consolidação) de um complexo sistema, cujo dever de assegurar é do Estado (entendido, aqui, como corpo estatal, englobando todos os entes federativos), sendo pautado pelo “acesso universal e igualitário” (art. 196, CF).

Evoluiu-se, ainda, na própria noção de proteção à saúde: enquanto os modelos anteriores visavam a “assistência médica”, a nova Constituição dispôs como uma das diretrizes fundantes o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (art. 198, II, CF). Não se trata, unicamente, de garantir a consulta médica em si, mas de entender que a saúde deriva de um complexo de fatores que merecerão igual atenção por parte do Estado, envolvendo profissionais de saúde diversos (médicos, enfermeiros, psicólogos, agentes comunitários etc.).

2.3.2.2. Federalismo cooperativo na proteção à saúde: o federalismo sanitário

Como já visto, o Brasil vive, desde 1988, uma nova experiência de federalismo cooperativo. No que diz respeito à saúde, isto pode ser visto desde o Título III do documento constitucional, que trata da organização do Estado brasileiro.

Veja-se que o art. 23, inciso II, da Constituição estabelece como competência *comum* de União, Estados, Municípios e Distrito Federal “cuidar da saúde e da assistência pública”, enquanto o art. 24, inciso XII, defere à União, Estados e Distrito Federal a competência *concorrente* para legislar sobre “proteção e defesa da saúde”. Ambos os dispositivos deixam fora de dúvida a nova perspectiva de saúde: ampla, abrangente, indo além das previsões restritas à assistência médica.

Segundo Bercovici, há uma diferença sensível entre as disposições dos dois artigos: a cooperação, determinada por competências comuns, significa que “nem a União, nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais”. Aqui, há uma decisão do órgão central para uniformizar a atuação de todos os entes federativos; apenas então cada ente federado adapta esta decisão às suas particularidades (BERCOVICI, 2002, pp. 16-17).

O art. 24, por outro lado, seria um exemplo de *colaboração*, pois, muito embora a vontade dos entes federados seja “livre”, de modo que possam atuar de forma autônoma, ela é “igual”, ou seja, “busca um resultado comum e do interesse de todos”. Há uma “decisão comum” em escala federal, mas o modo como esta decisão é aplicada em cada ente federado é particular (idem, p. 15).

Valendo-se da análise do corpo integral da Constituição, para além dos dispositivos referentes à distribuição de competências, é razoável afirmar que o tratamento do direito à saúde no Brasil a partir de 1988 é orientado pelo chamado “princípio da solidariedade”, porquanto reconheça a “responsabilidade coletiva (...) em relação ao bem-estar das pessoas”, cabendo ao Estado criar condições sociais de igualdade entre seus cidadãos (DINIZ, 2007, pp. 178-179).

A divisão do tema entre os entes federativos parte da compreensão de que o principal meio para concretização do direito à saúde é incumbir todas as instâncias do Poder Público de deveres, a fim de garantir a existência digna de seus cidadãos. Até por isso, a Constituição de 1988 também estabeleceu como diretriz norteadora do sistema de saúde recém-criado a “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”, estipulando a cooperação entre os entes federativos no seu financiamento (art. 198, *caput*, inciso I e § 1º, CF).

Segundo Amélia Cohn, esta descentralização deverá observar um equilíbrio entre: a) o repasse de recursos e de autoridade para que os entes locais formulem políticas públicas voltadas para o atendimento das especificidades locais; e b) a consonância das políticas locais com as “diretrizes nucleares formuladas para o âmbito nacional (COHN; ELIAS, 2005, p. 56). Este não é um objetivo que escapará de percalços vistos até hoje, como a existência de “critérios políticos discutíveis” para celebração de convênios entre os entes federativos e a falta de apoio técnico, por parte da União, aos Estados e (sobretudo) aos Municípios (idem, p. 57).

A Lei de nº.: 8.080, de 19 de setembro de 1990 – Lei Orgânica do SUS – regulamenta o art. 198, *caput*, e seguintes, da CRFB/88. No que diz respeito à divisão de competências, o art. 9º discrimina as autoridades principais em cada ente federativo (Ministério da Saúde, no âmbito da União, e Secretaria de Saúde ou órgãos equivalentes, no caso de Estados, Municípios e Distrito Federal); o Capítulo IV da Lei, por sua vez, dispõe sobre as atribuições conjuntas dos entes federativos (art. 15) e sobre as competências da União (art. 16), dos Estados (art. 17) e dos Municípios e Distrito Federal (arts. 18 e 19).

A leitura dos dispositivos mencionados deixa clara a intenção do legislador de fazer do SUS um organismo com participação ativa dos entes federados. Aos Estados e Municípios não foram atribuídas apenas competências executórias das políticas estipuladas pela União, havendo menção expressa à sua participação na formulação destas políticas públicas (art. 16, VI, VII, VIII e XII, e art. 17, I, II e III, da Lei nº.: 8.080/1990). Ao texto da Lei Geral do SUS e da Constituição somam-se as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios, garantindo o “suporte institucional” para implementação da descentralização da saúde pública no Brasil (COHN; ELIAS, 2005, p. 55).

Trata-se da manifestação por excelência do que se entende por federalismo cooperativo no Brasil, “exigindo a atuação conjunta de todas as esferas do governo para promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma articulada e harmônica”, sendo a operacionalização destas disposições reguladas pela “produção normativa infralegal do Ministério da Saúde”, tais como as Normas Operacionais Básicas e Normas Operacionais de Assistência à Saúde (DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2013)

A implementação do SUS promoveu uma rápida alteração no panorama da prestação de serviços assistenciais de saúde no Brasil. Até então, o serviço era de responsabilidade única do governo federal; em 1997, porém:

(...) 58% dos municípios brasileiros estavam enquadrados em alguma das condições de gestão previstas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e 69% das consultas médicas eram realizadas através de prestadores estaduais ou municipais, sendo que, destas, 54% eram prestadas por municípios (ARRETCHE, 1999, p. 111).

Tanto a municipalização quanto a regionalização dos serviços de saúde são consideradas diretrizes básicas do SUS. As primeiras Normas Operacionais Básicas emanadas pelo Ministério da Saúde tiveram a finalidade de fornecer os Municípios dentro do sistema: vê-se que a NOB nº.: 01/1991 determinou o repasse da estrutura do antigo INAMPS para

Estados e Municípios, além de estabelecer requisitos mínimos para que os Municípios fossem beneficiários automáticos dos repasses financeiros (exigindo, para tanto, a criação de um corpo administrativo para gestão, planejamento e execução dos serviços de saúde).

Em sentido parecido, a Lei nº. 8.142/1990 estabelece requisitos para que Estados, Municípios e Distrito Federal recebam recursos oriundos do Fundo Nacional de Saúde; o não cumprimento dos requisitos sujeita a gestão dos recursos ao ente federativo imediatamente superior (Estados, no caso dos Municípios, ou União, no caso dos Estados).

É preciso ter cuidado, entretanto, ao combinar as ideias de descentralização e de municipalização da prestação de serviços relacionados à proteção da saúde. Isto porque a descentralização não representa uma mera transferência de recursos e atribuições para os municípios, retirando-se o governo federal do contato direto com a população. Esta solução corresponderia à chamada “descentralização por ausência”(ARRETCHE, 1999).

Por isso – reconhecendo a enorme diversidade existente entre as municipalidades – o sistema único de saúde foi desenhado como um programa regionalizado e hierarquizado, sendo restritas as autonomias dos Municípios, havendo menção expressa à necessidade de cooperação técnica dos Estados e da União na prestação dos serviços de saúde pelos entes municipais (art. 30, VII, CF).

Assim, embora os Municípios sejam “os principais atores na execução e serviços de saúde”, este protagonismo não dispensa a cooperação dos outros entes federativos (técnica e financeira), inclusive de outros Municípios dotados de “maior capacidade de oferta” (JACCOUD; VIEIRA, 2018).

A regionalização, por sua vez, passou a ser central nas discussões a respeito da operação do sistema de saúde a partir dos anos 2000, sobretudo a partir da edição da Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS – nº. 01, publicada pela Portaria nº. 95/2001 do Ministério da Saúde, que reconhece a desigualdade nas capacidades dos municípios brasileiros de fornecer os serviços mínimos de saúde para sua população.

A transferência de responsabilidades da União, voltada especialmente para os entes municipais, seria beneficiada pelo reconhecimento da existência de municípios limítrofes – ainda que pertencentes a circunscrições estaduais distintas – que compartilhem elementos sociais e culturais, possibilitando a formulação de políticas públicas regionalizadas.

A NOAS reflete, já na sua introdução, a extrema complexidade na gestão do

sistema de saúde brasileiro, porquanto haja uma estrutura “em que os três níveis de governo são autônomos, sem vinculação hierárquica” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001). Percebeu-se, após o estímulo à municipalização, que a descoordenação na prestação dos serviços de saúde aumentava a possibilidade de perda de eficiência e de resultados ruins (DOURADO, 2010). Assim, com vistas a garantir a integralidade do acesso à saúde, a NOAS nº.: 01/2001 definiu a implementação de uma rede de proteção que fosse além dos limites territoriais dos municípios, cabendo aos Estados a definição desse planejamento nos seus respectivos territórios (id., p. 98).

Neste mesmo sentido, sobreveio a edição do Pacto da Saúde, veiculado pela Portaria nº.: 399, de 22 de fevereiro de 2006, também pelo Ministério da Saúde.

No seu item III – “O Pacto de Gestão do SUS” – há uma clara preocupação em descentralizar ainda mais a assistência à saúde, reduzindo as competências compartilhadas entre os entes federativos, discriminando as atribuições de cada um sob as diretrizes da “unidade de princípios” e “diversidade operativa” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

Neste documento, atribuiu-se aos Municípios a gestão e a execução de ações de vigilância em saúde, inclusive no que diz respeito às ações de vigilância epidemiológica, cabendo aos Estados e à União o apoio técnico e financeiro para a realização destas ações. A esta última, também coube a responsabilidade sobre o desenvolvimento de sistemas de informação epidemiológica, o qual seria operacionalizado pelos Estados e Municípios.

A própria ideia de “pacto” traz para o direito à saúde a perspectiva de *fraternidade*, sendo necessária mais do que o mero cooperativismo formal trazido pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. É justamente no sentido de promover “políticas públicas que respeitem as diferenças loco regionais, mas apresentem uma estrutura global” (MARTINI; WUNSCH, 2013) que avança o Pacto da Saúde – distribuindo as ações executórias e mantendo a responsabilidade da União as atividades de gestão.

O cooperativismo encampado pela Constituição teve novo capítulo com a edição do Decreto de nº.: 7.508, de 2011, destinado a regulamentar a Lei Orgânica do SUS (BRASIL, 2011). Nele, o conceito de região de saúde restou definido (art. 2º, I). O mesmo documento cria comissões integradas com participação dos entes federativos (art. 30 e seguintes): a Comissão Intergestores Tripartite (no âmbito da União, englobando a própria, Estados e Municípios), a Comissão Intergestores Bipartite (no âmbito dos Estados, incluindo o próprio e os Municípios) e a Comissão Intergestores Regional, com representação dos

Estados e dos Municípios vinculados a determinada região de saúde.

O art. 32 define as responsabilidades de cada comissão:

Art. 32. As Comissões Intergestores pactuarão:

I - aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos de saúde;

II - diretrizes gerais sobre Regiões de Saúde, integração de limites geográficos, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federativos;

III - diretrizes de âmbito nacional, estadual, regional e interestadual, a respeito da organização das redes de atenção à saúde, principalmente no tocante à gestão institucional e à integração das ações e serviços dos entes federativos;

IV - responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias; e

V - referências das regiões intraestaduais e interestaduais de atenção à saúde para o atendimento da integralidade da assistência.

Parágrafo único. Serão de competência exclusiva da CIT a pactuação:

I - das diretrizes gerais para a composição da RENASES;

II - dos critérios para o planejamento integrado das ações e serviços de saúde da Região de Saúde, em razão do compartilhamento da gestão; e

III - das diretrizes nacionais, do financiamento e das questões operacionais das Regiões de Saúde situadas em fronteiras com outros países, respeitadas, em todos os casos, as normas que regem as relações internacionais.

Ao órgão de âmbito nacional cabe a formulação das diretrizes que serão adaptadas pelas demais comissões e executadas pelos entes federativos descentralizados, em concretização à disposição do art. 23, II, da Constituição Federal.

Evidentemente, o quadro acima relatado se refere aos programas da forma como foram apresentados normativamente – seja por meio da atividade parlamentar (caso das leis de organização do SUS), pela produção técnica (do Ministério da Saúde) ou mesmo pelo poder regulamentar do Poder Executivo (o decreto nº. 7.508/2011). A prática, porém, apresenta severos obstáculos ao funcionamento de um sistema realmente cooperativo entre todos os entes federativos – o que, de certa forma, é esperado em um país de largas dimensões territoriais como o Brasil.

As propostas normativas, até o momento, não foram suficientes para reduzir de forma significativa as desigualdades regionais.

A prestação dos serviços de proteção à saúde (como a prestação de serviços em geral) depende da capacidade orçamentária do ente federado responsável. Com a municipalização, sobretudo na década de 1990, houve uma tendência de repasses de recursos da esfera federal diretamente para a esfera municipal, reduzindo a capacidade de articulação e

gestão dos Estados. Nesta mesma década, uma sensível parcela de recursos foi realocada do âmbito estadual em proveito da União, revertendo a distribuição financeira estipulada originariamente pela Constituição de 1988 – Arretche destaca a implantação do Fundo Social de Emergência (Emenda Constitucional de Revisão nº. 1/1994), posteriormente convertido na Desvinculação de Receitas da União (cujo caráter transitório é desafiado pelas permanentes prorrogações – atualmente vigente até o ano de 2023), e a Lei Kandir, que unificou as normas de arrecadação do ICMS e promoveu severas perdas aos Estados exportadores (ARRETCHÉ, 2012). A isto, soma-se o cenário de guerra fiscal entre os Estados, elevando os passivos financeiros destes entes e sujeitando-os a recorrer ao governo federal para maior provisionamento de recursos (CONTARATO; DE LIMA; LEAL, 2019)

A década seguinte, ao promover a regionalização, buscou reforçar o aparato burocrático e instrumental dos Estados para articular programas de saúde junto aos municípios, vez que a disparidade entre eles fragilizava a garantia de atendimento integral definido pela Constituição. O esforço, todavia, tem resultados limitados pela baixa capacidade coercitiva dos colegiados de gestão compartilhada – Comissão Intergestores Tripartite, Conselho Nacional de Saúde, Comissão Intergestores Bipartite e colegiados regionais –, bem como por fatores externos ao setor da saúde, como “variáveis de caráter social, econômico, cultural e territorial” (RIBEIRO; MOREIRA, 2016, pp. 21-22).

O caso da descentralização da prestação de serviços de saúde confirma, na prática, a posição de Marta Arretche (1997, p. 129) no sentido de que “o sucesso da descentralização depende – isto sim – de uma redefinição do papel estratégico do governo federal em um novo arranjo federativo”. Em outras palavras, mesmo em contexto de descentralização, o governo central tem papel primordial na realocação dos serviços a fim de que não se perca (e seja possível avançar) em eficiência – o que é particularmente verdadeiro no caso brasileiro, cuja organização administrativa historicamente privilegia o governo federal.

2.3.3. O federalismo sanitário em crise: a pandemia de covid-19 no Brasil

O sistema de saúde brasileiro – assim como ocorreu ao redor do mundo – se viu posto à prova com o advento da pandemia de covid-19 ao território nacional. A altíssima transmissibilidade do novo vírus levou a colapso os sistemas hospitalares na Europa, nos Estados Unidos e, finalmente, no Brasil.

O Brasil pôde usufruir de posição privilegiada em relação a outras partes do mundo, vez que apenas no final do mês de fevereiro foi confirmado o primeiro caso da doença em território nacional, enquanto a Europa via o alastramento desenfreado da doença. Ainda antes do caos que seria instalado no Brasil, viu-se países afetados adotarem diversas medidas sanitárias. Mesmo de longe, foi possível identificar as mais bem-sucedidas (dentro do possível), bem como as mais ineficazes. Não obstante, as autoridades públicas brasileiras não entraram em acordo sobre como o novo desafio deveria ser tratado, o que explica (parcialmente) a disparada no número de casos e óbitos decorrentes da doença.

O principal instrumento legislativo de combate a pandemia é a Lei nº.: 13.979/2020, de iniciativa do Poder Executivo. Nela, há referências à limitação do poder público de acordo com a esfera particular de competência de cada um: o art. 3º, por exemplo, lista medidas de emergência que poderão ser tomadas pelas autoridades (isolamento, quarentena, determinação compulsória de exames etc.), “no âmbito de suas competências” (conforme redação dada pela Lei nº.: 14.035/2020), com menção expressa às ações que poderão ser adotadas pelo Ministério da Saúde e pelos gestores de saúde estaduais e locais (municipais), desde que com a autorização do referido Ministério (art. 3º, § 7º).

Outro exemplo de cooperativismo trazido pela Lei está em seu art. 6º, que determina o compartilhamento obrigatório entre todos os entes federativos dos “dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação”. Ao final, designou-se a competência do Ministério da Saúde para regulamentar e operacionalizar as disposições da Lei (art. 8º).

O Ministério da Saúde também contou com orientações técnicas destinadas aos demais órgãos de saúde do Brasil, como o Plano Nacional de Contingência para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus COVID-19 (BRASIL, 2020) e o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra Covid-19 (BRASIL, 2021).

Assim como ocorre na operacionalização do federalismo sanitário em termos gerais, o grande problema do combate à pandemia de covid-19 no Brasil – ao menos no que diz respeito ao federalismo – não se deveu à produção normativa, mas às questões de ordem política: não no sentido de preocupação e debate sobre o melhor para a sociedade, mas de preferências pessoais tornadas políticas de governo e guerras de narrativas, impedindo uma política pública realmente organizada pelo poder central que fosse disseminada e adaptada pelos poderes locais.

Se, em regra, as disputas federativas no contexto da saúde envolviam, sobretudo, a distribuição e captação de recursos, colocando Estados e Municípios uns contra os outros, no combate à disseminação do novo coronavírus houve um divórcio entre a política sustentada pela União, principalmente nas pessoas do Presidente da República e dos Ministros da Saúde, e as iniciativas estaduais e municipais para controle da doença.

As disputas políticas se converteram em disputas judiciais, sendo acionado o Supremo Tribunal Federal para dirimir as principais questões divergentes – como isolamento social, vacinação, competência para a adoção de medidas sanitárias e a sua respectiva compulsoriedade, entre outras.

Assim, faz-se necessário entender o papel que o Supremo Tribunal Federal desempenha nas disputas entre os entes federativos e como se coloca na questão do direito à saúde para que se possa compreender seus posicionamentos nas polêmicas surgidas no contexto do combate aos efeitos deletérios da pandemia no Brasil.

3. O FEDERALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No capítulo anterior, viu-se que o Supremo Tribunal Federal entrou no centro do debate político desde seu fortalecimento pela Constituição Federal de 1988 – seja pelo almejado protagonismo, como última instância de decisões afeitas a outras esferas sociais, seja pelo ativismo, em que arroga competências não expressamente a si atribuídas.

Do ponto de vista da teoria sistêmica, utilizada no primeiro capítulo para explicar de que modo o sistema político ingressaria no sistema jurídico por meio do Supremo Tribunal Federal, analisar os julgamentos do STF porque é por meio deles que a cúpula do sistema jurídico produz uma comunicação dos valores “legal/ilegal” (LUHMANN, 2016, p. 54) – no âmbito da Corte, recorrentemente pelo binômio “constitucional/inconstitucional”.

Quando o tema é federalismo, a questão ganha nova camada de complexidade. Assim como o próprio STF, o federalismo se encontra permeado por elementos políticos e jurídicos: se, por um lado, trata-se de fenômeno necessariamente constitucionalizado, por outro, reflete as manifestações de diversos centros de poder, para além do órgão central, gerando disputas entre os entes federativos.

Entendendo o federalismo como um fenômeno em permanente construção, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal é parte do federalismo brasileiro. Isto porque é do STF a competência para dirimir judicialmente conflitos de natureza federativa (art. 102, I, alínea *f*, da Constituição Federal). A Corte é frequentemente chamada para arbitrar as disputas e, também neste ponto, mantém seu caráter ativista/protagonista.

Nos casos analisados neste capítulo, o binômio “constitucional/inconstitucional” se refere à posição de determinadas leis (estaduais ou federais) face à repartição de competências estipulada pela Constituição Federal de 1988. Eventualmente, discutir-se-á se estes códigos são utilizados de forma genuína pelo Tribunal – é dizer, expressando apenas o que eles efetivamente significam – ou se podem indicar a influência e relação do sistema político nas decisões da Corte.

Luhmann alerta para a possibilidade de o sistema jurídico “simular legalidade”, ou seja, não renunciar às normas, mas decidir de acordo com um “valor de rejeição” que permita a subordinação dos tribunais a elites originárias de outros sistemas – inclusive o

político, já tão próximo do jurídico (LUHMANN, 2016, p. 66).

Compreender como o Supremo Tribunal Federal se posiciona diante da complexa união federativa brasileira é fundamental para responder à questão principal deste trabalho. Por isso, doravante serão apresentados alguns julgamentos paradigmáticos sobre a questão federativa no Brasil, a fim de possibilitar a compreensão do que o STF entende como sendo o cooperativismo trazido pela Constituição de 1988.

A questão federativa brasileira pode ser segmentada em diversas searas: competências para planejamento e execução de políticas públicas diversas (educação, saúde, segurança pública, fiscal), tributária, constitucional derivada, entre outras. De início, abordar-se-á uma visão generalista do Supremo Tribunal Federal, onde estarão expostos alguns dos paradigmas sustentados pela Corte.

No segundo momento, trar-se-á o modo como o Supremo tem se manifestado no tema “direito à saúde”, especialmente no que tange à concretização do Sistema Único de Saúde positivado pela Constituição e à repartição de competências e responsabilidades entre os entes federativos.

Objetiva-se, ao final do capítulo, constatar se o Supremo Tribunal Federal adota uma linha-mestra para decisões no âmbito federativo, buscando a solidificação de sua jurisprudência, ou se suas decisões apresentam contradições entre si, fragilizando a coerência de suas decisões. A existência de decisões contraditórias pode ser indicativa de elevado grau de interrelação entre a Política e o Direito no seio do Tribunal.

Uma vez que isto esteja claro, poder-se-á passar à análise das decisões neste tema proferidas a partir do início da pandemia de covid-19, em 2020.

3.1. Cooperativo, mas centralizado?

Existe uma noção de que o Supremo Tribunal Federal atua de forma a tornar o federalismo brasileiro mais centralizado, reduzindo o raio de ação das unidades periféricas (Estados e Municípios).

Não se abordará a questão em termos de “preferência” do STF pela União ou pelos Estados. Não obstante, serão expostas algumas abordagens que indicam uma tendência,

por parte da Corte, de inflacionar as já numerosas competências da União, reduzindo o espaço legislativo dos Estados.

Outras pesquisas detectaram, na leitura de seus autores, viés de proximidade entre o Supremo Tribunal Federal na comparação entre o êxito da União contra os Estados em ADIs e o êxito inverso; outras, analisam o mérito da questão, privilegiando o olhar sobre o vencedor da disputa; por fim, há quem analise propriamente os argumentos suscitados pela Corte para decidir de uma forma ou de outra – habitualmente favorecendo a União em questões sensíveis.

Inicia-se a abordagem deste capítulo, porém, pela análise do chamado “princípio da simetria”, regularmente invocado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar a reprodução das normas federais (constitucionais ou infraconstitucionais) nos Estados e Municípios.

3.2. “Princípio” da simetria: paradigma de interpretação do federalismo

Se o trabalho pretende responder se há ou não forte componente político (a ponto de superar o componente jurídico) nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito de competências dos entes federativos para ações de combate à pandemia; e, se, para tanto, propõe-se conhecer o modo como o STF aborda o federalismo em seus julgamentos, é imperioso destacar o chamado “princípio da simetria”, lugar-comum utilizado pelos Ministros para defender a replicação da organização administrativa da União nos Estados e Municípios.

Por simetria entre União e Estados-membros (e, no caso brasileiro, também os Municípios) deve-se entender a obrigatoriedade da reprodução, na organização dos Poderes dos entes subnacionais, das normas constitucionais referentes à organização dos Poderes da União. Em outras palavras, a ideia de simetria afirma que a Constituição Federal, ao declinar o modo como os poderes se organizam no âmbito central (da União), determinou (ou quis determinar) também o modo como os poderes seriam organizados nos demais entes federados.

De plano, a primeira consequência verificável em termos de pacto federativo é a imensa constrição da autonomia dos entes periféricos, sobretudo no que diz respeito à produção legislativa e à organização da Administração Pública – resultando em Constituições Estaduais compelidas a reproduzir o texto da Constituição Federal, ainda que tal obrigação

não esteja expressa na Carta Maior.

Marcelo Labanca Correa de Araújo (2009, pp. 103-104) menciona a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.: 216/PB como uma das mais antigas ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal adotou, por maioria, a ideia de simetria. Neste julgamento, houve divergência entre os Ministros Célio Borja (relator) e o ministro Celso de Mello (redator do acórdão), tendo o argumento deste último sido vitorioso entre seus pares.

Ali, a questão central era o art. 33, XVIII, da Constituição do Estado da Paraíba, que, à época, contava com a seguinte redação:

Art. 33. São direitos dos servidores públicos civis:

(...)

XVIII - “adicional por tempo de serviço pago, automaticamente, pelos sete quinquênios em que se desdobrar, à razão de cinco por cento pelo primeiro; sete por cento pelo segundo; nove por cento pelo terceiro; onze por cento pelo quarto; treze por cento pelo quinto; quinze por cento pelo sexto e dezessete por cento pelo sétimo, incidentes sobre a retribuição por remuneração do beneficiário, não se admitindo a computação de qualquer deles na base de cálculo dos subsequentes, sendo este direito extensivo ao funcionário investido em mandato legislativo estadual”.

Segundo a petição inicial, apresentada pelo então Governador do Estado da Paraíba, o dispositivo acima transcrito violaria o art. 37 da Constituição Federal por ferir o princípio da moralidade, ali inscrito.

O Ministro relator sequer considerou a questão de relevo constitucional: o art. 37, XIV, da Constituição Federal trazia a mesma vedação que o dispositivo da constituição estadual sob análise – na redação da Carta federal, “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento”; na da Carta estadual, nenhum dos acréscimos pecuniários mencionados seria computado na base de cálculo dos subsequentes. Assim, seria assunto restrito à alçada estadual.

A questão referente à simetria aparece no debate a respeito do processo legislativo: a iniciativa para projeto de lei desta natureza deveria ser do Governador do Estado, repetindo de forma simétrica a Constituição Federal (art. 61, § 1º, inciso II, alíneas *a* e *b*), ou os Estados teriam autonomia para regular, em algum grau, o próprio processo legislativo?

O Ministro Célio Borja argumentou que, na Constituição anterior (de 1967, alterada pela EC nº.: 1/1969), havia disposição expressa no sentido de que os Estados

deveriam respeitar as regras de processo legislativo positivadas na Constituição Federal (art. 13, III, da CF/67); esta disposição não havia permanecido na nova Constituição, muito embora a CF/88 tenha também numerosas regras sobre processo legislativo; portanto, segundo a lógica exposta, não seria da alçada do Supremo Tribunal Federal invalidar a norma por vício no processo legislativo, porquanto este pudesse ser estatuído na Constituição Estadual (desde que preservados outros princípios, como os moldes republicanos e representativos).

A divergência foi aberta pelo Ministro Celso de Mello – e logrou vitoriosa na ocasião. Destaca-se, aqui, o trecho do voto do Ministro que acabou sendo incorporado pelo Supremo Tribunal Federal como paradigma para aferir a simetria entre as normas federais e estaduais:

Se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios **extensíveis** e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos próprios efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar.

Em outras palavras, segundo o Ministro Celso de Mello, a circunstância da nova Constituição não ter repetido o elenco de princípios sensíveis – excluindo a simetria com o processo legislativo federal – não importa na autorização para os Estados organizarem o processo legislativo de maneira autônoma, por ser esse um princípio “extensível” da Constituição Federal.

Destaque-se que, apesar do julgamento da medida cautelar em 1989, a ADI nº.: 216/PB não teve seu mérito apreciado: em 2003, a Emenda Constitucional nº.: 18/2003 excluiu o inciso XVIII do art. 18 da Constituição do Estado da Paraíba. Em 2012, a ADI foi considerada prejudicada pela perda superveniente do objeto. Assim, a discussão travada a respeito da concessão ou não da medida cautelar pleiteada pelo então Governador do Estado da Paraíba acabou sendo decisiva para a formação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Desde então, o princípio da simetria foi utilizado repetidamente como argumento pelo STF em julgamentos sobre a constitucionalidade de leis e emendas constitucionais dos entes federados. Araújo destaca, inclusive, que o princípio virou “lugar-

comum” no Tribunal a ponto de os Ministros utilizarem-no para justificar posições antagônicas no mesmo julgamento, tal como ocorrido no julgamento da ADI nº.: 2.212/CE, versando a respeito da possibilidade de reclamação constitucional dirigida ao Tribunal de Justiça local para garantir a autoridade de suas decisões (ARAÚJO, 2008, pp. 127-129).

Até hoje o princípio da simetria segue sendo utilizado sem parcimônia pelo Supremo Tribunal Federal, estando consolidado como paradigma para interpretação da dinâmica federativa brasileira. Em pesquisa realizada no sítio virtual do STF pelo termo “princípio da simetria”, com foco apenas nos acórdãos de julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade proferidos no ano de 2022 até o dia 17/05/2022, obteve-se quatro resultados: são a ADI nº.: 6.453/RO, de relatoria da Ministra Rosa Weber; a ADI nº.: 6.651/BA, de relatoria do ministro Edson Fachin; a ADI nº 6.984/AC, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; e a ADI nº.: 6.510/MG, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

A ADI nº.: 6.453/RO discute a possibilidade de um Estado-membro (Rondônia) estatuir quórum de 2/3 (dois terços) para aprovação de emendas constitucionais estaduais. Aqui, o argumento principal é a reprodutibilidade, nas constituições estaduais, do processo legislativo insculpido na Constituição Federal. A Ministra Relatora menciona os artigos 25 da Constituição Federal e 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como fundamentos para a posição adotada.

Breve parêntese: o intuito deste tópico é demonstrar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser centralizadora. Isto porque, em caso de lacuna constitucional ou legislativa, a interpretação adotada pelo STF costuma ser favorável à primazia das instâncias centrais de produção legislativa. Vejamos se é esse o caso.

O art. 25 da Constituição Federal afirma que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”; já o art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que “cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”.

Não parece possível inferir, a partir dos dispositivos mencionados, que o processo legislativo prescrito na Constituição Federal deverá ser integralmente reproduzido pelas Constituições Estaduais. Entre os princípios que regem o processo legislativo podem ser destacados o princípio republicano, o princípio democrático, o princípio da publicidade, o da

moralidade, entre muitos outros. O quórum para aprovação de emenda constitucional não parece ter relação com “princípios”; trata-se de uma regra procedimental. Não há, na Constituição, limitação desta natureza à ação das Assembleias Legislativas.

Se dos princípios mencionados deve-se extrair algo a respeito do quórum para aprovação de emendas constitucionais, é que este quórum deverá ser qualificado; adentrar mais na especificidade poderia ser entendido como invasão da competência estadual, caso o Supremo Tribunal Federal adotasse um paradigma menos centralizador. Porém, instituído o paradigma interpretativo da simetria, compele-se o Estado federado a repetir a normatização constitucional sobre processo legislativo em seus mínimos detalhes, reduzindo a autonomia do poder constituinte derivado reformador.

A ADI nº.: 6.651/BA, proposta pelo Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, questiona o art. 71, XXIII, da constituição baiana. O dispositivo permite que a Assembleia Legislativa convoque “Secretário de Estado, Procuradores-Gerais do Estado e de Justiça e dirigentes da administração indireta” para prestar informações; a recusa injustificada importaria, nesse caso, em crime de responsabilidade.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, reporta ao julgamento da ADI nº.: 3.279/SC, na qual o STF fixou tese no sentido de não ser possível elastecer o rol de possíveis sujeitos passivos de processamento por crime de responsabilidade para além do que seria simetricamente razoável. O principal argumento no caso da ADI de origem catarinense seria a violação da competência privativa da União de legislar sobre direito penal (art. 22, I, da CF/88). Menciona também, porém, o art. 50 e seu parágrafo segundo, tal qual a ADI julgada neste ano de 2022.

De fato, caso se considere que a norma definidora dos crimes de responsabilidade é de natureza penal (o que é discutível, mas justificável), o argumento a respeito da competência privativa da União é definitivo. Não obstante, os Ministros mencionam a necessidade de reprodução obrigatória, nas constituições estaduais, do art. 50 e seu § 2º da Constituição Federal.

A “reprodução obrigatória” do dispositivo constitucional é submetida, mais uma vez, à interpretação centralizadora feita pelo Tribunal a respeito dos arts. 25 da CF/88 e 11 do ADCT. Note-se que a menção à simetria não seria sequer necessária, no sentido de não influenciar no julgamento do mérito da ação, mas é utilizada como artifício retórico a fim de

ressaltar a limitação à autonomia legislativa dos estados.

Já na ADI nº.: 6.984/AC se discute o modelo de fiscalização pelo Tribunal de Contas. Importante ressaltar que, neste caso, a simetria não é um “princípio” ou mesmo um “paradigma de interpretação”, mas uma regra: o art. 75 da Constituição Federal dispõe expressamente que as normas referentes à estruturação do Tribunal de Contas da União devem ser aplicadas nos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios. Não obstante, a Ministra Cármen Lúcia declarou inconstitucional a norma estadual que não seguia a simetria por violação ao “princípio”.

O art. 75 da Constituição Federal, inclusive, pode ser utilizado como argumento contra a banalização do “princípio da simetria”, porquanto fique claro que, quando a Carta desejou a reprodução de suas normas nas constituições estaduais, a manifestação foi realizada de forma expressa em seu texto. Trata-se de interpretação razoável frente ao texto constitucional, deixada de lado em prol da tradição do Supremo.

Por fim, o julgado mais recente a mencionar o princípio da simetria é o da ADI nº.: 6.510/MG. Aqui, foi posto sob julgamento o art. 106, I, alínea *b*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, segundo o qual seria competência originária do Tribunal de Justiça do Estado o processamento e julgamento do respectivo chefe de Polícia Civil (entre outras autoridades).

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, inicia seu voto deixando clara a posição do Tribunal a respeito do tema – a “inconstitucionalidade de qualquer interpretação que resulte na concessão, pelos Estados, de prerrogativa de foro a agente público não contemplada pela legislação federal”. A íntegra do voto do Ministro é preenchida com diversos outros julgamentos nos quais a Corte negou a possibilidade de as Constituições Estaduais instituírem rol de foro por prerrogativa de função que não respeite a simetria com a Constituição Federal.

Assim, torna-se evidente que o Supremo Tribunal Federal adota postura centralizadora ao adotar como paradigma de interpretação do federalismo brasileiro um “princípio” que: a) não está expressamente previsto na Constituição; b) não é um “princípio”, na acepção técnica do termo; c) é utilizado deliberadamente para atrofiar as (poucas) competências legislativas dos Estados.

As declarações de inconstitucionalidade das leis estaduais com fundamento no paradigma da simetria parecem traduzir uma opção política por parte do STF. Isto porque a

reprodução obrigatória de determinadas normas constitucionais, como visto, não decorre de determinação constitucional expressa, mas de interpretação da Corte sobre o tema; em última análise, aumenta o âmbito de atuação do próprio Tribunal e, conseqüentemente, expande também sua força em termos políticos.

Em síntese: quando o Supremo decide que uma norma é inconstitucional em virtude da aplicação da simetria, a despeito da falta de previsão constitucional expressa, está dizendo também que o tema do qual versa a norma estará sujeito ao seu controle direto, independente do ente federativo que a promulgue.

3.1.2. STF nas lides entre União e Estados

Outra maneira de avaliar a postura centralizadora do Supremo Tribunal Federal é investigar os dados relativos aos julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas por autoridades da União em face dos Estados ou vice-versa.

Vanessa Elias de Oliveira, em pesquisa realizada sobre as ADIs envolvendo conflitos federativos no STF entre 1988 e 2002, constatou ampla “vantagem” da União tanto no número de “vitórias” (é dizer: decisões favoráveis em liminares e no mérito) quanto no número de ações com julgamento de mérito. Em números, enquanto a União teve êxito em obter medidas liminares contra os Estados em 73,6% dos casos, os Estados só obtiveram êxito 15,8% das vezes; ademais, apesar da União ter proposto mais ações desta natureza (47, contra 39 por parte dos Estados), o Supremo deixou de apreciar mais ações propostas pelos Estados do que pela União (9, contra 8 da União – em termos percentuais, 15,8% contra 3,8%) (OLIVEIRA, 2009, p. 236).

Apesar deste primeiro quadro não trazer referência ao mérito das questões postas sob análise, é importante lembrar que a concessão de medidas liminares por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem alto impacto no *status quo* (seja para alterá-lo ou para mantê-lo), porquanto não haja respeito aos limites regimentais para que as questões sejam liberadas para julgamento definitivo pela Corte. Assim, mesmo havendo a possibilidade de reversão da decisão em julgamento de mérito, a obtenção de medida liminar por parte do pleiteante pode ser considerada uma vitória, haja vista a obstrução imediata da ação outra parte.

No mesmo texto, Oliveira (idem, p. 239) constatou que os Estados não obtiveram qualquer vitória contra a União em julgamentos de mérito: das 65 ações analisadas, 25 foram julgadas indeferidas e as demais estavam aguardando julgamento quando da realização da pesquisa. No caso da União, em 22,5% dos casos houve vitória (54 ações), em 24,2% houve derrota (58) e as demais aguardavam julgamento (128).

Se é certo que a análise acima não pode servir para indicar a resposta da questão fundamental deste trabalho, pode, por certo, robustecer o argumento de que, desde a redemocratização, o Supremo Tribunal Federal apresenta tendência a decidir de modo a concentrar (ou manter concentradas) as competências federativas na União Federal, o que pode ser indício de reforço das instâncias centrais em detrimento das periféricas.

É importante mencionar que “decidir”, no caso, não está diretamente relacionado com “julgar”: como visto no capítulo anterior, o silêncio deliberado da Corte pode ser uma maneira de manipular o *status quo* em favor do interesse do Tribunal.

Estudo mais recente promovido por Fernando Santos de Camargo dá sequência à análise promovida por Oliveira. Analisando as Ações Diretas de Inconstitucionalidade envolvendo algum tipo de conflito federativo entre 1988 e 2014, o autor também constatou haver larga prevalência de julgamentos favoráveis à União contra os Estados em detrimento aos pleitos formulados pelos Estados contra o ente federal (CAMARGO, 2019).

Em sua pesquisa, Camargo pondera que a própria sistematização constitucional de divisão de competências entre os entes federativos favorece o governo central, porquanto haja extenso rol de competências legislativas em prol da União em contraste com exíguo rol de competências estaduais. Ainda assim, os dados que apresenta são contundentes no sentido de que a atuação do Supremo Tribunal Federal, de fato, legitima a “expansão gradual da jurisdição legislativa central”:

Das ações propostas pelos legitimados federais e resolvidas no mérito (excluídas, portanto, as não conhecidas e as que aguardam julgamento), 89,7% (243 de 271) obtiveram resultado favorável (julgadas procedentes ou procedentes em parte), enquanto a taxa de sucesso dos Governadores e Assembleias que enfrentaram a União foi de 35% (7 de 20). (CAMARGO, 2019, p. 79).

A pesquisa ainda aponta outros elementos que indicam o “favorecimento” da instância central pelo STF: a proporção de concessão de liminares em favor da União contra os Estados quando comparado com o observado no caso contrário (o dobro, quando se trata de

ações propostas pela União) e a própria natureza das poucas vitórias estaduais – apenas sete, sendo que quatro foram propostas por Estados diferentes questionando as mesmas normas, sendo julgados conjuntamente depois de dezessete anos de tramitação (e os efeitos da decisão ainda foram modulados, de modo a incidirem apenas três anos após o julgamento) (CAMARGO, 2019).¹

Veja-se que as análises acima mencionadas não chegam a adentrar com profundidade o mérito das questões submetidas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, entende-se que já podem ser considerados como indícios de um certo estímulo à centralização do federalismo brasileiro por parte da corte suprema.

Como a este trabalho interessa perquirir se os julgamentos do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia importaram em interferência do sistema político no sistema jurídico, comparando as decisões nos períodos de maior crise pela pandemia com as decisões tomadas em momentos anteriores, importa também estipular um parâmetro para que seja possível detectar a consistência da jurisprudência da Corte.

Para tanto, necessário fixar um recorte temporal: a pesquisa partirá do dia 22 de março de 2017, momento a partir do qual restou formada a composição do Supremo Tribunal Federal que recebeu as primeiras ações a respeito dos conflitos federativos na pandemia. O limite final para formação do paradigma será o início da pandemia de covid-19 no Brasil, considerando este marco a confirmação oficial do primeiro caso da doença no país, ocorrido em 26 de fevereiro de 2020.

Como critério para seleção de casos, optou-se por selecionar apenas as ADIs e ADPFs julgadas no período declinado acima, desde que o tema do julgamento diga respeito à distribuição de competências federativas. Isto significa que, de forma diversa dos estudos supramencionados, a seleção dos julgamentos não será feita unicamente com base nas partes envolvidas na lide, mas, sobretudo, na lide em si: o questionamento da constitucionalidade de uma lei, federal ou estadual, face à distribuição de competências prevista na Constituição.

Assim, realizou-se pesquisas pelas partes envolvidas nos processos, mas não foram selecionados apenas os julgamentos que contrapunham alguma instituição da União (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Presidente da República e Senado Federal) contra alguma instituição do Estado-membro (Governador do Estado e Assembleia

¹ Trata-se das ADIs nºs.: 875/DF, 1.987/DF, 2.227/DF e 3.243/DF. O julgamento ocorreu em fevereiro de 2010, mas os efeitos da decisão foram protelados para janeiro de 2013. Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 875, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, publicado em 30/04/2010.

Legislativa). Também foram incluídos questionamentos realizados por outros legitimados (partidos políticos, Conselho Federal da OAB, confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional) em face de qualquer dos entes federativos, estaduais ou federais. Mesmo porque, conforme será visto no capítulo seguinte, muitas das ações ajuizadas no Supremo Tribunal Federal que discutiam competências federativas foram propostas por partidos políticos; a iniciativa destes foi fundamental para o trabalho que ora se apresenta e não poderia ser descartada.

Por outro lado, mesmo conflitos entre órgãos da União (como PGR) e órgãos estaduais (Assembleias Legislativas, por exemplo) cujo tema não envolvesse o pacto federativo foram descartados. Veja-se, a título de exemplo, o caso da ADI nº.: 1.269/GO, no qual a PGR questiona norma estadual que permite o ingresso na carreira de oficial de justiça mediante provimento em comissão. Ora, a norma questionada não fere qualquer dispositivo constitucional que diga respeito às competências federativas, mas ao regime constitucional de admissão de servidores públicos, não havendo motivo, portanto, para que este julgamento integre o parâmetro desejado neste trabalho. Foram excluídos também conflitos envolvendo “guerra fiscal” entre os Estados, porquanto a disputa entre entes da federação que estejam no mesmo plano não configure maior ou menor centralização.

Também foram excluídas ações que envolvessem a competência dos Municípios. Isto porque sua classificação como ente federativo é *sui generis* entre os modelos federativos e, sobretudo, porque os Municípios estão dois “níveis” abaixo da União na organização federativa, estando sujeitos à legislação federal e estadual (além da sua própria), de modo que a formação de um parâmetro para fins de comparação ficaria desnecessariamente complexo.

O mais importante, portanto, é aferir se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a fortalecer as competências da União (configurando-se, caso positivo, como centralizadora) ou não, independente das partes que apresentem a lide ao Tribunal. Por “fortalecer as competências da União” deve-se entender a adoção de interpretação expansiva das competências federais sobre as competências estaduais, restringindo a capacidade legislativa local onde haveria margem para interpretação em prol de maior autonomia dos entes locais.

Como o rol de legitimados é extenso, restringir aos conflitos federativos diretos – é dizer, entre os entes federativos e seus representantes – não é suficiente para formação de

um parâmetro de comparação com o período pós-pandemia de covid-19. Para inclusão na pesquisa, basta que a norma esteja sendo questionada em virtude do desrespeito às competências federativas fixadas constitucionalmente.

Por outro lado, isto significará que leis e emendas constitucionais questionadas em virtude de outros vícios de inconstitucionalidade, cuja solução não passe pelo Título III, Capítulos I a VI, da Constituição Federal, não serão utilizados para formação do parâmetro.

A coleta de dados resultou na análise de 159 processos, cujo resultado pode ser resumido na tabela abaixo:

Tabela 1 - resultado do mérito das ADIs analisadas

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	119
		%	74,84%
	Prevalência da competência estadual	nº	40
		%	25,16%
TOTAL		nº	159
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>

No campo “prevalência das competências estaduais”, foram inseridos não apenas os casos nos quais as competências estaduais saíram inteiramente “vencedoras” da disputa, mas também as ações que resultaram em procedência parcial dos pedidos (com reconhecimento da competência local apenas em relação a parte das leis impugnadas). Consequentemente, no campo “prevalência das competências federais” foram inseridas as ações que tiveram o pedido julgado no sentido de extirpar o dispositivo normativo estadual por violação à norma federal.

Antes de qualquer análise mais aprofundada, imperioso ressaltar que as competências privativas e exclusivas da União (arts. 21 e 22 da Constituição Federal) são muito numerosas (totalizam cinquenta e seis incisos, muitos deles mencionando diversos temas diferentes), de modo que, pela própria distribuição constitucional, eventuais conflitos tendem a ser resolvidos em favor da União.

Mesmo as competências comuns e concorrentes (arts. 23 e 24 da Constituição Federal) sofrem influência determinante da atuação legislativa da União: em relação às competências comuns, a cooperação entre os entes federativos deverá ser regulada por meio de lei complementar (art. 23, parágrafo único, CF/88), enquanto, em relação às competências

legislativas concorrentes, a União é a responsável pela edição das normas gerais (art. 24, § 1º, CF/88).

Não obstante, o quadro geral permite a realização de cortes que podem ser mais úteis do que os números frios da totalização dos resultados. Um dos cortes possíveis é a disputa entre governadores e as respectivas assembleias estaduais, cujos resultados são os seguintes:

Tabela 2 - resultado do mérito das ADIs analisadas (Governadores vs. Assembleias Estaduais)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	37
		%	84,09%
	Prevalência da competência estadual	nº	7
		%	15,91%
TOTAL		nº	44
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>

Este corte revela que aproximadamente um quarto das questões federativas postas sob discussão no Supremo Tribunal Federal no período analisado decorreram de disputas entre as próprias instituições estaduais, propostas pelos respectivos governadores contra as Assembleias Estaduais.

Na maior parte dos casos, trata-se de defesa da iniciativa legislativa do Poder Executivo também no âmbito estadual, tal qual a disciplina da Constituição Federal a respeito do processo legislativo da União – em outras palavras, defesa da própria iniciativa por meio da aplicação do princípio da simetria.

Dentre os processos nos quais houve prevalência de alguma das competências federais, 22 (metade do total de ações neste corte, portanto) foram decididos tendo o princípio da simetria como principal fundamento da decisão. Em todas as ocasiões, foram ações propostas pelos Governadores dos Estados. Pode-se considerar este um elemento contundente no sentido da “jurisprudência centralizadora” do Supremo Tribunal Federal, pois mesmo quando a União não está diretamente envolvida na lide do processo, suas competências são reforçadas.

Por outro lado, a tradição de adotar o princípio da simetria é tão antiga – como visto, sua primeira aparição na jurisprudência da Corte se deu em 1991 – que é difícil afirmar,

apenas com base na sua reiterada aplicação, que a posição aparentemente centralizadora do Supremo Tribunal Federal decorre de intrusão do sistema político no sistema jurídico. A princípio, parece mais razoável a hipótese de que se trata de uma repetição pouco refletida, decorrente do número elevado de casos e da força retroalimentada pelo reforço dos precedentes. Assim, a mudança na jurisprudência exigiria, aí sim, vontade política deliberada de alterar o posicionamento histórico do Tribunal.

Das 159 ADIs analisadas, apenas uma foi proposta por uma Assembleia Legislativa: a ADI nº.: 4.577/GO, pela Assembleia Legislativa de Goiás em face do Congresso Nacional. O caso versava sobre a possibilidade de concessão de parcela indenizatória pela convocação extraordinária de deputados – novamente, o STF entendeu não ser possível o implemento em virtude de não haver previsão constitucional para os deputados federais. As normas constitucionais seriam, neste ponto, de reprodução obrigatória e, portanto, a lei estadual foi julgada inconstitucional.

É importante mencionar que não se trata de concordar ou discordar do resultado prático da decisão do STF (vedação da implementação de verba indenizatória para convocação extraordinária de deputados estaduais), mas sim de observar o principal fundamento utilizado para tanto (a necessária simetria entre a organização do Congresso Nacional, disciplinada na Constituição Federal, e as Assembleias Legislativas Estaduais, disciplinadas, em tese, em cada uma das respectivas Constituições). Afinal, qual o motivo da previsão constitucional das Constituições estaduais se as normas da Constituição Federal serão de reprodução obrigatória, ainda que não haja ordem expressa no Texto Maior?

Uma outra reflexão é necessária: existem casos, como o acima mencionado, em que o Supremo Tribunal Federal poderia utilizar outros princípios (alguns dos quais expressamente previstos) para adotar a mesma posição, tais como o princípio da moralidade, o princípio da razoabilidade e o princípio da economicidade. O reforço do precedente ligado ao “princípio” da simetria parece um lugar-comum destinado a proteger o STF de elaborar construções argumentativas mais complexas e estruturadas a respeito de suas próprias posições.

Pois bem. Das 7 “vitórias” das Assembleias Legislativas, representantes do quadro “prevalência das competências estaduais”, na Tabela 2, duas ações tiveram procedência parcial, reconhecendo a inconstitucionalidade de determinados dispositivos, mas assegurando o exercício de competências comuns ou concorrentes por parte dos Estados.

Outras duas ações versavam sobre a prestação de serviços de saúde – as ADIs nº.: 5.140/SP e 5.293/SC, cujo detalhamento será feito no próximo tópico.

Por outro lado, na ADI nº.: 6.059/RR, foi reconhecida a competência da União para definição dos critérios de alocação e rateio de recursos públicos para financiamento do SUS, além de também reconhecer a iniciativa do Chefe do Poder Executivo para a proposição de lei desta natureza, sendo a lei estadual de Roraima eivada de dupla inconstitucionalidade.

Outro corte importante para medir a “jurisprudência centralizadora” do STF é o conflito entre concessionárias de serviços públicos e instituições estaduais. As concessionárias se tornam partes legítimas, segundo o STF, ao se organizarem em entidades de âmbito nacional, como a ABRAFIX – Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico, a ACEL – Associação Brasileira das Operadoras de Celulares, a ABRADDEE – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica, entre outros.

O corte produziu os seguintes resultados:

Tabela 3 - resultado do mérito das ADIs analisadas (Concessionárias vs. Governadores e Assembleias Legislativas)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	28
		%	73,68%
	Prevalência da competência estadual	nº	10
		%	26,32%
TOTAL		nº	38
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>

A pesquisa revela que o conflito entre as concessionárias e as instituições legislativas estaduais se dá, sobretudo, pela confusão envolvendo as competências privativas da União para legislar sobre “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão” e “política de seguros”, os quais incluem planos de saúde privados (art. 22, IV e VII, CRFB), e, por outro lado, a competência concorrente para legislar sobre proteção ao consumidor (art. 24, VIII, CRFB).

Em outras palavras, as empresas concessionárias de serviços públicos se insurgem contra a legislação estadual que (alegadamente) instituem novas obrigações para a prestação de serviços sob o título de proteção ao consumidor – obrigações estas não previstas na concessão e, portanto, extrapolando a competência estadual para legislar.

Como visto, na maior parte dos casos (73,68%) o Supremo Tribunal Federal deu razão às concessionárias, fundamentando, em síntese, que as legislações estaduais ultrapassavam os limites da relação “consumidor/fornecedor”, na qual se permite a interferência do legislador local. Em alguns casos, é fácil identificar o implemento de nova obrigação para as operadoras: nas ADIs nº 5.521/CE e 5.585/PI, discutiu-se a instalação de bloqueadores de sinal em presídios – segundo a legislação dos respectivos Estados, de responsabilidade das operadoras de telefonia, o que foi considerado inconstitucional pelo Supremo. Em outras ocasiões, a linha se torna mais tênue, como nas legislações que obrigam as empresas a fornecer mais informações ao consumidor (informações sobre velocidade de envio de dados, no caso da ADI nº.: 5.569/MS; informações sobre a área de cobertura e qualidade do sinal, na ADI nº.: 5.098).

As quatro ações que tiveram como resultado a prevalência das competências estaduais foram propostas pela ACEL (uma delas tendo a ABRAFIX, ambas já mencionadas, como coautora): trata-se das ADIs nº.: 4.908/RJ, 6.087/AM, 5.940/ES e 6.094/RJ, nas quais se reconheceu o caráter suplementar da legislação estadual em relação à normatização federal, em consonância com o art. 24, VIII, da CRFB.

Outro corte útil para análise do paradigma é o que seleciona as ADIs propostas pelas instituições centrais – Procuradoria-Geral da República e Presidência da República – contra as estaduais. Este tipo de conflito foi o fio condutor dos estudos mencionados anteriormente, realizados por Oliveira (2009) e Camargo (2019). Porém, como já explicitado, neste trabalho apenas foram selecionados processos em que o motivo da querela envolvesse, de algum modo, a distribuição de competências federativas.

Neste corte, foram 34 ações analisadas, com o seguinte resultado:

Tabela 4 - resultado do mérito das ADIs analisadas (União vs. Estados)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	27
		%	79,41%
	Prevalência da competência estadual	nº	7
		%	20,59%
TOTAL		nº	34
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>

Chama a atenção o fato de que, no período, foram julgadas mais ações envolvendo conflitos entre instâncias estaduais (governadores contra as respectivas

assembleias legislativas) do que instâncias federais contra instâncias estaduais.

Quanto a este fato, deve-se ponderar o número de Estados da Federação (26 mais o Distrito Federal), o que, somado à legitimidade direta dos Governadores, permite a estes a defesa de suas próprias iniciativas legislativas em detrimento de conferir ao Poder Legislativo maior autonomia. Isto se deve, como visto, à adoção do paradigma da simetria como forma de organizar juridicamente o Estado brasileiro como um todo.

Outro ponto digno de atenção é que, das quatro ações que resultaram na prevalência das competências legislativas estaduais, uma reconheceu caráter de legislação suplementar às normas estaduais reguladoras dos Estudos de Viabilidade Municipal, previsto no art. 18, § 4º, da CRFB: trata-se da ADI nº.: 4.984/CE, que questionou as leis complementares de nº.: 1/1991 e 84/2009, as quais disciplinavam o processo de criação de municípios e os estudos de viabilidade municipal, respectivamente.

Nesse caso, a Procuradoria-Geral da República defendeu que as leis complementares estaduais invadiriam a competência da União em dois pontos: no primeiro, ao disciplinar as regras para criação de novos municípios, porquanto a redação do art. 18, § 4º, CRFB, dada pela Emenda Constitucional nº.: 15/1996, tenha atribuído à União a competência para legislar sobre a criação de municípios – o que, na visão da PGR, também incluiria a formulação de regras para os estudos de viabilidade municipal.

O comando constitucional é inespecífico neste ponto. Veja-se:

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por **Lei Complementar Federal**, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados **na forma da lei**.

(grifou-se)

O entendimento da PGR foi parcialmente acolhido pelo Ministro Alexandre de Moraes, relator da ADI. Em seu voto, seguido por seus pares de forma unânime, o dispositivo constitucional traz duas modalidades de competência: uma delas é exclusiva da União – a que determinará o processo e o prazo para criação de Municípios – e a outra é concorrente – referente aos Estudos de Viabilidade Municipal.

Segundo este entendimento, apesar do texto ser silente neste ponto, a intenção do constituinte derivado – de devolver à União a regulação para criação de novos municípios,

face ao elevado crescimento no número de municipalidades após a Constituição de 1988 – foi de instituir uma espécie de competência concorrente na matéria. Esta interpretação se torna possível pelo próprio fato de que a criação de um novo município deverá ser autorizada pela legislação federal (normas gerais) e estadual (a criação do Município em si), podendo tal lógica ser reproduzida também quanto aos Estudos de Viabilidade Municipal.

Porém, nenhuma das leis gerais de competência da União (seja regulando a criação de municípios, seja sobre os Estudos de Viabilidade Municipal) foi editada até o momento. Desta forma, aplicar-se-ia o disposto no art. 24, § 3º, da CRFB, permitindo aos Estados-membros o exercício da competência legislativa plena até a superveniência da norma federal – e, portanto, mantendo a eficácia da Lei Complementar nº.: 84/2009, motivo pelo qual esta ADI foi classificada como “prevalência da competência estadual”, ainda que de forma provisória.

Nas outras três ações com prevalência da competência estadual, aliás, o Supremo entendeu estar tratando de competência concorrente: na ADI nº.: 6.039/RJ, relatada pelo Ministro Edson Fachin, o STF entendeu ser constitucional lei estadual que impõe a obrigatoriedade de que perito legista feminino examine crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de estupro (com fundamento no art. 24, XV, CRFB); na ADI nº.: 4.615/CE, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, considerou-se constitucional a Lei nº.: 14.882/2011, a qual trata de procedimentos simplificados para atividades e empreendimentos de pequeno potencial ambiental (art. 24, VI, CRFB); e na ADI nº.: 5.333/TO, relatada pela Ministra Cármen Lúcia, admitiu-se a constitucionalidade de lei estadual definidora do interesse social na regularização fundiária de ocupação de áreas públicas sem inovar nas hipóteses de licitação, desta feita remetendo ao art. 22, XXVII, da CRFB, que prevê como competência da União a edição de “normas gerais” sobre o tema das licitações.

Ainda sobre os conflitos envolvendo União diretamente contra Estados, chama a atenção que apenas cinco deles tenham sido solucionados utilizando o princípio da simetria como recurso argumentativo, três delas se referindo às regras de iniciativa legislativa (ADIs nº.: 170/RN, 5.520/SC e 5.536/AM), uma às regras de competência originária do Tribunal de Justiça local (ADI nº.: 3.915/BA, vedando a inserção de hipóteses de prerrogativa de foro não previstas da Constituição Federal) e outra às regras de instituição de abono de permanência (ADI nº.: 3.217/PE). Em todos os casos, prevaleceu a competência federal em detrimento da estadual.

A maior parte dos casos que resultaram na prevalência da competência federal tiveram como fundamento principal a violação, por parte dos Estados, das regras de competência privativa da União (20 ações – o equivalente a 58% do total de ações do corte e 74% do total de ações que tiveram como resultado a prevalência federal).

Pode-se, novamente, questionar a interpretação conferida pelo STF a respeito dos limites da competência da União. Mais uma vez, o número de competências conferidas à União pela Constituição Federal é ponto chave no resultado da pesquisa: numerosas competências geram numerosas infrações e, conseqüentemente, elevam o número de ações julgadas em favor das competências da União; porém, existem casos em que a interpretação do Supremo Tribunal Federal anula as possibilidades de inovação no âmbito estadual. São estes os casos que poderão definir se a posição do Tribunal é fundada em alicerces políticos ou jurídicos, a despeito do código binário utilizado.

Caso emblemático é o da ADI nº.: 750/RJ, sobre direito do consumidor. A ação, proposta pela Procuradoria-Geral da República, discute a constitucionalidade da Lei Estadual nº.: 1.939/1991, a qual determinava que os rótulos ou embalagens de produtos de gêneros alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro expusessem informações tais quais aditivos, calorias, tabelas nutricionais, conservantes, corantes, esterilização etc. Transcreve-se o texto da norma questionada:

Artigo 2º: Do rótulo ou embalagem dos produtos, a que se refere o artigo anterior, devem constar todas as informações sobre a composição do produto e, dentre elas, obrigatoriamente as seguintes:

(...)

II - informações sobre os aditivos e a quantidade de calorias, de proteínas, açúcar e gordura, inclusive os conservantes, corantes e aromatizantes;

III - indicação da ausência de conservantes, corantes e aromatizantes do uso de produtos para evitar ressecamento;

IV - indicação da forma de esterilização utilizada no acondicionamento ou embalagem.

Artigo 3º: A partir de 60 (sessenta) dias da data da publicação desta lei, os produtos que não contiverem em seus rótulos ou embalagens o exigido no artigo 2º acima, serão retirados de circulação, sob pena de apreensão pelo órgão competente da Secretaria de Estado de Saúde.

Parágrafo único - Além da apreensão de que trata este artigo, os estabelecimentos comerciais e industriais que não cumprirem o estabelecido nesta lei, ficarão sujeitos a multa de 500 (quinhentas) a 1000 UFERJ's e cassação do alvará de funcionamento.

O Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, entendeu que a norma pretendeu

“definir nova disciplina global do tema, especificando, sem justificativa, exigências mais rígidas do que o previsto em legislação federal”. Não parece ser o caso. O texto da norma questionada não contraria o Código de Defesa do Consumidor (legislação global sobre o tema, segundo o Ministro), mas especifica informações que deverão constar dos rótulos de um tipo específico de mercadoria.

Em outros termos, trata-se de uma legislação local que complementa a legislação federal, exatamente o que se espera do legislador estadual em tema inserido dentro do rol de competências concorrentes da Constituição Federal (art. 24, CRFB). Não obstante, a atividade legislativa foi tolhida. No seu voto, o Ministro afirma que “um mesmo produto não pode ter dois rótulos ou duas embalagens, uma nacional e outra para o Estado em questão” – trata-se de uma análise de adequação da norma, não de proteção às regras de competências federativas.

Outro argumento sustentado pelo Ministro seria a competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (art. 22, VIII, CRFB). Novamente, parece ser o caso de inflacionar a competência da União a fim de estrangular a pouca liberdade legislativa – o próprio Supremo tem manifestações em sentido contrário, como na ADI nº.: 2.832/PR. Nesta ocasião, discutia-se a exigência, por meio de lei estadual (Lei nº.: 13.519/PR), da inserção de informações, nas embalagens de café, da “porcentagem de cada espécie vegetal de que se compõe o produto”.

O curioso é que, no julgamento da ADI nº.: 2.832/PR, o próprio Ministro Gilmar Mendes se manifestou favoravelmente à improcedência do pedido, declarando constitucional a lei estadual impugnada, considerando ser “um caso claro em que, a partir da perspectiva do consumidor, é possível deixar ao Estado a possibilidade de fazer aquilo que os americanos chamam de ‘laboratório legislativo’”.

O inciso VIII do art. 22 parece ter o intuito de evitar limitações diretas ao comércio, criando restrições à própria atividade comercial envolvendo produtos que circulem em todo território nacional. Enxergar sua incidência na obrigatoriedade de prestar informações complementares em relação àquelas inicialmente exigidas pela legislação federal parece ir além do que pretendeu o constituinte, sendo uma posição que reflete muito mais o que o Ministro (e o Tribunal, de forma geral) pensa a respeito do federalismo e da extensão das competências legislativas estaduais do que, necessariamente, o que se extrai do texto constitucional sobre o tema.

A disparidade entre julgamentos pode ser considerada um indicativo de influência do sistema político sobre o sistema jurídico; o casuísmo é a principal ferramenta de um Tribunal para dar vazão à colonização de um sistema sobre outro, ainda que pontualmente.

Outro detalhe a se ressaltar é a disparidade de julgamentos entre as ações propostas por instâncias federais (Presidência da República e Procuradoria-Geral da República) e as ações propostas por instâncias estaduais (no caso, apenas processos iniciados pela iniciativa de Governadores de Estado foram julgados): apenas quatro ações propostas por Governadores foram julgadas no período (como visto, foram trinta e quatro no caso de instâncias federais).

O dado se torna ainda mais relevante quando se nota que, nas quatro ações julgadas, os resultados foram favoráveis às competências federais. Mais do que os resultados obtidos em cada “recorte” nos dados, a disparidade entre o número de ações julgadas no período dentro do período estabelecido pode indicar certa “preferência” por parte do STF. A circunstância dos governadores terem seus pleitos negados pela Corte apenas reforça esta tendência.

Para encerrar o tópico, resta questionar: é possível formar um parâmetro por meio do qual se possa estipular uma “decisão média” do Supremo Tribunal Federal a respeito de conflitos federativos no período analisado?

O parâmetro emerge dos dados, mas não em virtude do número de ações nas quais as competências da União foram ressaltadas. Afinal, como já mostrado em ocasiões anteriores, o número de competências constitucionais atribuídas à União, tanto no âmbito legislativo quanto no administrativo, é muito superior às competências estaduais – o que torna muito mais fácil um Estado violar uma competência federal do que a União violar a competência estadual. Por isso, esperado o resultado numérico obtido.

O que verdadeiramente chama a atenção para a formação do parâmetro desejado são os fundamentos utilizados pelos Ministros para dar primazia às competências da União. Como visto, dois pontos se destacam: o primeiro é a utilização do (assim chamado) “princípio” da simetria, engessando a possibilidade criativa dos Estados em prol do modelo federal de organização administrativa. O segundo é a interpretação extensiva das competências da União, chegando a absorver as competências concorrentes e esvaziando o papel legislativo dos Estados, mesmo nos assuntos referentes ao interesse local – como no caso da ADI nº.: 750/RJ, acima analisada.

Assim, entende-se ser possível firmar um parâmetro da postura ordinária do Supremo Tribunal Federal face ao federalismo brasileiro: o STF manifesta uma visão federativa centralizadora, expansionista em relação às competências da União e contracionista em relação às competências dos Estados.

Viu-se, portanto, que é correto – ou, no mínimo, razoável – afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem, de fato, uma posição tradicionalmente centralizadora no que diz respeito ao federalismo brasileiro. A questão que resta é: a postura do Supremo se altera quanto ao tema? É possível diferenciar a posição tradicional do Tribunal quando o assunto é a proteção da saúde, tema inserido no rol daqueles sujeitos à competência legislativa concorrente (art. 24, XII, CRFB)?

3.1.3. A proteção à saúde na divisão de competências federativas segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No que diz respeito à repartição genérica de competências federativas, a Constituição Federal divide a responsabilidade pela efetivação do direito à saúde em dois dispositivos distintos – o primeiro deles, no art. 23, inciso II, determinando ser de competência comum dos entes federativos “cuidar da saúde e assistência pública”; no segundo, asseverando ser competência da União, dos Estados e do Distrito Federal (excluídos os Municípios, portanto), legislar concorrentemente sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde”, conforme art. 24, inciso XII. Como será mostrado adiante, ambos os dispositivos foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento das decisões que nortearam a ação dos entes federativos durante a pandemia de covid-19.

A dúvida que norteia este trabalho é saber se estas decisões estão ou não de acordo com a jurisprudência dominante do Tribunal, permitindo aferir, a partir deste elemento, se o sistema político, caracterizado sobretudo por respostas às demandas contingenciais, adentrou o sistema jurídico, cujas respostas, no âmbito da Corte, se referem a licitude/constitucionalidade ou ilicitude/inconstitucionalidade dos atos normativos questionados.

No tópico anterior, destacou-se a postura centralizadora do STF em relação à distribuição de competências, interpretando a Constituição de forma a não apenas preservar as

competências da União ali estabelecidas, mas também de inflacioná-las, reduzindo o já diminuto espectro de autonomia das competências estaduais. Tratou-se, portanto, de uma análise generalista, visando descobrir como o Supremo, na composição que iniciou a pandemia de covid-19, vinha decidindo questões federativas.

Neste tópico, propõe-se uma análise sobre como o Supremo Tribunal Federal entende a divisão de competências entre os entes federativos quando o tema discutido é saúde pública. Como se viu, a própria ideia do Sistema Único de Saúde pressupõe a existência de cooperação entre os entes federativos em diversos níveis – o que não exclui a hipótese de conflitos entre os entes, ocasiões em que será acionado o STF.

Os principais aspectos a respeito da construção do federalismo sanitário foram abordados no capítulo anterior. Neste ponto, é importante ressaltar o movimento no sentido da descentralização, não apenas das competências executórias de políticas públicas, mas também de sua formulação, com a participação direta de todos os entes federativos, visando organizar a complexidade do sistema de forma a suprir as necessidades locais.

Porém, a última palavra sobre o tema é do Supremo Tribunal Federal; por isso, interessa saber se o Tribunal sustenta o que parece ser a intenção do constituinte – um sistema descentralizado, com participação ativa dos entes federativos nas fases de planejamento e execução das políticas – ou se repete a posição vista no tópico anterior, expandindo as competências da União em detrimento das competências locais.

Ocorre que, tratando-se de proteção à saúde, os aspectos que podem ser abordados em matéria de competência federativa são os mais variados, cruzando com o fenômeno denominado “judicialização da saúde”, mecanismo por meio do qual se busca a efetivação do fornecimento dos serviços integrais de saúde que são, a princípio, negados administrativamente (DRESCH, 2014, p. 26). Isto significa que, em última instância, o STF decide, não apenas no plano abstrato, mas também no concreto, as atribuições de cada ente federativo na concretização desse direito.

Entende-se que o marco inicial de um recorte temporal razoável para analisar os entendimentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde é o julgamento conjunto de diversas ações sobre judicialização da saúde, destacadamente do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº.: 175/CE (STA nº.: 175-AgR/CE) e do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº.: 47/PE (SL nº.: 47-AgR/PE), ocorrido no dia 17 de março de 2010, sendo estas decisões consideradas paradigmas para a Corte a partir

de então e constantemente revisitadas nos votos dos Ministros.

A SL nº.: 47-AgR/PE versava, em específico, sobre a adoção de providências administrativas, por parte do município de Petrolina/PE (com o auxílio do Estado de Pernambuco e da União), para concretizar melhorias no atendimento fornecido pelo Hospital Dom Malan. O município teve decisões desfavoráveis à sua pretensão tanto no Juízo Federal da 8ª Vara de Petrolina/PE quanto no respectivo Tribunal Regional Federal. Chegando o caso ao STF, o pedido de suspensão de liminar foi indeferido pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim.

Já a STA nº.: 175-AgR/CE tratava sobre uma usuária específica do Sistema Único de Saúde, portadora de uma patologia denominada “doença de Niemann-Pick tipo C”, condição neurodegenerativa rara, a qual demanda o tratamento por um medicamento específico, com custo mensal de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais). A ação foi proposta contra a União e o Município de Fortaleza/CE, tendo a parte autora obtido em seu favor provimento de tutela antecipada no sentido da obrigatoriedade do fornecimento do medicamento. Nesse caso, a União alegou ser parte ilegítima para constar como sujeito passivo no processo. Agravadas as decisões, coube ao Ministro Gilmar Mendes, que sucedera ao Ministro Nelson Jobim na presidência, a relatoria do processo.

O voto do Ministro Presidente nos processos acima referidos foi acompanhado por unanimidade entre seus pares e considerado marco na atuação judicial em matéria de efetivação do direito à saúde no país, porquanto tenha ultrapassado os limites das questões postas sob seu crivo, passando “a promover a interpretação de diversos pontos da seção reservada à saúde na CF/88, em especial os disciplinados no artigo 196, claramente intencionando esclarecer no que consiste cada um de seus elementos” (DALLARI; MAGGIO, 2017, p. 66).

Antes da análise do voto do Ministro Relator, é importante salientar que, à época, o Supremo Tribunal Federal começava a se abrir para a influência de atores externos à lide por meio do instituto de audiências públicas. Em relação aos casos, foi realizada a “Audiência Pública da Saúde”, com sessões nos dias 27 a 29 de abril e 4 a 7 de maio, todos do ano de 2009. Esta foi apenas a quarta audiência pública realizada pelo STF e contou com 64 discursos, entre especialistas, gestores públicos e profissionais envolvidos com a temática do direito à saúde.

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, empregada como norte de análise da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é natural que o sistema jurídico se abra para referências oriundas de outros sistemas (heterorreferência), desde que tais referências sejam utilizadas em conjunto com as referências internas em prol do fechamento operativo do próprio sistema jurídico (LUHMANN, 2016, p. 68).

Santos e Marques (2014) mapearam os discursos coletados na Audiência Pública, detectando quais deles influenciaram na solução das lides sanitárias pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. No que diz respeito à distribuição de competências entre os entes federativos, salientam que “o STF considerou que os entes são solidários entre si e que o modelo de organização do sistema não altera essa solidariedade” (SANTOS; MARQUES, 2014, p. 20).

De fato, as ementas de ambos os julgamentos dispõem expressamente sobre a “responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde”. O voto do Ministro Relator – reverenciado pelos demais Ministros e apontado como um “divisor de águas” na jurisprudência sobre o tema pelo então Ministro Carlos Ayres Britto – é enfático ao afirmar que:

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade, e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

Dito de outra forma, isto significa que eventual falta de assistência pelo SUS poderá ser contestada judicialmente pelo cidadão face a qualquer esfera governamental – municipal, estadual/distrital ou federal, tendo os respectivos entes federativos a responsabilidade de adimplir com o tratamento necessário.

Os casos levados à discussão no Supremo Tribunal Federal tratam de assuntos muito específicos (o fornecimento de medicamento de alto custo e a melhora no fornecimento do serviço de assistência à saúde em um hospital localizado no município de Petrolina/PE); não obstante, inserem-se no contexto da busca pela concretização do direito à saúde por parte dos cidadãos, ganhando contornos de decisão-paradigma, seja pelo volume de ações judiciais envolvendo prestações sanitárias diversas, contra todos os entes federativos, seja pela necessidade de firmar critérios mais objetivos e auditáveis por parte do Supremo para decisões judiciais desta natureza.

Dallari e Maggio (2017, p. 72) ponderam que “do ponto de vista estritamente processual”, a decisão do Supremo Tribunal no âmbito da SL nº.: 47-AgR/PE foi muito além dos limites da questão posta sob análise; não obstante, a importância e contundência da decisão terminaram por fortalecer “a dignidade humana, bem como contribuindo exemplarmente para a boa administração pública da causa sanitária” (DALLARI; MAGGIO, 2017, p. 73).

Neste ponto, é oportuno dizer que a responsabilidade solidária entre os entes federativos em termos sanitários foi apenas um dos diversos temas abordados pelo Ministro Relator em seu voto, todos corroborados pelos seus pares e transformados no paradigma do STF sobre o tema. A análise deste trabalho limita-se a este ponto, porém, a fim de manter a coerência com a linha mestra que orienta esta pesquisa.

Lembre-se, porém, que as decisões da STA nº.: 175-AgR/CE e da SL nº.: 47-AgR/PE datam de 2010, dez anos antes da pandemia de covid-19 alcançar o Brasil. Neste meio-tempo, muito se discutiu a respeito da definição, pelo Supremo Tribunal Federal, de que a responsabilidade entre os entes federativos em matéria de saúde seria solidária (e não subsidiária). Afinal, como visto no tópico 2.3.3 deste trabalho, a normatização a respeito da operatividade do SUS caminha no sentido de delimitar de modo mais preciso as competências dos entes federativos, ainda que preveja um sistema complexo de cooperação.

Mesmo antes do julgamento da STA nº.: 175-AgR/CE (e das demais ações correlatas), o Supremo Tribunal Federal já adotava entendimento no sentido da responsabilidade solidária entre os entes federativos. O voto do Ministro Gilmar Mendes, porém, robusteceu o posicionamento do Tribunal em virtude da intensa discussão que antecipou a decisão e a abordagem de diversos aspectos da assim chamada “judicialização da saúde”. Este entendimento seguiu norteando as decisões do STF na década de 2010.

Veja-se, por exemplo, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº.: 607.381/SC, julgado no dia 31 de maio de 2011. O recurso opõe o Governo do Estado de Santa Catarina a uma usuária do serviço de saúde; como a ação da qual se recorre envolvia prestação à saúde (e, portanto, responsabilidade solidária), o governo catarinense procurou o chamamento ao processo da União e, com isso, a remessa do processo à Justiça Federal. A estratégia processual não foi acolhida e a irresignação com o insucesso deu azo ao recurso extraordinário.

No Supremo, foi inicialmente relatado pelo Ministro Eros Grau;

monocraticamente, o Ministro sequer conheceu do recurso. Com o advento de sua aposentadoria, herdou a relatoria do processo o Ministro Luiz Fux.

Em seu voto, destacou que “a *ultima ratio* do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde”, sendo que os arts. 23, II, e 198, § 2º, também da Constituição, impõem o reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes federativos para garantia do direito à saúde. Por fim, considerou protelatória a estratégia do Governo de Santa Catarina, sendo tal obstáculo inconstitucional por ter como objetivo impedir a concretização do referido direito. Salienta, ainda, que sequer haveria direito de regresso, porquanto a autora da ação tenha escolhido o Estado de Santa Catarina para fornecer a prestação de saúde (no caso, um medicamento).

Nota-se, portanto, o posicionamento no sentido não apenas de garantir a solidariedade entre os entes federativos, mas de operacionalizar esta solidariedade de forma a beneficiar o usuário do sistema de saúde, efetivar a concretização do seu direito, sendo vedado aos entes federativos utilizarem esse argumento de forma a obstar ou postergar a prestação requerida.

A permanência de casos novos versando sobre prestações de natureza sanitária, especialmente fornecimento de medicamentos e de tratamento de saúde, bem como a renitente disputa entre os entes federativos pela responsabilidade financeira para arcar com cada uma dessas obrigações, levou o Supremo Tribunal Federal a aprofundar a discussão. Ao reafirmar a sua jurisprudência, a Corte deu novos contornos à responsabilidade solidária, como será visto no próximo tópico.

3.1.3.1. A tese fixada no Tema de Repercussão Geral nº.: 793

O direito à saúde – em conflito com as responsabilidades de cada ente federativo – voltou ao centro do debate quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº.: 855.178/SE. O processo originário tramitou na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Sergipe, tratando-se de uma ação para fornecimento de medicamentos proposta em face da União e do Estado de Sergipe.

Apesar de vencedora, a autora da demanda judicial veio a falecer pouco depois da sentença proferida em primeira instância. Não obstante, a União, irresignada com a

obrigação de custear metade do tratamento determinado na sentença, interpôs apelação a fim de contestar a necessidade de ressarcir aos cofres estaduais as despesas com o medicamento indicado no início da ação.

Derrotada também na segunda instância, apresentou Recurso Especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, e Recurso Extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, alegando ofensa aos arts. 2º e 198 da Constituição Federal. O Recurso Extraordinário se pauta, em síntese, na ilegitimidade passiva da União, sendo de sua competência apenas o repasse de recursos para os demais entes federativos e a formulação de diretrizes para funcionamento do sistema. As competências específicas, relacionadas ao tratamento e suporte sanitário aos usuários do SUS, seriam regidas pela Lei do SUS (Lei nº.: 8.080/90).

Face à solidez da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já mencionada neste mesmo capítulo, a União teve seu recurso improvido – o Ministro Luiz Fux, relator do processo, manifestou-se pela reafirmação da jurisprudência da Corte, no que foi seguido por maioria (vencidos os Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio, que apenas reconheceram a repercussão geral do assunto discutido).

Não obstante, a União interpôs embargos declaratórios “atípicos”, visando a discussão presencial em Plenário a respeito do tema (a responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde), haja vista a ausência de unanimidade entre os Ministros quando da reafirmação da jurisprudência.

Os embargos foram conhecidos e o processo foi considerando *leading case* para a construção de tese de repercussão geral (Tema de Repercussão Geral nº.: 793). O julgamento do processo veio a ser finalizado apenas no dia 23 de maio de 2019; isto porque houve intensa divergência entre os Ministros pela possibilidade ou não de conhecer dos embargos, posto que seu principal argumento foi a existência de divergência para a reafirmação da jurisprudência da Corte, o que, em tese, poderia ser revisto pelo Plenário físico. O debate foi suspenso pelo pedido de vista do Ministro Edson Fachin, sendo os autos devolvidos ao Plenário apenas em 2019.

Por ocasião do julgamento em plenário, houve nova divergência entre adeptos de duas teses distintas: a primeira delas, encampada pelo Ministro Edson Fachin, reafirma a jurisprudência, promovendo maior detalhamento sobre os casos de judicialização do direito à saúde; a segunda, levantada pelo Ministro Alexandre de Moraes, sustenta que a responsabilidade dos entes federativos deverá ser considerada subsidiária, e não solidária, face

à distribuição de competências delineada na Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

O voto do Ministro Edson Fachin, ao reafirmar a jurisprudência, apresenta uma proposta sólida de organização funcional da responsabilidade solidária dos entes federativos, delineada a seguir.

A princípio, o Ministro Fachin asseverou concordância com a manutenção do entendimento de que a responsabilidade entre os entes deverá ser solidária, porquanto a competência para “cuidar da saúde” seja comum entre os entes federativos – configurando repartição horizontal de competências e implicando, por consequência, em atuação paralela entre os entes federativos.

Não obstante, o Ministro reconhece a necessidade de garantir maior previsibilidade ao sistema, obedecendo a distribuição de tarefas atribuídas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Não obstante, a solidariedade entre os entes deverá ser mantida a fim de proteger o usuário do sistema, garantindo-lhe a efetividade do direito.

Em outras palavras, a solidariedade proposta será do ponto de vista do usuário; do ponto de vista da organização do sistema, deve-se respeitar a organização disposta na Lei Orgânica do SUS e na Constituição, tarefa que caberá ao órgão julgador – caso o usuário proponha ação contra ente federativo que não tenha obrigação primária de adimplir ao pedido, caberá ao juiz a correção do polo passivo da demanda, ainda que isso acarrete deslocamento da competência para o processamento do feito. Estes fatos deverão ser reconhecidos pelo magistrado e, na hipótese de um ente cumprir a obrigação no lugar de outro, o juiz deverá ordenar o devido ressarcimento.

O modelo descrito no parágrafo anterior não valeria para quando o tratamento ou o medicamento pleiteado não constar das políticas públicas instituídas pelo Sistema, porquanto o Ministério da Saúde seja o órgão responsável pela inclusão de novos medicamentos, produtos e protocolos clínicos.

O Ministro arguiu que a adoção de tais critérios assegura maior previsibilidade em diversos níveis – no âmbito do Poder Judiciário, a clareza quanto à competência, a possibilidade de proferir comandos mais diretos; quanto aos próprios entes federativos, menos demandas regressivas (e diminuição da litigiosidade no geral); quanto ao usuário, maior celeridade na prestação jurisdicional e na própria logística de fornecimento do bem pretendido.

O Ministro Alexandre de Moraes liderou a divergência em relação ao Ministro Fachin. Seu entendimento é no sentido de ser apenas subsidiária a responsabilidade da União, seja pelo desenho constitucional do SUS, seja pela divisão de atribuições realizada pela Lei Orgânica do SUS (arts. 16 a 18).

Segundo o Ministro, o fenômeno da judicialização da saúde, amparado pelo entendimento jurisprudencial pela responsabilidade solidária entre os entes federativos, acaba por compelir os Estados e Municípios a abandonarem o “programa orçamentário destinado ao financiamento de tais serviços”. A própria Constituição, por ser turno, define que a atividade estatal deverá estar vinculada à observância das leis orçamentárias; antes de priorizar as normas orçamentárias frente ao direito à saúde, fortalecer a estabilidade do orçamento significa, na visão do Ministro, garantir o exercício dos deveres de Estados, Distrito Federal e Municípios em sede de políticas públicas sanitárias.

Soma-se, ainda, o argumento baseado na experiência concreta do Estado de São Paulo, o qual, segundo o Ministro, sofreu com o aumento de 727% nos gastos com ações judiciais referentes a requerimentos de prestações de saúde as mais diversas².

Ainda no campo do uso dos recursos públicos, assevera o Ministro que a responsabilidade solidária representa, muitas vezes, “atuação sobreposta” dos entes federativos; isto significa que, na eventualidade de uma condenação na qual haja litisconsórcio passivo entre os entes federativos, a prestação pleiteada era adimplida mais de uma vez, porquanto cada ente federativo buscasse cumprir com a obrigação que lhes teria sido imposta, acarretando desperdício destes tão escassos recursos.

A inclusão da União nas demandas as quais se alude seria possível apenas no caso de o ente federativo mais próximo – Municípios, Estados ou Distrito Federal – não possuir condição de arcar com a obrigação imposta pela condenação judicial, em aplicação direta do princípio da subsidiariedade que norteia o sistema federalista. Novamente, a proposta não se aplica às situações em que os medicamentos ou tratamentos requeridos não estejam nas políticas públicas instituídas pelo SUS, ocasiões nas quais seria imperativa a figuração da União no polo passivo da ação.

Após as proposições, duas questões nortearam os debates entre os demais

² O Ministro Alexandre de Moraes apresentou em seu voto dado fornecido pela própria Assessoria de Comunicação do Ministério da Saúde, veiculado pela mídia quando do firmamento de acordo junto ao CNJ para formação de um banco de dados. Para maiores informações, vide: “CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados”. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/376330612/cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>>. Acesso em: 8 de agosto de 2022.

ministros: a) a possibilidade de restringir acesso à saúde caso a tese da subsidiariedade fosse adotada, vez que muitas vezes as atribuições de cada ente federativo estão disciplinadas em normas infraconstitucionais e até infralegais, estando sujeitas a alterações mais abruptas; b) a organização processual em torno da fixação do polo passivo e a própria noção de solidariedade que se discutia, indo para além daquilo disciplinado no Código Civil (de modo que o reconhecimento de uma responsabilidade solidária não implique, necessariamente, na igual obrigação de todos os entes de cumprir a decisão judicial, porquanto haja possibilidade de exercício de direito de regresso).

Ao final, a votação foi direcionada para a proposta do Ministro Edson Fachin, especialmente após o comentário do Ministro Ricardo Lewandowski:

O que é preciso, neste momento, decidirmos? Nós vamos resolver a questão do Estado, e da carência de recursos; ou vamos resolver a questão ou problema daquele que está na ponta do sistema, que precisa urgentemente do remédio? Ele precisa do medicamento e, para ele, não importa quem é que ele vai acionar: Se é o município, o Estado ou a União. Ele precisa resolver o seu problema de saúde, sob pena de falecer.

Então, acho que, neste momento, não está em questão a solução dos problemas orçamentários dos municípios, dos Estados e da própria União, no que diz respeito à saúde. Precisamos, enquanto Suprema Corte, enquanto última “trincheira” da defesa dos direitos e garantias do cidadão, verificar como é que vamos resolver, da melhor forma, o problema daquele indivíduo que está - eu repito e me permito -, infelizmente, na ponta do sistema, precisando de um remédio e de um tratamento?

Assim, acatada a proposta do Ministro Edson Fachin, restou fixada a seguinte tese para o Tema de Repercussão Geral nº.: 793:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

O que se extrai de toda esta discussão, para o que interessa a pesquisa, é que o Supremo Tribunal Federal tem adotado entendimento favorável à corresponsabilização de todos os entes federativos em termos de políticas públicas de saúde. A Corte entende que, desta forma, garante-se o acesso a saúde em prol do usuário do sistema, independente do ente que tenha a responsabilidade direta pela prestação pleiteada segundo as regras de organização e distribuição de atribuições do SUS.

Para além da discussão a respeito de solidariedade ou subsidiariedade, ou de fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde no plano individual, o Supremo Tribunal Federal adota a ideia de que a competência comum estatuída pela Constituição vincula todos os entes federativos face ao usuário. É dizer: não obstante possa haver outras competências e atribuições específicas disciplinadas em outras normas legais, o cidadão poderá exigir de qualquer um dos integrantes da Federação o dever de cuidar da saúde, nos termos do disposto no art. 23, II, CRFB.

Trazendo o debate para o contexto da pandemia de covid-19, deve-se ressaltar que se trata de desafio *sui generis* para o Sistema Único de Saúde e para a Administração Pública como um todo. Os conflitos que envolveram o combate à doença também são novos, porquanto as medidas sanitárias exigiram coordenação de esforços entre a chefia dos Poderes em todas as esferas administrativas e a base do funcionamento do SUS; houve uma mobilização geral (e inesperada) em torno da contenção da nova doença, com dificuldades diversas – desde controvérsias jurídicas (como a competência para a determinação das medidas sanitárias) quanto informacionais (o desconhecimento a respeito da covid-19 facilitou a disseminação de notícias falsas sobre a contenção do vírus e tratamento da doença).

Assim, existe certa dificuldade ao olhar para a jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional e enxergar precedentes que se enquadrem com perfeição às decisões tomadas a partir da chegada da pandemia ao Brasil. As questões suscitadas pelos Estados e pela União (e mesmo por partidos políticos) fizeram parte da criação e consolidação de uma nova jurisprudência, da formação de precedentes para o futuro. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já discutiu a tomada de decisões de proteção à saúde em âmbito estadual: é o caso das ações que contestaram a proibição do uso de amianto.

3.1.3.2. A vedação do amianto na jurisprudência do STF

Como já explicitado em tópicos anteriores, para fixar um parâmetro de observação sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação às decisões tomadas no decorrer da pandemia de covid-19, optou-se por iniciar a análise dos julgamentos a partir da formação da composição da Corte que proferiu as primeiras decisões sobre as medidas sanitárias adotadas para o controle da doença, finalizando o recorte temporal com a

chegada oficial da pandemia ao Brasil, com a confirmação do primeiro caso.

Neste mesmo período, houve uma série de decisões a respeito de leis estaduais versando sobre limitações ao uso de amianto nos respectivos territórios: são as ADIs nº.: 3.356/PE, 3.357/RS, 3.470/RJ e 3.937/SP, todas propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) contra o Governador e a Assembleia Legislativa dos respectivos Estados-membros.

A discussão reside na existência de uma Lei Federal regulando o uso do asbesto/amianto na variedade crisotila – trata-se da Lei nº.: 9.055, de 1º de junho de 1995, desde que de acordo com os critérios definidos na própria lei, além da legislação correspondente em medicina do trabalho e dos acordos entre sindicatos de trabalhadores e de empregadores. A lei também menciona outros tipos de amianto que não podem ser comercializados, e mesmo formas nas quais a crisotila não poderá ser utilizada.

A primeira das ações a ser julgada foi a ADI nº.: 3.937/SP, que questionava a constitucionalidade da Lei nº.: 12.684/2007 do Estado de São Paulo. A lei referida, já no seu artigo 1º, proibia, “a partir de 1º de janeiro de 2008, o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto”, além de outras providências no sentido de diminuir a possibilidade de contato da população em geral com o amianto, restringindo progressivamente seu uso na indústria

No que diz respeito ao conflito entre competências federativas, a peça apresentada pela CNTI sustenta a existência de inconstitucionalidade formal na lei estadual paulista, porquanto a competência legislativa tenha sido “reservada preferencialmente à União e já exercida em sua plenitude” – referindo-se, neste ponto, à competência concorrente do art. 24 da CRFB. Para além, sustenta que a lei estadual versa sobre direito do trabalho, de competência legislativa privativa da União.

É importante mencionar que, assim como no caso da “judicialização da saúde”, o tema também motivou a convocação de audiência pública – Audiência Pública nº.: 7, sobre a proibição do uso de amianto, sendo realizada a convocação no bojo dos autos da própria ADI nº.: 3.937/SP, a pedido do Instituto Brasileiro do Crisotila.

Em seu relatório, o Ministro Marco Aurélio discorre a respeito das manifestações na audiência pública. Foram ouvidos representantes de diversas pastas do Ministério do Governo Federal (Saúde, Meio Ambiente, Indústria, Minas e Energia, Previdência Social), bem como representantes de classe, engenheiros, cientistas, economistas

e médicos.

Na audiência, os manifestantes dividiram-se, em síntese, a duas posições principais: os defensores da limitação (ou banimento completo) do amianto, em virtude das crescentes pesquisas sobre os efeitos cancerígenos no corpo humano em caso de contato com a substância, especialmente para os trabalhadores de minas e da construção civil, bem como o crescente número de países que baniram a crisotila; e os defensores da manutenção das regras então vigentes sobre uso do amianto, destacando não serem conclusivas as pesquisas mencionadas, além do impacto que eventual proibição geraria na economia, porquanto seja um produto cuja exploração esteja ligada à geração de milhares de empregos.

A este trabalho interessa, porém, o aspecto da alegada inconstitucionalidade formal da legislação paulista (bem como as outras leis que originaram outras ADIs). Neste ponto, o Ministro Marco Aurélio asseverou que “tudo leva a crer que o constituinte conferiu à União a atribuição geral para regulamentar o comércio de materiais perigosos”, sendo “desejável” a uniformidade da matéria a nível nacional; entendimento diverso poderia levar a uma “guerra federativa”.

O Ministro adere, ainda, à alegação da parte autora no sentido de que a jurisprudência do STF já se encontraria firme no sentido da competência da União – citando as ADIs de n.º: 2396/MS e 2.656/SP, as quais também tratam sobre legislações estaduais restritivas do uso do amianto. Ao final, considera “inequívoca a inconstitucionalidade formal da norma, por inadequação considerado o artigo 24, incisos V, VI e XII, e § 3º, da Carta Federal”.

A divergência em relação ao voto do Relator foi aberta pelo Ministro Edson Fachin, em voto proferido quatro anos depois da manifestação inaugural. Na sua compreensão, a ação versa sobre o conflito de uma competência privativa da União – a regulação da exploração mineral – com uma competência comum – cuidar da saúde – e diversas competências concorrentes – produção e consumo, proteção do meio ambiente, proteção e defesa da saúde.

O Ministro defende, na ocasião, que o Supremo Tribunal Federal reveja o modo como entende o federalismo brasileiro, permitindo maior atuação dos Estados no campo legislativo. Salienta que o próprio Tribunal ainda não explorou as possibilidades do federalismo cooperativo trazido pela Constituição de 1988, tão diferente dos modelos adotados anteriormente.

Assim, o Ministro Fachin discorre longamente sobre a possibilidade de aplicação de um “princípio da subsidiariedade” nas questões federativas brasileiras, usando como modelo o federalismo existente no âmbito da União Europeia (e se inspirando nas decisões do Tribunal Constitucional Europeu). Segundo seu raciocínio, em se tratando de legislação concorrente, as leis federais deveriam mencionar expressamente quais “efeitos de sua aplicação devem ser suportados pelos entes menores” a fim de afastar a “presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior”.

Portanto, defendeu o Ministro que a lei estadual apenas usurparia a competência federal caso a lei federal dispusesse os motivos pelos quais a União seria o ente mais bem preparado para regular a matéria e as razões para que os Estados não possam legislar sobre o mesmo tema. Não o tendo feito, conclui pela constitucionalidade da lei impugnada: a Lei Federal nº.: 9.055/1995 autoriza o uso do amianto sob determinadas condições, mas não veda a imposição de restrições.

Sua fundamentação, porém, não se restringiu à validação da norma estadual. Na continuidade de seu voto, manifestou-se o Ministro Edson Fachin pela inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº.: 9.055/95, arguindo, para tanto, que a autorização para uso e comercialização do amianto do tipo crisotila representa proteção deficiente à saúde da população. Assim, haveria verdadeiro vácuo na legislação federal sobre o tema, permitindo o acionamento do art. 24, § 3º, CRFB – e, conseqüentemente, conferindo competência legislativa plena aos Estados na matéria.

Dentre as soluções propostas por ocasião do julgamento, a manifestação do Ministro Edson Fachin pareceu ser mais coerente com o modelo de federalismo cooperativo proposto pela Constituição Federal. Ao interpretar a norma federal como uma permissão, da qual os entes federativos “menores” (nos termos de seu voto) poderiam ou não fazer uso, o Ministro homenageou o conceito de “interesse local” (ou regional) orientador de um modelo de federalismo centrífugo.

Não obstante, esta não foi a opção do Tribunal. O voto orientador da maioria foi proferido pelo Ministro Dias Toffoli. Na perspectiva do Ministro, a lei estadual contraria expressamente a lei federal sobre a comercialização do amianto – se a normatização federal autoriza o uso do amianto em todo território nacional, estaria permitido ao ente estadual a imposição de restrições adicionais, mas não a completa vedação do amianto no seu respectivo território; entendimento diverso conduziria ao “esvaziamento da norma geral federal”.

O Ministro Toffoli, porém, sustentou ocorrer um processo de inconstitucionalização em relação ao art. 2º da Lei Federal nº.: 9.055/95, haja vista a mudança nas relações fáticas que servem de fundamento à norma federal. Quando da elaboração da lei, sabia-se dos riscos à saúde e ao meio ambiente causados pela exploração do amianto crisotila; passados mais de vinte anos, nas palavras do Ministro, a situação é de “consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura”, apresentando os dados coletados na Audiência Pública nº.: 7.

Conclui o Ministro, portanto, pela inconstitucionalidade da norma federal que autoriza o uso do amianto crisotila sob determinadas condições (Lei nº.: 9.055/95) por violação do direito à saúde, do dever de redução dos riscos inerentes ao trabalho e do dever de proteção ao meio ambiente. Assim, aos Estados-membros sobressai a competência legislativa plena até a superveniência de outra norma federal sobre o tema, motivo pelo qual a lei estadual paulista foi considerada constitucional e a ADI julgada improcedente.

O mesmo voto orientou o julgamento das ADIs nº.: 3.357/RS e 3.356/PE, em relação às quais o Ministro Dias Toffoli foi redator para o acórdão. A ADI nº.: 3.470/RJ, relatada pela Ministra Rosa Weber, trouxe argumentação muito semelhante ao exposto pelo Ministro Dias Toffoli no julgamento das demais ações, com o mesmo resultado.

Estas foram ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal teve uma chance de reorientar a sua interpretação quanto ao federalismo brasileiro. Neste capítulo, viu-se a tendência da Corte de maximizar as competências federais, reduzindo a margem legislativa (já diminuta) conferida aos Estados pela Constituição.

Nos casos sobre a vedação do amianto, a reconsideração do Supremo a respeito de sua tradicional posição seria fundamental para implementar a ideia dos “laboratórios legislativos” (e administrativos) estaduais; optou-se, porém, pela tradicional tendência à uniformidade da normatização. As legislações estaduais apenas prosperaram em virtude da ausência de norma federal; tão logo esta seja promulgada, perderão sua força naquilo que a contrariarem – ainda que essa tal “contrariedade” não seja tão explícita, como na discussão a respeito da possibilidade de vedação à crisotila.

Não obstante, constata-se que o Supremo apresenta outra tendência quando se trata de garantir o acesso a prestações de serviços de saúde. Entendendo o SUS como manifestação por excelência do federalismo cooperativo, não apenas reafirmou a jurisprudência como fixou tese no sentido de garantir a solidariedade entre todos os entes no

que diz respeito à responsabilidade sobre lacunas no fornecimento de medicamentos, tratamentos e até mesmo de estrutura para recepção do usuário.

A pandemia de covid-19 entrelaçou os temas. Por um lado, as unidades médicas foram subitamente sobrecarregadas pelo alastramento da doença, gerando colapso sanitário em diversas cidades do Brasil. O SUS precisou enfrentar um desafio novo para o qual não estava preparado (e dificilmente poderia).

Por outro lado, muitos Estados e Municípios se contrapuseram à União, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito administrativo. Enquanto o governo federal fazia pouco caso do dano que seria causado pela covid-19, os demais entes federativos buscavam meios para ampliar a rede de proteção à saúde e restringir a locomoção dos cidadãos.

No próximo capítulo, abordaremos os principais conflitos a respeito do modo como o Poder Público enfrentou a covid-19 em seus diferentes níveis e como o Supremo Tribunal Federal se posicionou frente ao novo desafio.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PANDEMIA: REORIENTAÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO?

Com o advento da pandemia de covid-19, os poderes públicos foram obrigados a operar, mais do que nunca, em regime de cooperação. Seja no âmbito dos territórios estaduais, seja no âmbito regional e mesmo nacional, a soma de diversas forças políticas foi imprescindível para a retomada da normalidade no cotidiano.

O caminho até essa retomada, porém, foi árduo. No momento em que este trabalho é escrito (agosto de 2022), o Brasil conta com aproximadamente seiscentos e oitenta e quatro mil óbitos pela doença, o que corresponde a cerca de onze por cento de todos os óbitos no planeta. É o segundo país com maior número de óbitos confirmados no mundo. Entre os países com população superior a dez milhões de pessoas, o Brasil é o que possui a quarta pior média de mortes a cada cem mil habitantes – ficando atrás de Peru, República Tcheca e Eslovênia (JOHN HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE, 2022).

Neste capítulo, busca-se fornecer um panorama geral da pandemia de covid-19, desde sua detecção à resposta dos órgãos sanitários a nível nacional e internacional. Em seguida, serão abordadas as principais decisões do Supremo Tribunal Federal que relacionem combate à pandemia com divisão de competências federativas.

Assim como no capítulo precedente, serão explorados os votos dos Ministros, bem como os fundamentos utilizados para justificar a tomada de uma ou outra posição. Novamente, a análise se dará sob a perspectiva de uma teoria sistêmica, procurando identificar se, por intermédio dos códigos próprios ao sistema jurídico, o STF apresentou respostas próprias de outros sistemas, notoriamente o político.

Dedicar-se-á, ainda, um tópico para analisar o “estado da arte” da pesquisa jurídica sobre o tema, a fim de apresentar as ferramentas de investigação desenvolvidas sobre o complexo intrincamento entre crise sanitária, federalismo, contraposição de Poderes em âmbito horizontal (em órgãos de mesma hierarquia federativa) e vertical, as disputas políticas envolvendo estas questões e, por fim, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Um severo fator de complicação no enfrentamento à pandemia foi o desacordo entre as esferas locais (Estados e Municípios) e a esfera nacional (União – mais especificamente, o Poder Executivo Federal) sobre as medidas sanitárias adotadas para conter

o alastramento da doença. Com a covid-19 já disseminada no país, surgiu novo entrevero: a busca pelas vacinas, vistas como principal mecanismo para evitar o agravamento da tragédia sanitária.

Este capítulo explorará este desacordo. Os conflitos foram para além da seara política: ações foram propostas junto ao Supremo Tribunal Federal buscando validar ou questionar medidas sanitárias. A organização do federalismo esteve em pauta, porquanto houvesse leis e decretos estaduais com medidas sanitárias sobejamente mais restritivas do que as adotadas a nível federal.

4.1. A pandemia de covid-19

A pandemia de covid-19 teve seu início, até onde se sabe, em Wuhan, capital da província de Hubei, na China. O primeiro caso da doença foi detectado ainda em dezembro de 2019, apresentando alto grau de contágio e motivando restrições drásticas à liberdade dos habitantes da província.

A evolução da doença chamou a atenção da Organização Mundial da Saúde. Ainda no mês de janeiro, a OMS caracterizou a nova doença como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Já nesta ocasião, o Comitê de Emergência do Novo Coronavírus afirmou que o combate à doença dependeria de “promover distanciamento social proporcional ao risco”.

No dia 3 de fevereiro de 2020, a OMS divulgou um documento nomeado “Strategic preparedness and response plan” (plano estratégico de preparação e resposta, em tradução livre), ocasião em que já alertava para os riscos da doença, considerando a sua capacidade de propagação e o potencial impacto na saúde de seres humanos, salientando que “rumores, equívocos e desinformação disseminada online, via redes sociais, podem ter um impacto negativo nas medidas de resposta e nos comportamentos em busca de saúde”. Também foram estipulados mecanismos de cooperação a nível global, regional e local para gestão da crise.

No âmbito federal, houve uma rápida resposta à crise vindoura: o Projeto de Lei nº.: 23/2020, de iniciativa do Poder Executivo, aprovado já no dia 6 de fevereiro de 2020 pelo Congresso Nacional e promulgado de forma célere, no dia seguinte, tornando-se a Lei nº.:

13.979/2020.

A nova legislação apresentou tendência marcadamente centralizadora: ao Ministro da Saúde foi atribuída a competência para definir as condições e os prazos aplicáveis às medidas de isolamento social e quarentena, enquanto ao Presidente da República foi autorizada a regulamentação de quais atividades seriam consideradas serviços essenciais (trecho inserido por meio da Medida Provisória nº: 926/2020).

Apesar do esforço mundial pela restrição à liberdade de locomoção da população, no Brasil, o Presidente Jair Bolsonaro emitiu diversas declarações públicas desdenhando das medidas de isolamento social, criando uma dicotomia entre manutenção do funcionamento normal da economia e o controle da pandemia. Passou, também, a fazer aparições em público, gerando diversas aglomerações, e a incentivar manifestações populares com forte teor antidemocrático.

William Paiva Marques Júnior menciona que “o radicalismo negacionista do presidente Jair Bolsonaro implica em comportamento errático no enfrentamento à Covid-19”, com o desprezo à gravidade da doença e o estímulo ao retorno do convívio social, de aglomerações e de medicações sem evidências científicas (MARQUES JÚNIOR, 2020, p. 89). Enquanto isso, governadores e prefeitos buscavam conter a disseminação da doença, amparados nas orientações da OMS e nas experiências (bem ou mal sucedidas) de outros países.

O mesmo autor menciona, ainda em 2020 (portanto, antes do momento mais grave da crise sanitária), que o Presidente da República ignorou a evidência empírica de que a falta de políticas de isolamento provocariam uma onda de contaminação e mortes ainda mais destrutiva para a economia (a princípio, sua maior preocupação) do que o próprio isolamento (MARQUES JÚNIOR, 2020, p. 90).

Em síntese, a pandemia de covid-19 não apenas provocou a crise sanitária esperada para um momento de tamanha gravidade; combinada com a postura inflexível do Presidente da República, aprofundou todas as crises que o país já vivia e gerou enorme descompasso entre o governo federal e os governos dos demais entes federativos, apontados pelo primeiro como responsáveis pelo debacle econômico no ano de 2020.

4.2. O estado da arte sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-pandemia

Neste trabalho, já foram apresentadas duas das pesquisas mais relevantes acerca da tendência centralizadora da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Os artigos foram selecionados como exemplos de como se enxerga o posicionamento da Corte quando diante de conflitos federativos, sendo comum a preferência por atender os interesses da União em detrimento dos demais entes federativos.

Propõe-se, agora, a examinar como as decisões do Supremo Tribunal Federal foram encaradas por pesquisadores do tema. Em pó, far-se-á a análise própria deste trabalho, e, ao final, cotejar-se-á os resultados a fim de encontrar pontos de convergência ou divergência.

Abrucio et al. (2020, p. 669-670) defendem que houve uma mudança tamanha na orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que poder-se-ia classificar esse novo posicionamento como um “evento crítico” para a organização do federalismo sob o governo de Jair Bolsonaro, porquanto a Corte tenha “decidido claramente em favor dos entes subnacionais”.

Embora não mencionem especificamente o período da pandemia, os autores argumentam a existência de pesquisa (nominalmente a de Canello, de 2017) demonstrando a enorme vantagem da União em detrimento dos Estados no caso de “conflitos intergovernamentais”, justificando, assim, a sua classificação da “nova” jurisprudência do STF como um ponto marcante da disputa por poder dentro do pacto federativo brasileiro.

Gomes, Carvalho e Barbosa (2020, pp. 198-200) também destacam tendência centralizadora da jurisprudência do STF, salientando que, para além do resultado em si dos processos, a Corte também usa o “não julgamento” como estratégia para beneficiar, de maneira geral, os interesses da União. Todavia, quando do julgamento da medida cautelar ADI nº: 6341/DF, o Supremo teria alterado seu cálculo sobre a questão federativa controvertida em virtude da “estratégia política da Presidência da República”.

Ao final, os autores enfrentaram a questão que norteia este trabalho, ainda que brevemente:

A partir da compreensão analítica do conteúdo dos votos que compõem o bloco decisório reflexivo da maioria vencedora, essa mudança de trajetória no julgamento

de litígio federativo (ora favorecendo os entes federativos regionais e locais) pode ser atribuída à presença conjunta de três elementos: (1) à preocupação dos Ministros com a situação de pandemia e com os efeitos concretos das escolhas administrativas quanto a políticas públicas de saúde específicas para a contenção da pandemia por Covid-19; (2) à flagrante situação de divergência política entre o Executivo federal e os demais entes quanto à intensidade do isolamento social e à natureza das medidas administrativas a serem tomadas; e (3) à constante confrontação pública da autoridade do Supremo Tribunal Federal pela Presidência da República e por membros do gabinete federal. (GOMES; CARVALHO; BARBOSA, 2020, pp. 214-215).

Em sentido diverso, Ramos, Ramos e Costa (2020, p. 59) afirmam que a “mudança” do Supremo Tribunal Federal se deve muito mais a uma noção de precaução e proteção à saúde, diante dos obstáculos para implementação de políticas sanitárias e da calamidade que se avizinhava. Essa linha de raciocínio confere às decisões do STF um tom mais consequencialista de curto prazo do que, propriamente, de reforço ou construção de uma nova jurisprudência, capaz de orientar o próprio Tribunal em ocasiões futuras. Não teria havido, portanto, uma mudança no entendimento do STF, mas a prolação de decisões formatadas pela crise sanitária e adequadas à superação da pandemia.

Para Vieira, Garcia e Souza (2021, pp. 770-771), porém, a pandemia foi a janela de oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal adotasse uma postura diferente, em busca de um federalismo centrífugo e cooperativo – vez que a “*ratio* descentralizadora” das decisões proferidas no curso da pandemia não tenha sido colocada por nenhum dos Ministros como excepcional ou transitória, mas extraída da própria lógica constitucional do pacto federativo.

Certo é que, de uma forma ou de outra, as decisões do STF no curso da pandemia de covid-19 são um marco na forma como o Tribunal se posiciona em questões federativas. O modo como a Corte responderá às demandas para intervir nos conflitos federativos após o período de crise é que dirá se esta (suposta) mudança de orientação terá efeitos duradouros ou não. As diversas decisões proferidas, bem como suas justificativas, porém, podem dar indícios em um sentido ou em outro.

4.3. O Supremo como protagonista nos conflitos federativos durante a pandemia

Esta pesquisa buscou explicitar, entre outras, duas das características mais evidentes do Supremo Tribunal Federal atualmente: o protagonismo, resultado de

intervenções decisivas em disputas de poder político, e a arbitragem do pacto federativo brasileiro. Durante a pandemia, essas duas características se aproximaram como nunca: as atenções se voltaram para a solução que o STF daria para o descompasso entre o governo federal e os governos estaduais e municipais.

Segundo William Paiva Marques Júnior (2020, p. 389) a postura do Presidente da República “reverberou na construção de intensos debates jurídicos, tendo como protagonista da solução das controvérsias o Supremo Tribunal Federal”, uma vez que se tenha criado uma situação de “insegurança no quadro federativo brasileiro”. O autor resume com precisão a atuação do Poder Executivo Federal na crise nos seguintes termos (p. 394):

Na presente crise humanitária, o Poder Executivo Federal assumiu uma conduta errática e tem mostrado mais falhas que outros governos na luta contra a pandemia. Verifica-se ocultação e falseamento de informações, desprestígio da comunidade científica, minimização dos efeitos potenciais deletérios da pandemia, manipulação da crise humanitária para a criação de crises políticas com modificação arbitrária de ministros e construção de um discurso falacioso, irresponsável e manipulador, como se saúde e economia fossem instâncias antitéticas. Sob o pretexto de salvar a economia, foram geradas políticas públicas sanitárias equivocadas, que geram a necessidade de revisão e o controle pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste tópico, explorar-se-á em que medida as decisões do Supremo Tribunal Federal dedicadas à revisão e ao controle dos atos do presidente reforçam a jurisprudência anterior da Corte ou dela se afastam. Destacam-se as decisões sobre temas mais delicados: as medidas de isolamento social, ainda no início da crise sanitária, e a busca pela vacinação, no período entre as duas principais “ondas” da pandemia até aqui. São dois pontos que não apenas marcaram as fases da pandemia, mas dividiram a opinião pública e mobilizaram o STF.

4.3.1. A disputa sobre as medidas de isolamento social

A primeira ocasião em que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a intervir na disputa travada entre (sobretudo) os Governadores dos Estados e a Presidência da República foi para discutir aspectos da Lei nº.: 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº.: 926/2020 e regulada pelos Decretos nº.: 10.282/2020 e 10.288/2020.

Inicialmente, a celeuma se deu em torno do art. 3º, bem como de seus incisos e parágrafos. A redação original do artigo assim dispunha:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

(...)

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:

I - pelo Ministério da Saúde;

II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; ou

III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.

Posteriormente, o texto do artigo referido foi alterado pela Medida Provisória nº.: 926/2020, de 20 de março de 2020, trazendo a seguinte redação:

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:

(...)

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

§ 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.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

(grifou-se as alterações promovidas pela Medida Provisória nº.: 926)

Veja-se que o texto da MP não apenas concentrou atribuições no Poder Executivo Federal, mas inseriu novos dispositivos a fim de aumentar os poderes do próprio Presidente da República na condução da pandemia. Estes poderes estão relacionados à definição de “serviços públicos e atividades essenciais”, em relação aos quais não poderia haver medidas de restrição à circulação de pessoas (conforme § 11, acima sublinhado).

A MP vai ao encontro do discurso presidencial reticente em relação à importância das medidas de isolamento social como forma de evitar o contágio pelo Sars-Cov-2. Em entrevista realizada dias antes da publicação da Medida Provisória, o Presidente havia falado em evitar “histeria”, dos riscos de impacto na economia com as então incipientes medidas adotadas por prefeitos e governadores e também da chamada “imunidade de rebanho”, tese segundo a qual a pandemia arrefeceria a partir do momento que “um certo número de pessoas forem infectados e criarem anticorpos”, evitando a infecção de “quem não foi infectado ainda” (G1, 2020).

Dias depois (em 27 de março de 2020), o governo federal lançou em suas redes sociais a campanha “O Brasil Não Pode Parar”, defendendo a reabertura do comércio, das escolas e demais atividades produtivas. A ação publicitária, porém, teve sua divulgação interrompida após decisão monocrática proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso no bojo da ADPF nº.: 669/DF, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade.

Dito isso, resta evidenciado que a política proposta pelo governo federal para enfrentamento da pandemia era voltada para manutenção do funcionamento ordinário da economia, com o retorno imediato das atividades presenciais. O conflito se deu na medida em que as autoridades locais se posicionaram de formas diversas. No Ceará, o Governo do Estado publicou no dia 16 de março de 2020 o Decreto nº.: 33.510/2020, o qual inaugurou o período de isolamento social rígido no Estado. Medidas similares foram adotadas pelos Estados em todo país, ocasionando o atrito com o Presidente.

O embate ensejou a propositura da ADI nº.: 6.341/DF por parte do Partido Democrático Trabalhista – PDT, no interesse de afirmar a competência dos entes federativos estaduais e municipais e garantir o cumprimento da normatização local, ainda que em desacordo com a regulamentação por parte do governo federal.

Na peça que inaugurou a ação, o partido impugnou todas as alterações no art. 3º da Lei nº.: 13.979/2020 trazidas pela Medida Provisória nº.: 926/2020, além do Decreto nº.: 10.282/2020, que regulamentou, a nível federal, as atividades consideradas essenciais. O

cerne da argumentação esteve relacionado à ofensa à autonomia federativa, porquanto a União (por intermédio do governo federal) teria “subtraído” as competências dos demais entes federativos e malferido o princípio da predominância do interesse, orientador do pacto federativo.

No dia 24 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADI, proferiu a primeira manifestação do Tribunal a respeito da questão federativa na pandemia. A decisão liminar proferida pelo Ministro é no sentido de proteger os atos estaduais e municipais sem declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Medida Provisória, a qual considerou adequada para o momento de urgência.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo indeferimento da medida cautelar, mantendo incólume o texto da Medida Provisória. Justifica o posicionamento afirmando que o texto normativo impugnado apresenta apenas condicionamentos de caráter geral, que não impedem o legítimo exercício das competências comuns e concorrentes dos demais entes federativos. Os parâmetros normativos a serem fixados pelo Presidente da República seriam de interesse indistinto a todas as Unidades da Federação, motivo pelo qual merecem normatização única, de caráter federal.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, além de defender a constitucionalidade das disposições normativas, requereu a manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal no sentido de vedar que Estados, Distrito Federal e Municípios impusessem restrições à circulação de pessoas em desacordo com as normas gerais estatuídas a nível federal.

A decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio foi submetida ao referendo dos demais colegas no dia 15 de abril de 2020. O Ministro Relator recomendou a ratificação de sua decisão cautelar; não obstante, o julgamento foi marcado por manifestações que abordaram de forma mais profunda o federalismo brasileiro.

O Ministro Alexandre de Moraes, segundo a manifestar seu voto, acompanhou o Relator. Sua exposição foi mais além, apresentando aspectos do federalismo brasileiro e destacando que, muito embora os atos normativos e administrativos relacionados ao combate à pandemia de covid-19 tivessem naturezas diversas, seu cerne era o de cuidar e proteger a saúde – inscrevendo-se, portanto, nas competências comum (art. 23, II, CRFB) e concorrente (art. 24, CRFB).

Não obstante, as medidas adotadas pelos diversos entes federativos deveriam

estar submetidas ao princípio da predominância do interesse: assim como a União não seria capaz de avaliar a necessidade de fechamento de comércio, escolas e outras atividades produtivas nos cinco mil municípios brasileiros, os Estados e Municípios não poderiam extrapolar suas competências e determinar a paralisação de rodovias centrais, aeroportos e outros serviços cujo funcionamento seja de interesse nacional.

A primeira divergência foi firmada pelo Ministro Edson Fachin. Seu voto parte da enumeração de oito premissas; as mais relevantes para o objeto desta pesquisa podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) a existência de uma emergência internacional não autoriza o aumento de poder discricionário; b) a omissão é o pior erro no exercício das competências comuns (art. 23, CRFB); c) a União somente afasta a competência dos demais entes federativos quando veicula norma geral que organize a cooperação federativa; d) a legislação de saúde deve ser o norte para a decisão e uma de suas diretrizes é a municipalização dos serviços.

Das quatro premissas restantes, duas se referem ao exercício da racionalidade pública por parte das autoridades políticas do país e outras duas à adesão do Brasil a compromissos internacionais. As quatro premissas mencionadas no parágrafo anterior foram destacadas por se aproximarem mais claramente do debate a respeito do federalismo brasileiro e da divisão de competências entre os entes no combate à pandemia.

A primeira premissa destacada, segundo a qual o advento de uma emergência não autoriza um reforço de poder discricionário, importa na medida em que o Ministro Edson Fachin inaugura a fundamentação de seu voto afirmando que “o exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos” – em outras palavras, as “autoridades políticas” deverão buscar no próprio ordenamento jurídico o fundamento para as suas ações. A solução dada pelo ordenamento, como o Ministro salientou em momento posterior, está na Lei Geral do SUS e nos seus regulamentos.

A segunda e a terceira premissas aparecem em seguida na fundamentação do Ministro, que propõe uma nova maneira de a Corte interpretar o federalismo no Brasil. Isto porque, na sua visão, a lógica seguida pelo STF é de definir o ente competente para determinado ato a partir da matéria debatida, o que acaba “premiando” a inação do ente federativo.

De fato, neste trabalho já se abordou como o Supremo Tribunal Federal tem adotado entendimentos que maximizam as competências da União – que é, por excelência, o

“ente inerte” ao qual se refere o Ministro Edson Fachin. O Tribunal, tradicionalmente, opta por interpretar as competências privativas ou exclusivas da União de forma ampla, reduzindo (ainda mais) o espaço de criatividade legislativa dos demais entes federativos.

Segundo o Ministro Fachin, reorientar essa agenda permitirá que o federalismo brasileiro se tornasse verdadeiro “laboratório social da democracia”, na medida em que incentivaria a produção normativa dos entes descentralizados. Não obstante, seria sempre respeitada a “preempção” da União, no sentido de que, havendo legislação federal uniformizando determinado tema ou política pública, mereceria deferência por parte dos legisladores locais.

Para solucionar a controvérsia posta sob seu escrutínio, porém, o Ministro busca fundamento na Lei nº: 8.080/90 (Lei Geral do SUS) e, mais especificamente, nos dispositivos da referida lei que tratam sobre vigilância epidemiológica (art. 16, III, *c*, art. 17, IV, *a*, e art. 18, IV, *a*, da Lei nº: 8.080/90). É sob a luz da legislação ordinária que o Ministro entende deva ser feita a interpretação da Lei nº: 13.979/2020, sempre levando em consideração a diretriz da municipalização na prestação dos serviços.

É oportuno destacar que o texto da Lei do SUS, de fato, transmite o intuito de descentralização do sistema. Quando se trata de vigilância epidemiológica, foco adotado pelo Ministro Fachin, a competência da União reside em “definir e coordenar o sistema” (art. 16, III, *c*); a dos Estados, “coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços” (art. 17, IV, *a*); e, por fim, quanto aos Municípios, compete a execução imediata dos serviços (art. 18, IV, *a*).

Ao final, o Ministro Edson Fachin ressaltou a inexistência de hierarquia entre os entes federativos na distribuição de competências formulada pela Constituição Federal; assim, seu voto concede parcialmente a medida cautelar pleiteada, firmando que o art. 3º, § 9º, da Lei 13.979/2020 (dispõe que caberá ao Presidente da República a enumeração dos serviços considerados essenciais) não impõe em redução das autonomias dos Estados e Municípios para definirem, de acordo com os respectivos interesses, quais atividades seriam consideradas essenciais ou não em seus territórios.

Este também foi o posicionamento adotado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que aditou seu voto para dar interpretação conforme à Constituição para o art. 3º, § 9º, da Lei 13.979/2020, nos mesmos termos do Ministro Edson Fachin.

Analisando os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin,

alguns fatos chamam a atenção. O primeiro deles é a centralidade do direito à saúde nos discursos de ambos os Ministros, obliterando outros temas que tangenciassem a discussão – como o gerenciamento de calamidade pública, trânsito, transporte e seguridade social, por exemplo, todos estes inseridos nas competências exclusas e privativas da União (arts. 21 e 22, CRFB).

Veja-se que, neste caso em específico, a União arroga para si a competência de estabelecer quais serão os serviços considerados essenciais e, conseqüentemente, deveriam estar imunes às medidas de isolamento social e quarentena estipuladas por quaisquer dos entes federativos. A princípio, seria uma atuação legítima da competência legislativa da União, porquanto possa se enquadrar como “norma geral” e permita, portanto, complementação por parte dos Estados.

Embora estes serviços não estivessem enumerados na própria lei, sua listagem ficaria a cargo de decreto do Presidente da República – que, de fato, editou uma lista com diversos serviços considerados essenciais em território nacional. Ocorre que os Estados, por meio de seus Governadores, editaram decretos contrariando o decreto presidencial – em outras palavras, caracterizando como não essenciais serviços tidos como essenciais pela União.

A situação recente de maior proximidade enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal foi a série de decisões a respeito da proibição, pelos Estados, do uso de amianto, em alegada contrariedade com a legislação federal, que autorizava o emprego do amianto tipo crisotila. Como visto no tópico 3.1.3.2, o conflito se deu na medida em que os Estados promulgavam leis mais protetivas à saúde do que a legislação federal.

O resultado daquela série de julgamentos manteve as legislações estaduais, mas não por considerá-las manifestações legítimas da competência concorrente, e sim porque se considerou inconstitucional o artigo da lei federal que autorizava o uso do amianto na sua variação crisotila. Tal inconstitucionalidade abriu a brecha para o exercício da competência plena dos Estados.

Assim, não se pode considerar que as decisões proferidas nas ADIs propostas contra leis estaduais que proibiam o uso de amianto do tipo crisotila tenham, de alguma forma, fortalecido as competências estaduais. Na verdade, a própria ementa da ADI nº. 3.937/SP transmite o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a normatização estadual não poderá contrariar a normatização federal, como se vê:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. **Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal (...)**

1. A Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, proíbe a utilização, no âmbito daquele Estado, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto, versando sobre produção e consumo (art. 24, V, CF/88), proteção do meio ambiente (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88). Dessa forma, compete, concorrentemente, à União a edição de normas gerais e aos estados suplementar a legislação federal no que couber (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88). Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os estados exercerão a competência legislativa plena (art. 24, § 3º, CF/88). 2. A Constituição de 1988 estabeleceu uma competência concorrente não cumulativa, na qual há expressa delimitação dos modos de atuação de cada ente federativo, os quais não se sobrepõem. Compete à União editar as normas gerais (art. 24, § 1º), **não cabendo aos estados contrariar ou substituir o que definido em norma geral, mas sim o suplementar** (art. 24, § 2º). Se, por um lado, a norma geral não pode impedir o exercício da competência estadual de suplementar as matérias arroladas no art. 24, por outro, **não se pode admitir que a legislação estadual possa adentrar a competência da União e disciplinar a matéria de forma contrária à norma geral federal, desvirtuando o mínimo de unidade normativa almejado pela Constituição Federal**. A inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente implica a inconstitucionalidade formal da lei. 3. O art. 1º da Lei Federal nº 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisotila. Em seu art. 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisotila (asbesto branco) na forma definida na lei. Assim, **se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal**. Nesse caso, não há norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União (...).

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº.: 3.937/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão Ministro Dias Toffoli, julgado em 24.08.2017)

(grifou-se)

Cotejando ambas as situações, é de se questionar se a edição de decretos locais em contraposição às disposições federais não seria um caso de “legislação estadual disciplinar matéria de maneira contrária à lei geral federal”, nos termos da própria ementa supratranscrita.

Vale destacar que a ADI nº.: 3.357/RS – um dos julgamentos referentes à proibição por lei estadual do uso do amianto do tipo crisotila, mencionado no capítulo anterior – foi utilizada pelo Ministro Luiz Fux como precedente para a decisão da ADI nº.: 6.431/DF, porém de forma confusa e genérica, de modo a obliterar o que se decidiu naquela ocasião: a inconstitucionalidade da lei federal criou o vácuo legislativo no qual as legislaturas estaduais puderam atuar; de modo contrário, as leis estaduais seriam consideradas inconstitucionais por disporem a respeito de norma geral em saúde.

De fato, se os Ministros consideraram constitucional o disposto no art. 3º, § 9º, da Lei nº.: 13.979/2020 (“§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º”) e a própria lei é entendida como norma geral, seria razoável, com base em interpretação similar àquela utilizada nos casos do amianto crisotila, considerar que as normas estaduais ferem o disposto na norma geral – assim, sendo inconstitucionais por violação da competência da União na edição de normas gerais, nos termos do art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

No julgamento da ADI nº.: 3.937/SP, o Ministro Dias Toffoli foi assertivo no sentido de que a ideia de maior proteção (ao meio ambiente e à saúde, no caso do amianto) não poderia prevalecer sobre a divisão de competências firmadas pela Constituição – como já mencionado, segundo o ministro, tal conclusão conduziria a um “esvaziamento da norma geral federal”. Nas suas palavras, “não se trata de analisar qual legislação é mais protetiva, mas quem tem competência legislativa para tanto”.

Essa lógica, porém, não parece ter prevalecido no julgamento da ADI nº.: 6.341/DF, apenas três anos depois.

É pertinente lembrar que, por ocasião dos julgamentos a respeito da proibição do amianto, o Ministro Edson Fachin apresentou voto divergente, defendendo com veemência a maior descentralização de competências, dando respaldo às legislações estaduais. O Ministro, que foi o redator do acórdão da ADI nº.: 6.341/DF, manteve a posição anterior: considerou legítimas as manifestações dos Estados (e Municípios) e, novamente, defendeu uma nova interpretação para o federalismo cooperativo brasileiro, valorizando as competências locais.

O ponto merecedor de atenção é a mudança de posicionamento do Tribunal como um todo. Se a norma do art. 3º, § 9º, da Lei nº.: 13.979/2020 é constitucional, seria razoável que as legislações estaduais, reguladas por decretos dos Governadores dos Estados, fossem consideradas inconstitucionais, de acordo com o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal três anos antes.

Trata-se, ressalte-se, de análise restrita à verificação de coerência entre as decisões do STF em temas correlatos entre si; a análise da correção (ou incorreção) das decisões levaria em consideração outros elementos, inclusive o impacto de eventual manutenção do posicionamento já adotado anteriormente.

Dois argumentos presentes nos votos dos Ministros foram cruciais para a

mudança de posicionamento do STF: a centralidade do direito à saúde e a concessão de poderes ao Presidente da República por meio de ato editado pelo próprio Presidente.

Quanto à centralidade do direito à saúde no debate, deve-se lembrar que a Lei nº.: 13.979/2020 trata de diversos temas, envolvendo diferentes competências. Não obstante, foi entendida como uma lei inserida no âmbito de “proteção e defesa da saúde”; portanto, de competência concorrente, conforme art. 24, XII, CRFB. Nos votos, o direito social à saúde e a responsabilidade dividida entre os entes federativos para efetivá-lo. Pouco se discutiu a respeito de como as medidas de isolamento social afetariam outras esferas, tendo eventuais impactos em setores cuja administração e normatização ficam a cargo da União.

Esta opção do Supremo Tribunal Federal permitiu que a discussão se aproximasse daquela trazida à tona nos casos de “judicialização da saúde”, que, ao fim, deu azo à fixação da Tese de Repercussão Geral nº.: 793. Este fato foi rememorado pela Ministra Cármen Lúcia e a tese fixada utilizada como um dos fundamentos para seu voto (que referenda a medida cautelar concedida e reforça os argumentos do voto do Ministro Edson Fachin).

Como visto, nesta ocasião houve uma reanálise a respeito da responsabilidade pelo fornecimento de serviços de saúde ao usuário do SUS (como tratamentos, medicamentos e estrutura física, por exemplo). A jurisprudência – que era consistente no sentido da responsabilidade solidária entre os entes federativos – foi reafirmada, em que pese a resistência de alguns ministros (como o Ministro Alexandre de Moraes, defensor da tese da responsabilidade subsidiária entre os entes).

Com as devidas adaptações, as manifestações seguiram raciocínio similar. As medidas de distanciamento, isolamento social e quarentena foram entendidas pelos julgadores como inseridas no contexto de “prestação de serviços de saúde” – ou seja, como se integrassem o sistema de saúde como um todo, sobretudo (para o Ministro Fachin) no que diz respeito à vigilância epidemiológica.

Assim, da mesma forma como a competência administrativa comum justificou a manutenção do entendimento pela responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de serviços adequados de saúde (ao menos do ponto de vista do usuário), a competência legislativa concorrente justifica o entendimento segundo o qual se deve respaldar as ações contra covid-19 adotadas pelos Estados, incluindo listas mais restritas de serviços e atividades considerados essenciais.

Falou-se em “opção” do Supremo por adotar esta linha de raciocínio porque, de fato, há uma percepção histórica de que a Corte opte por interpretações inflacionárias das competências da União (é o caso dos conflitos em matéria de direito consumerista e telecomunicações ou da adoção rígida do paradigma da simetria, por exemplo).

Seria razoável (do ponto de vista da consistência da jurisprudência) que o Supremo agisse de forma a destacar competências outras atribuídas à União, como a defesa contra calamidades públicas, lembrada nos votos dos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, mesmo porque a definição de medidas de isolamento social não se enquadram no sentido estrito de “prestação de serviço de saúde pública” – diversamente do fornecimento de remédios pelos postos de saúde e atendimentos de natureza variada (médicos, odontológicos, psicológicos, assistência social, entre outros).

O posicionamento do Supremo, porém, foi de ressaltar o caráter de proteção à saúde pública das medidas estaduais e municipais e, assim, fortalecer o federalismo brasileiro, permitindo que os entes federativos mais próximos da população pudessem agir com mais celeridade e adequação à realidade local.

Outro aspecto levantado nos votos foi a concessão de poderes para si próprio feita pelo Presidente da República ao editar a Medida Provisória nº.: 926/2020, primeiramente mencionada na discussão pelo Ministro Edson Fachin. O julgamento tratou, nas duas palavras, de “uma medida provisória que foi editada pelo Presidente da República, que atribuiu e, de certo modo, delegou ao Presidente da República definir, por decreto, a essencialidade dos serviços públicos e atividades ali mencionados”.

A Ministra Rosa Weber também destacou este ponto:

A possibilidade de o Presidente da República definir essas atividades, por decreto, a meu juízo, tangenciaria afronta ao princípio da separação de poderes (art. 2º CRFB). Isso porque há aqui uma instituição da figura do regulamento autorizativo, na medida em que o Presidente, por medida provisória, delegou poderes para si próprio, sem instituir critérios de controle e responsividade. Desse modo, o Congresso Nacional fica obstado a exercer o controle do art. 49, V, da Constituição Federal, ante a ausência de parâmetros normativos de controle.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi construída nesse sentido (a saber, RE 13.357, RE 208.206, RE 186.359, ADI 2.387), de se exigir parâmetros para a atividade de delegação legislativa, a fim de ter meios de controle da atuação do Chefe do Executivo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

Para além da possível afronta ao princípio da separação de poderes, importa

destacar que a concentração de atribuições na pessoa do Presidente da República também impacta a distribuição federativa de competências. A uma, porque retiraria dos Poderes Executivos de Estados e Municípios a possibilidade de agirem conforme o interesse local; a duas, porque, como lembrou a Ministra Cármen Lúcia em seu voto, os momentos de autoritarismo no Brasil sempre foram acompanhados de expansão das competências da União em detrimento dos demais entes federativos, mantendo uma federação apenas nominal.

A isso se soma a aparente percepção, manifestada sobretudo pelo Ministro Alexandre de Moraes, de que a proteção aos poderes estaduais e municipais poderia evitar que o menoscabo de apenas um poder em relação à pandemia levasse ao agravamento da situação em todo o território nacional.

Baseado no que foi exposto, é razoável afirmar que o Supremo Tribunal Federal utilizou o julgamento da ADI nº.: 6.431/DF como uma janela de oportunidade para alterar a direção tradicional de seus posicionamentos sobre federalismo. Essa alteração, porém, foi sutil e parece guardar coerência com entendimentos individuais prévios de Ministros, sobretudo do Ministro Edson Fachin – tanto nos casos referentes à judicialização da saúde como nos referentes ao uso de amianto crisotila.

Entende-se a alteração como “sutil” porque, muito embora tenha havido intenção manifesta de fortalecer as competências estaduais e municipais no combate à pandemia, com a discussão sobre as responsabilidades dos entes federativos presente em todos os votos, ao final é possível afirmar que o STF usou um recurso argumentativo (o apelo ao federalismo) para justificar a necessidade de uma legislação mais protetiva. Não houve, porém, sinalização de que seria uma posição adotada pelo Tribunal após o fim da crise causada pela covid-19.

Ademais, os limites interpretativos dos textos impugnados permitem concluir que o decreto presidencial que regulava a essencialidade das atividades produtivas estipulava exceção ao disposto no art. 3º e incisos; assim, ao enumerar menos atividades, os Estados estariam ampliando a própria cobertura da legislação, em exercício regular das suas competências legislativas concorrentes.

É oportuno salientar que a redação atual do dispositivo impugnado (art. 3º, § 9º, da Lei nº.: 13.979/2020) foi alterada pela Lei nº.: 14.035, de 11 de agosto de 2020. A nova redação dispõe que:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

§ 9º A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa.

É razoável afirmar que se trate de uma decorrência direta do julgamento acima referido, positivando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

A autoridade das decisões estaduais para controle da pandemia foi reforçada em outro julgamento do STF – a ADI nº: 6.362/DF, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Este caso não tratou de um conflito direto entre União e Estados a respeito da Lei nº: 13.979/2020, mas de pedido formulado pela Confederação Nacional de Saúde [CNS] para que o art. 3º, VII e § 7º, III, da referida lei, fossem interpretados conforme à Constituição. Em síntese, os dispositivos autorizam a requisição “de bens e serviços” de particulares, garantida indenização, por gestores locais de saúde.

Em síntese, a CNS questionava as requisições administrativas feitas pelos Estados e Municípios: alegara, na ocasião, que a multiplicidade de requisições de leitos e equipamentos médicos da rede particular em prol da rede pública acarretava caos na distribuição desses insumos. Pugnou, assim, que os dispositivos questionados fossem interpretados de forma a exigir que as requisições administrativas fossem submetidas à avaliação técnica e aprovação por parte do órgão central – o Ministério da Saúde.

O Ministro Relator não apenas reforçou a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal como lembrou que a possibilidade de requisições administrativas por autoridades de todas as unidades federativas está prevista na Constituição (arts. 5º, XXIII e XXV, e 170, III, CRFB) e na própria Lei Geral do SUS (Lei nº: 8.080/1990). Ressaltou que submeter requisições estaduais e municipais à aprovação do Ministério da Saúde configuraria indevida invasão de competência por parte da União em desfavor dos demais entes. Assim, julgou improcedente o pedido formulado.

As discussões a respeito da competência para implementação das medidas de isolamento social foram o primeiro exemplo de como a pandemia impactou o federalismo brasileiro. A contraposição de esferas de poder de diferentes níveis prejudicou o aspecto cooperativo do pacto federativo. O Presidente da República usou politicamente as decisões do STF para justificar a grande tragédia ocorrida no país ao afirmar que o Tribunal o teria

impedido de tomar “providências” em relação ao combate à covid-19 – eximindo-se de responsabilidade e ampliando o conflito tanto com o STF quanto com os Governadores dos Estados, fomentando uma crise federativa.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, chegou a se manifestar com a finalidade de esclarecer o posicionamento então adotado, contradizendo o argumento equivocado utilizado pelo Presidente. Em nota publicada no seu *site* oficial, afirmou não ser verdadeira a afirmação de que a Corte teria “proibido” o governo federal de agir durante a pandemia, reafirmando a responsabilidade “de todos os entes da federação” (PORTAL STF, 2021).

Quando se afirma ter havido uma “janela de oportunidade” para que o Supremo Tribunal Federal adotasse entendimento diverso daquela adotado poucos anos antes, afirma-se, em outras palavras, que não foram os critérios jurídicos os responsáveis pela referida mudança: a conjuntura (o ambiente) pode ter influenciado a tomada de decisão. O momento de crise aguda no qual as decisões foram tomadas podem ter influenciado a posição da Corte – o que não significa, necessariamente, “colonização” do sistema jurídico pelo político, senão admissão de maior permeabilidade face ao contexto.

Os governos estaduais mantiveram as políticas de isolamento social, mas tiveram que arcar com o elevado ônus político decorrente desta opção. A agitação promovida pelo Presidente contra o distanciamento dificultou a implementação de políticas rígidas por parte dos governos dos Estados, bem como a adesão das respectivas populações, mesmo diante da segunda onda da doença, que se revelou mais mortal do que a primeira (MORAES, 2021).

O conflito se prolongou durante todo o ano de 2020, chegando, então, a outro tema crucial para superação da crise causada pela pandemia: a busca por vacinas. Com novas iniciativas estaduais em desacordo com a (ausência de) política pública congruente do governo federal, o conflito entre os entes federativos novamente chegou ao STF.

4.3.2. Buscas por vacinas e paradiplomacia

Com o arrefecimento no número de infectados pela covid-19 e consequente queda no número de óbitos, completando a assim chamada “primeira onda” da doença, as

perspectivas para solução da crise se voltaram para a imunização da população.

Ocorre que, mais uma vez, não houve coordenação entre os entes federativos para efetivar a vacinação. O Presidente da República colecionou declarações se posicionando de forma contrária à vacinação – reportagem do portal de notícias Poder 360 menciona quarenta ocasiões nas quais Jair Bolsonaro se manifestou de forma contrária à vacinação entre os dias 30 de julho de 2020 e 17 de janeiro de 2022 (PODER 360, 2022).

Enquanto isso, os governadores dos Estados buscavam agir por conta própria. A iniciativa de maior impacto neste sentido foi adotada pelo Governo do Estado de São Paulo: por meio do Instituto Butantan, o governo paulista firmou convênio junto ao laboratório chinês Sinovac para a participação na terceira fase de testes da vacina desenvolvida pela empresa; a partir disso, o Instituto paulista teve acesso à tecnologia desenvolvida para distribuição no Sistema Único de Saúde.

De fato, o Estado de São Paulo inaugurou a campanha de imunização no país, com a primeira pessoa vacinada no dia 17 de janeiro de 2021. A vacina aplicada foi a Coronavac, produzida na parceria supramencionada. Não obstante, sua inclusão do Plano Nacional de Vacinação contra Covid-19 só foi possível graças à intensa pressão dos governadores (FLEURY; FAVA, 2022, p. 252) e da opinião pública: o governo federal negou a compra do imunizante por diversas vezes antes de adquiri-la.

Para além da ação do governo do Estado de São Paulo, outras iniciativas partiram de governadores e prefeitos para obtenção de vacinas. Fleury e Fava (2022, p. 259) destacam que houve procura direta de aquisição de imunizantes junto ao próprio Instituto Butantan e a laboratórios privados estrangeiros por consórcios de Estados – a exemplo do Consórcio de Desenvolvimento do Brasil Central, do Fórum de Governadores do Nordeste e da Frente Nacional de Prefeitos.

A disputa entre os entes federativos sobre o tema da imunização no Supremo Tribunal Federal se deu por meio de duas ações: a ADPF nº. 770/DF e a Ação Cível Originária [ACO] nº. 3.451/DF, ambas relatadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski e com julgamento finalizado no dia 24 de fevereiro de 2021.

A ADPF foi apresentada pelo Conselho Federal da OAB [CFOAB] no dia 9 de dezembro de 2020. O contexto fático apresentado na peça inicial foi o da postura lenta e confusa do governo federal em relação à vacinação, inclusive com citações de falas do então Ministro da Saúde sinalizando o início da campanha vacinal apenas no mês de fevereiro de

2021. O ponto principal de irresignação, porém, residia na ausência de um Plano Nacional de Imunização até aquela data (havia apenas um plano preliminar e lacunoso). Salientou-se, ainda, a aposta em uma única vacina, produzida pelo laboratório Astrazeneca, a qual não havia sequer iniciado o procedimento para obter autorização emergencial junto à ANVISA.

Embora a peça inicial não trate diretamente de competências federativas, requer seja dada interpretação conforme à Constituição para o art. 3º, VIII, *a*, da Lei nº.: 13.979/2020, que dispõe:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:

a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:

1. Food and Drug Administration (FDA);
2. European Medicines Agency (EMA);
3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
4. National Medical Products Administration (NMPA);

Segundo o CFOAB, o dispositivo autorizaria a importação de vacinas independentemente do aval da Anvisa. Apesar da importância da vigilância sanitária brasileira, o requerente argumentou que as informações fornecidas pelo próprio Ministro da Saúde à época (o general da ativa Eduardo Pazuello) indicavam excessiva demora na aprovação das solicitações de uso emergencial dos imunizantes, reforçando a necessidade da atuação das autoridades de outros níveis federativos.

A ACO nº.: 3.451/DF também teve como pauta a ausência de política pública de imunização por parte do governo federal. O Estado do Maranhão, autor da ação, alega que a omissão da União no tema é inconstitucional, o que legitimaria a atuação dos entes subnacionais para promover a vacinação das suas respectivas populações independente de autorização por parte do governo federal.

Neste caso, tanto a argumentação quanto o pedido contidos na peça tratam expressamente da divisão de competências federativas: reconhece que a competência para

elaborar o Plano Nacional de Imunização é da União (inclusive com menção à Lei nº.: 6.259/1975), porém, dado o contexto fático apresentado, requereu a possibilidade do Estado formular um plano de ação próprio, “inclusive buscando acordos para aquisição direta de vacinas”, nos termos do art. 3º, VIII, *a*, da Lei nº.: 13.979/2020 – o mesmo dispositivo objeto da ação proposta pela CFOAB.

Nas decisões monocráticas das medidas cautelares pleiteadas, proferidas conjuntamente pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o cerne da fundamentação foi novamente o direito à saúde, no sentido de direito social, dever do Estado, acima de qualquer “governante episódico” (nas palavras do próprio Ministro).

Na ocasião, ressaltou-se a atuação do próprio Supremo Tribunal Federal em fortalecer as competências dos Estados e Municípios no combate à pandemia, “em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central” e conferiu-se o direito das autoridades estaduais e locais exercerem as atribuições previstas na Lei nº.: 13.979/2020 no que diz respeito à vacinação – em outras palavras, autorizou a importação de vacinas aprovadas nos órgãos sanitários mencionados na lei (caso não tenham sido aprovados pela ANVISA no prazo de 72 horas).

Quando o Ministro proferiu as decisões, o governo federal havia recém-lançado o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra Covid-19. Assim, nas cautelares deferidas consta também a condicionante de conferir tais poderes aos governos locais apenas no caso de o governo federal descumprir o referido plano.

O que chama a atenção nas decisões – ambas referendadas por unanimidade – é o reforço à jurisprudência firmada no julgamento da ADI nº.: 6.341/DF, já referida no tópico anterior. Primeiro, porque coloca o direito social à saúde como baliza central para a decisão; assim, o parâmetro jurídico-constitucional para decisão passa a ser a disciplina do direito à saúde no âmbito da repartição de competências (arts. 23 e 24, CRFB) e no âmbito da formulação do Sistema Único de Saúde (arts. 196 e seguintes, CRFB).

O segundo ponto a chamar atenção é a referência à pandemia de covid-19 como *locus* temporal no qual o federalismo cooperativo deve se sobressair. O Ministro ressalta que o modelo federativo adotado “exige que os entes federativos se apoiem mutuamente”, independente de convicções ideológicas, “sobretudo diante da grave crise econômica e sanitária decorrente da calamidade pública causada pelo novo coronavírus”, de modo que as ações para enfrentamento da doença devem ser tomadas por todos os entes

federativos. Isto pode indicar o caráter transitório da posição adotada, reforçando a tese de ser um entendimento voltado para lidar com a crise causada pela emergência sanitária.

Uma vez que o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra Covid-19 tenha sido apresentado e posto em prática, nova polêmica a respeito das vacinas entrou em questão: a “compulsoriedade” da imunização. Esta polêmica gerou nova divergência entre Estados e União e, assim, novo capítulo para a série de intervenções do STF no tema.

O atrito se deu porque, a partir do mês de setembro de 2020, o Presidente da República questionou a obrigatoriedade da vacinação contra covid-19 (ainda que esta possibilidade estivesse inserida na Lei nº.: 13.979/2020, de iniciativa do próprio Presidente, conforme seu art. 3º, III, *d*) (PODER 360, 2022). Abriu-se o flanco para nova colisão entre normas de diferentes esferas: uma norma federal mais flexível e normas estaduais e municipais com restrições para não-vacinados como política de adesão à campanha de imunização.

Assim, mais uma vez foi chamada a arbitragem do Supremo Tribunal Federal. Por iniciativa do Partido Democrático Trabalhista – PDT, foi proposta a ADI nº.: 6.586/DF, que questionava eventual decisão do Ministério da Saúde pela facultatividade da imunização. O partido requereu fosse dada interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, alínea *d*, da Lei nº.: 13.979/2020, para reconhecer competir aos Estados e Municípios a determinação sobre a obrigatoriedade da vacina.

Noutro sentido, foi proposta a ADI nº.: 6.587/DF pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Na sua proposição inicial, o PTB foi no sentido diametralmente oposto àquele defendido pelo PDT: defende que o mesmo dispositivo (art. 3º, III, *d*, da Lei nº.: 13.979/2020) seja declarado inconstitucional justamente por permitir, em tese, a compulsoriedade da vacinação. Subsidiariamente, requereu a interpretação conforme à Constituição para que o dispositivo não seja interpretado de forma a permitir a vacinação obrigatória, respeitando a liberdade individual dos cidadãos.

A Advocacia-Geral da União pugnou pela improcedência do pedido formulado pelo PDT, enquanto a Procuradoria-Geral da República reconheceu o pedido como parcialmente procedente (permitindo a determinação pelos órgãos locais apenas em caso de inação do órgão central – o Ministério da Saúde).

A relatoria do processo ficou a cargo do Ministro Ricardo Lewandowski. Já no

início de seu voto, o Ministro lembrou que a obrigatoriedade da vacinação já é uma realidade no Brasil há muitos anos e que esta obrigatoriedade não possui relação com compulsoriedade física, porquanto seja intangível o corpo do indivíduo, bem como inviolável seu domicílio. Por evidente, salientou que a obrigatoriedade discutida não significa a implementação de quaisquer “medidas invasivas, afritivas ou coativas” contra pessoa, mas em sanções indiretas.

No que diz respeito especificamente ao conflito entre normas federativas, o voto do Ministro tratou de reforçar a jurisprudência já estabelecida no Tribunal no início da pandemia. Por outro lado, analisando a posição da Procuradoria-Geral da República, o Relator foi enfático ao afirmar que não seria razoável que os Estados e Municípios aguardassem a inação da União para adotar as medidas que julgassem mais pertinentes de acordo com a realidade local. Segundo manifesta, a própria ideia de federalismo justifica que todos os entes federados atuem de forma concomitante, mesmo sob a coordenação da União. Salientou, por fim, que eventual obrigatoriedade deverá decorrer de lei, independentemente do nível federativo.

Se nos outros casos submetidos ao julgamento do STF até então houve adesão unânime dos magistrados, isto não se repetiu quando do julgamento das ADIs nº.: 6.586/DF e 6.587/DF – segundo o Ministro Kássio Nunes Marques, as ações não mereceriam sequer ser conhecidas, vez que ambos os requerentes buscam obter judicialmente políticas públicas específicas, fugindo do próprio escopo do instituto da ADI.

Sobre as declarações do Presidente da República, afirmou o ministro que não se trata de manifestação oficial da União, a qual expressa sua vontade por “meios formais” (atos administrativos em geral). Tratam-se, sim, de manifestações legítimas por meio das quais o Presidente se coloca como agente político e, portanto, passível de adotar retórica visando ganho de popularidade ou persuasão em favor de seu ponto de vista pessoal.

Quanto à discussão federativa, o Ministro Nunes Marques argumenta que a solução já estaria positivada na Lei nº.: 6.259/1975 (Lei do Plano Nacional de Imunização), em seu art. 3º, que atribui ao Ministério da Saúde a definição de quais vacinas deverão possuir caráter obrigatório. Como não foi esta a lei impugnada (nem poderia, por ser oriunda de outra ordem constitucional), não caberia conhecer das ações.

Interessa ainda mais ao trabalho a consideração do Ministro a respeito de eventuais sanções caso a vacina fosse declarada obrigatória – as quais também dependeriam

de aval do Ministério da Saúde, segundo art. 6º da Lei nº.: 6.259/1975. Sob o ponto de vista do Ministro, portanto, é a União quem definirá se as vacinas serão ou não obrigatórias; em caso positivo, as sanções seriam aplicadas pelos Estados, porém definidas pela União.

Trata-se de manifestação no sentido contrário ao do Relator e àquele manifestado pelo Supremo desde o início da pandemia. Como muito se falou neste trabalho a respeito da proximidade entre Direito e Política no âmbito dos julgamentos do Tribunal, é importante ponderar que o voto do Ministro Nunes Marques parece carregado de convicções compatíveis com as do Presidente da República (responsável pela sua indicação).

Veja-se, por exemplo, que o Ministro discorre longamente sobre o problema ético de o Estado obrigar a população a se vacinar, referenciando, inclusive, a “biopolítica” de Michael Foucault. Aduz que, embora seja necessária a disponibilização do imunizante, sua obrigatoriedade deveria ser empregada apenas como *ultima ratio*, haja vista o conflito com o exercício da liberdade individual do cidadão, sobretudo por se tratar de tecnologia vacinal nova, cujos impactos no organismo humano não seriam completamente conhecidos.

Ao final de seu voto, julgou as ações parcialmente procedentes para, em síntese: a) permitir a obrigatoriedade das vacinas, desde que mediante oitiva prévia da União, como última medida de combate à pandemia; b) vedar sanções que violem a integridade física do indivíduo; c) vedar a obrigatoriedade de vacinas oriundas de processos científicos inéditos; d) permitir a obrigatoriedade apenas das vacinas distribuídas gratuitamente.

Caso o voto do Ministro Nunes Marques fosse seguido por seus pares, atenderia ao desejo do Poder Executivo Federal (manifestado pelo Presidente da República, pelo Ministro da Saúde e pelos apoiadores do governo de forma geral) de uniformizar a campanha de vacinação em todo território nacional – o que, a julgar pelas declarações do Presidente da República e do então Ministro da Saúde, corresponderia a fornecer a vacina, mas impedir a obrigatoriedade da vacinação (e as sanções correspondentes).

A posição dos Ministros do STF, porém, coadunou-se com aquela sugerida pelo Ministro Lewandowski – o qual, por sua vez, corrobora o entendimento já firmado pela Corte na ADI nº.: 6.341/DF, analisada no tópico anterior. Novamente, o Supremo Tribunal Federal manifestou preocupação com eventual inação por parte do governo central – além do voto do Relator, esta preocupação esteve presente também nos votos dos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes – e em como esta inação poderia prejudicar a população de entes federativos cujos governantes estivessem dispostos a tomar medidas incisivas para controlar a

crise gerada pela pandemia, inclusive medidas de estímulo à imunização.

A posição adotada pelo Tribunal deixa transparecer diferentes formas pelas quais o sistema político influencia o sistema jurídico. Em um ambiente conflitivo, de pouco caso do ente federativo central em relação à imunização da população, qualquer decisão do STF teria elevado componente político: caso se entendesse pela impossibilidade de os Estados buscarem vacinas por conta própria mesmo em inação da ANVISA, seria firmada uma posição de adesão à política pública federal; do contrário, estar-se-ia diante de uma posição de oposição ao modo como a União enfrentava a questão.

Sendo ambas interpretações razoáveis a respeito do pacto federativo, abre-se espaço para que motivações políticas se manifestem por meio dos votos dos Ministros. O caso em que isso fica mais claro parece ser o do Ministro Kássio Nunes Marques, porquanto tenha sido indicado pelo Presidente Jair Bolsonaro para o cargo e apresentado posição em total consonância com o que apregoava o governo federal na ocasião.

Não obstante, a própria manutenção do posicionamento da maioria do STF em favor de maior autonomia dos Estados-membros no combate à pandemia implica em reforço na posição do Tribunal como instrumento de contenção do âmbito de atuação do governo federal.

Assim, partindo de uma leitura alinhada com uma teoria sistêmica, é razoável afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal contêm elementos do sistema político, ainda que manifestadas sob o código constitucional/inconstitucional.

A questão que remanesce é: o entendimento vale para outros temas além do direito à saúde? As competências comuns e concorrentes seguirão essa tendência de valorização, com Estados e Municípios gozando de maior autonomia para atuar em seus respectivos territórios, ou se está tratando de uma “jurisprudência de crise” do STF?

4.4. Federalismo no pós-crise

Nos tópicos anteriores, viu-se que as decisões do STF sobre as responsabilidades estatais no combate à pandemia conferiram aos Estados e Municípios amplas prerrogativas para implementar suas próprias políticas públicas, a despeito de

determinações menos protetivas oriundas do governo federal.

Essa postura chamou a atenção por diferir da tradicional posição do Supremo de inflacionar as competências da União em detrimento dos demais entes federativos, motivo pelo qual surgiu a questão de tratar-se (ou não) de um tipo de “jurisprudência de crise”, voltada mais para os efeitos das decisões que a uma coerência com o que o próprio STF entendia sobre a divisão de competências entre os entes.

Porém, como visto, o direito à saúde ganhou *status* diferenciado no Tribunal, que buscou privilegiar o usuário do SUS e repartir as competências para fornecimento de serviços de forma solidária entre os entes federativos. Como o STF utilizou o direito à saúde como principal parâmetro de interpretação das questões federativas a respeito do combate à pandemia, pôde extrair daí a valorização das competências comuns e concorrentes sobre a matéria.

Passadas as questões de maior polêmica entre os entes federativos no que diz respeito ao combate à pandemia – a definição das medidas de isolamento social e o programa de imunização – resta saber se o entendimento então adotado orientará as decisões da Corte doravante (ou, em caso contrário, tratou-se de um caso típico de “jurisprudência da crise”).

Como se trata de jurisprudência recente (discutida sobretudo no ano de 2020 e no início do ano de 2021), qualquer análise estará mais próxima de indicar uma tendência do que de constatar um fato. Não obstante, passado mais de um ano da medida cautelar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ACO nº: 3.451/DF (proferida no dia 17/12/2020 e referendada por unanimidade no dia 24/02/2021), é possível analisar a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre federalismo e captar a existência (ou não) da tendência de descentralizar as competências federativas no Brasil.

Para tanto, coletou-se os dados tal qual se fez no capítulo anterior, pesquisando as decisões em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade proferidas a partir do primeiro dia de 2021 até a metade do ano corrente.

Assim como feito no capítulo anterior, foram selecionadas as decisões que tratem da repartição de competências no federalismo brasileiro, excluídas aquelas que dizem respeito à guerra fiscal entre Estados (por não importarem em maior centralização ou não do modelo federativo), as questões entre Estados e Municípios (pelo mesmo motivo, além da posição peculiar que os Municípios ocupam nessa divisão) e eventual desrespeito às normas de reprodução obrigatória expressa (como no caso da estruturação dos Tribunais de Contas

dos Estados, cuja reprodução obrigatória está positivada no art. 75 da Constituição Federal.

Também foram excluídas da análise das decisões referentes aos conflitos envolvendo competências para a tomada de decisão referentes ao combate à pandemia de covid-19, porquanto já tenham sido debatidas no tópico anterior deste capítulo.

Não obstante seja um período inferior ao analisado no capítulo anterior, a pesquisa apresenta quase o mesmo número de processos: foram 149 decisões catalogadas, as quais serão apresentadas nos anexos deste trabalho (para efeito de comparação, na pesquisa realizada com decisões entre 2017 e 2020 foram catalogados 159 processos).

Uma das causas para o elevado volume de processos pode ser a grande repetição de temas, produzindo resultados muito similares entre si. Os principais exemplos são: a instituição de imposto sobre transmissão *causa mortis* ou doação [ITCMD] no caso de imóveis registrados no exterior (tema que responde, sozinho, por onze dos processos relacionados); a instituição de foro por prerrogativa de função a autoridades estaduais (tema que responde por dez decisões); e a regulação sobre aspectos relacionados à energia nuclear nos Estados (tema que responde por oito das decisões). Em todos os casos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da União para legislar sobre os temas.

Em que pese não estarem diretamente ligadas ao assunto da pesquisa, as decisões da Corte explicam parcialmente o modo como o Tribunal segue vendo o federalismo.

Veja-se, por exemplo, os casos referentes à instituição do ITCMD nas hipóteses do art. 155, I e § 1º, III, da Constituição Federal. Assim dispõe o texto constitucional:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
§ 1º O imposto previsto no inciso I:
III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:
a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;
b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

Ocorre que a lei complementar exigida pela Constituição jamais foi editada, havendo um vácuo legislativo neste ponto. Assim, diversos Estados passaram a regulamentar o imposto por conta própria. A prática, em tese, estaria fundamentada no art. 24, § 3º, da própria Constituição Federal – artigo que trata das competências concorrentes entre União, Estados e Distrito Federal, dentre as quais a legislação sobre direito tributário –, cujo dispositivo afirma que “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal fixou tese em sentido contrário no Recurso Extraordinário nº: 851.108/SP, no qual o Estado de São Paulo (recorrente) se contrapunha a um cidadão particular. Embora a decisão não tenha sido proferida em sede de ADI, teve sua repercussão geral reconhecida e o resultado do julgamento foi utilizado como principal fundamento nas ADIs impetradas contra leis estaduais que instituíam o ITCMD nas condições do art. 155, I e § 1º, III, CRFB/88. Ademais, trata-se de julgamento recente, proferido em 01/03/2021.

O argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal parece razoável: o próprio dispositivo constitucional relativo ao ITCMD define que a regulação das hipóteses em que o fato gerador do imposto possua conexão com o exterior seria definido por lei complementar. No art. 146 da CRFB/88, define-se que à lei complementar cabe “dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Naturalmente, espera-se que a instituição do ITCMD nos casos do art. 155, § 1º, III, da CRFB/88, possa gerar algum tipo de conflito federativo (como definir qual unidade federativa é a competente para o recolhimento do imposto?), motivo pelo qual se exige a normatização uniforme para efetiva incidência da tributação.

Esta linha argumentativa foi adotada pelo Ministro Dias Toffoli, relator do RE nº: 851.108/SP, no que foi acompanhado pela maioria de seus pares. A divergência foi aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, que reforçou o argumento da competência concorrente supletiva dos Estados nas matérias não reguladas a nível federal, apresentando decisões do próprio STF reconhecedoras desta competência mesmo em matérias reservadas a lei complementar, como nos casos da instituição de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores [IPVA] e das custas dos serviços forenses.

Do ponto de vista do Ministro, a inércia da União em regular um tributo cujo proveito seria em prol dos Estados e do Distrito Federal importa em “grave violação do pacto federativo”, porquanto prejudique o exercício da autonomia financeira por parte das unidades federativas. Evitar premiar a inércia seria, inclusive, um dos motivos pelos quais o constituinte previu a possibilidade de os Estados exercerem a competência plena em caráter supletivo nas matérias cuja competência legislativa seja concorrente. Por fim, descartou a possibilidade de conflitos federativos relacionados à cobrança do imposto, vez que os Estados apenas pudessem instituí-los quando “houver alguma conduta dentro de seu território”.

Assim, apesar de ser bem embasado o voto do Ministro Dias Toffoli, os

argumentos em prol da instituição do ITCMD pelos Estados e pelo Distrito Federal em caráter supletivo são, a um só tempo, adequados do ponto de vista constitucional e coerentes com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, além de privilegiarem a autonomia das unidades federativas subnacionais, em consonância com a tendência verificada no próprio STF nos julgamentos sobre o combate à covid-19.

Não obstante, o entendimento prevalecente foi o do Ministro Relator (vencedor por sete votos a quatro). O julgamento do RE nº.: 851.108/SP resultou na fixação da Tese de Repercussão Geral nº.: 825 do STF, nos seguintes termos: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”.

A tese fixada embasou as decisões proferidas em doze decisões³ analisadas nesta pesquisa, todas elas declarando inconstitucionais leis estaduais instituidoras do ITCMD na hipótese do art. 155, § 1º, III, da CRFB.

Os outros dois temas suscitados como destaque neste ponto da pesquisa – a definição de cargos que gozariam de prerrogativa de foro pelas Constituições Estaduais e as disposições a respeito de energia nuclear –, embora transmitam o pensamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do federalismo pátrio, possibilitam menores margens para debate.

A questão do foro por prerrogativa de função foi objeto da ADI nº.: 2.553/MA, cujo julgamento definitivo se deu em 15/05/2019. Assim como o julgamento do RE nº.: 851.108/SP em relação às ADIs sobre leis estaduais instituidoras do ITCMD em caso de vínculo do doador ou do patrimônio com o exterior, a ADI nº.: 2.553/MA é a principal referência da jurisprudência do STF a respeito da possibilidade de as Constituições estaduais instituírem funções com foro especial nos tribunais locais.

A ação teve relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Em síntese, o relator se manifestou pela constitucionalidade dos dispositivos da Constituição maranhense que conferiam foro por prerrogativa de função a cargos ligados à advocacia pública, em que pese ausência de previsão na Constituição Federal. Considerou inconstitucional, porém, a concessão da mesma prerrogativa para Delegados de Polícia: a função dos advogados públicos estaria sujeita a perseguições de ordem pessoal por parte dos detentores de poder,

³ADIs de nº.: 6817, 6818, 6819, 6820, 6821 (medida cautelar e julgamento de mérito), 6822, 6824, 6825, 6826, 6836 e 6839.

justificando o foro diferenciado, o que não ocorreria com os Delegados.

A solução proposta pelo Ministro Gilmar Mendes reconhece maior autonomia ao constituinte derivado estadual, pondo, porém, o STF como principal aferidor da pertinência (ou impertinência) dos cargos escolhidos pelos parlamentares locais para gozarem da prerrogativa de foro. Dito de outra forma, trata-se de uma solução que combina maior autonomia às unidades federativas com maior protagonismo do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento vitorioso, porém, veio do voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes. O ministro destacou o que estava em jogo no julgamento: o entendimento pela exaustividade das hipóteses de prerrogativa de foro enumeradas pela Constituição ou o privilégio à capacidade de auto-organização dos Estados, inclusive do que diz respeito ao Poder Judiciário (conforme art. 125, § 1º, da CRFB) – e, consequentemente, quanto aos foros diferenciados.

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, compreender pela autonomia irrestrita dos Estados-membros nesta matéria seria como conferir um “cheque em branco” ao constituinte estadual, gerando situações inusitadas como o foro diferenciado para vereadores, existente nos Estados da Bahia, do Piauí e do Amazonas, ou, indo além, para diretores e presidentes de entidades da administração direta, como no caso do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2019).

No debate entre as duas posições, o Ministro Alexandre de Moraes concordou em relativizar seu argumento apenas no que diz respeito aos cargos de Secretários de Estado e vice-governadores, vez que a Constituição Federal garante aos Ministros de Estado e vice-presidente o foro por prerrogativa de função e, neste ponto, aplicar-se-ia a regra da simetria.

Assim, prevaleceu o entendimento de que os cargos que gozariam de foro diferenciado seriam apenas aqueles previstos pela Constituição Federal, somados aos cargos não expressamente previstos, mas extraídos do texto constitucional mediante reprodução simétrica do âmbito federal no âmbito estadual.

Trata-se, novamente, de situação em que, confrontadas duas posições possíveis, o Supremo Tribunal Federal opta por aquela que restringe a autonomia do legislador (no caso, constituinte) estadual em proveito da manutenção da normatização unificada. Recorde-se não se tratar de uma análise específica quanto ao mérito da decisão, mas da percepção de uma tendência do Tribunal.

Este tema surgiu em onze decisões analisadas por esta pesquisa⁴, tendo sido declarados inconstitucionais os dispositivos presentes nas Constituições Estaduais que inovavam na concessão de foro por prerrogativa de função.

O terceiro tema destacado é a regulação sobre atividades nucleares de qualquer natureza. Dos três temas que mais se repetiram, este é o mais simples, porquanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja pacífica, pelo menos, desde o julgamento da ADI nº.: 329/SC, no ano de 2004, relatada pela Ministra Ellen Gracie, a qual ratifica a competência da União para legislar a respeito de qualquer atividade relativa à energia nuclear, tal como se extrai do art. 22, XXVI, da CRFB.

O assunto voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal com a ADI nº.: 4.973/SE, relatada pelo Ministro Celso de Mello, haja vista a legislação local que proibia a instalação de usina de produção de energia nuclear no Estado, bem como vedava o transporte ou depósito de rejeitos radioativos – ocasião na qual a jurisprudência foi reafirmada.

No período destacado na presente pesquisa, a jurisprudência consolidada foi novamente reafirmada em nove casos⁵, todos reconhecendo a incompetência dos Estados para legislar sobre o tema.

Superados os temas mais recorrentes, pode-se partir para o quadro geral pós- crise, o qual engloba o total de 149 decisões, sistematizados na tabela abaixo:

Tabela 5 - resultado do mérito das ADIs analisadas

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	105
		%	70,47%
	Prevalência da competência estadual	nº	44
		%	29,53%
TOTAL		nº	149
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

Em comparação com o resultado do compilado entre os anos de 2017 e 2020 (v. Tabela 1), houve uma pequena elevação da proporção de decisões em favor das competências estaduais: naquela ocasião, apenas 40 decisões dentre as 159 (ou 25,16%) analisadas foram, de ainda que parcialmente, favoráveis às competências legislativas estaduais, número que se elevou para 44 entre 149 decisões (29,53%).

⁴ ADIs de nº.: 3294, 6502, 6504, 6505, 6506, 6507, 6514, 6515, 6517, 6518 e 6842.

⁵ ADIs de nº.: 6895, 6896, 6897, 6898, 6905, 6909, 6910, 6913 e 7076

Apesar do aumento da proporção de julgamentos nos quais se privilegiam as competências estaduais ser modesto, deve-se levar em conta que das 149 decisões analisadas, 32 se enquadram nos três temas já abordados neste trabalho – cuja resolução se baseia, basicamente, na reprodução de argumentos de uma jurisprudência já consolidada em favor das competências da União.

Desconsiderando essas temáticas, há uma percepção de maior crescimento das competências estaduais:

Tabela 6 - resultado do mérito das ADIs analisadas (excluindo discussões sobre ITCMD, foro por prerrogativa de função e atividades nucleares)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	73
		%	62,39%
	Prevalência da competência estadual	nº	44
		%	37,61%
TOTAL		nº	117
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

É evidente que desconsiderar todas as decisões sobre os assuntos mais repetidos no período analisado gera um viés; por outro lado, incluir as decisões no quadro geral também. Assim, opta-se por apresentar os dois quadros, de forma que seja possível ver que, de fato, é possível captar uma tendência do Supremo Tribunal Federal de se posicionar de forma mais positiva em relação às competências dos estados.

Isto se torna mais evidente em outro corte: nas decisões que versem sobre temas relacionados, de alguma forma, às competências concorrentes previstas na Constituição Federal. O próximo quadro se refere apenas às decisões cujos temas envolvem, ainda que tangencialmente, os assuntos enumerados pela Constituição como sendo de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, CRFB):

Tabela 7 - resultado do mérito das ADIs analisadas (decisões em matéria de competência concorrente)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	47
		%	62,67%
	Prevalência da competência estadual	nº	28
		%	37,33%
TOTAL		nº	75
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

Neste quadro, incluem-se as decisões já mencionadas a respeito da instituição de ITCMD pelos Estados nas hipóteses do art. 155, § 1º, III, da CRFB. Ainda assim, a proporção é similar ao quadro cujo recorte não restringe a natureza das competências e exclui os temas mais repetidos nas decisões analisadas. Caso as decisões sobre o ITCMD fossem excluídas, o quadro ficaria assim:

Tabela 8 - resultado do mérito das ADIs analisadas (decisões em matéria de competência concorrente, excluídas as que se referem a ITCMD)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	35
		%	55,56%
	Prevalência da competência estadual	nº	28
		%	44,44%
TOTAL		nº	63
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

No âmbito das competências concorrentes, entende-se oportuno destacar o julgamento da ADI nº.: 6.333/PE, na qual a Confederação dos Estabelecimentos de Ensino [CONFENEN] questionou dispositivos da Lei Estadual nº.: 16.559/2009 (Código Estadual de Defesa do Consumidor de Pernambuco).

Na ocasião, alegou-se que o Código Estadual inseria novas obrigações contratuais às instituições privadas de ensino, de modo a se imiscuir da competência privativa da União para legislar sobre direito civil. A alegação da requerente contou com o respaldo dos pareceres da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

O Relator da ação, Ministro Gilmar Mendes, considerou que, de fato, a legislação estadual incorre em “interferência indevida (...) em matéria de direito civil”, vez que imponha “condições contratuais às instituições privadas de ensino” e a prestadores de serviços em geral. Assim, seu voto foi pela integral procedência do pedido formulado na ação.

A divergência foi aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes. Embora reconheça a competência da União para dispor sobre temas afetos ao direito civil e contratual, assevera que as disposições questionadas se referem a um aspecto específico na relação entre fornecedores (estabelecimentos de ensino) e consumidores: a proteção ao direito à informação por parte do consumidor.

Explica-se: o dispositivo questionado pela CONFENEN afirma que os fornecedores ficarão obrigados a fornecer, aos antigos clientes, as mesmas promoções e ofertas apresentadas para potenciais novos clientes. Da perspectiva do Ministro Alexandre de Moraes, não se trata de lei que verse diretamente sobre direito civil, mas sim de direito do consumidor, porquanto confira maior proteção ao direito à informação dentro de uma relação de consumo.

O Ministro ressaltou ainda sua própria postura de defender uma interpretação “mais elástica” em termos de federalismo – em outras palavras, maior permissividade aos Estados-membros e aos Municípios com relação ao exercício de suas capacidades legislativas – especialmente em casos que visem maior proteção ao consumidor, devendo “o intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias locais”.

O entendimento do Ministro discordante foi seguido por mais seis ministros, de modo que a ação foi julgada improcedente por maioria (sete a quatro).

Este caso é apenas um exemplo de como o Supremo Tribunal Federal tem, ainda que a passos curtos, ajustado sua jurisprudência no sentido de permitir maior atuação legislativa dos entes subnacionais. Sua escolha como exemplo se deu em virtude de haver, no caso, duas interpretações possíveis e razoáveis: uma segundo a qual a competência para legislar sobre o tema seria da União (por ser matéria de direito civil e contratos), outra segundo a qual a competência seria concorrente (por ser matéria de direito consumerista). Trata-se, afinal, de uma escolha; nesta ocasião, o STF escolheu valorizar a competência estadual.

Também importa a este trabalho, para fins de comparação, reproduzir os recortes apresentados no capítulo anterior. Isto porque são recortes que envolvem os atores políticos da lide, o que também influencia o resultado do julgamento – recordemos a natureza político-jurídica do Supremo Tribunal Federal e sua longa caminhada em busca de protagonismo.

O primeiro destes recortes se refere aos embates entre Governadores e Assembleias Legislativas do mesmo Estado. Como visto, governadores propõem ADIs com vistas a resguardar, via de regra, sua própria iniciativa legislativa (usando, aqui, da regra da simetria) ou para restringir o campo de atuação do legislativo estadual (portanto, em prol das competências da União).

Estes são os resultados referentes ao período analisado:

Tabela 9 - resultado do mérito das ADIs analisadas (Governadores vs. Assembleias Estaduais)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	16
		%	72,73%
	Prevalência da competência estadual	nº	6
		%	27,27%
TOTAL		nº	22
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

Recorde-se: no período anterior à pandemia, apresentado no capítulo 3 deste trabalho, apenas 7 de 44 decisões foram favoráveis às competências estaduais (representando 15,91% do total). O argumento da simetria também esteve em menor proporção: apenas em 8 decisões – ainda representando generosa fatia do grupo de decisões com prevalência da competência federal.

Foram bem mais frequentes, desta vez, o julgamento de ações propostas pela Procuradoria-Geral da União. Se no período anterior foram apreciados apenas 34 ações oriundas da PGR, neste novo recorte foram 76, com resultado amplamente favorável às competências federais:

Tabela 10 - resultado do mérito das ADIs analisadas (União vs. Estados)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	62
		%	81,58%
	Prevalência da competência estadual	nº	14
		%	18,42%
TOTAL		nº	76
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

É novamente oportuno mencionar que os três temas mais recorrentes, mencionados no início deste tópico, foram todos levados ao STF pela PGR – correspondem, portanto, a 44 das decisões inseridas no quadro acima, todas com prevalência da competência federal.

Por fim, resta comparar o recorte das ações propostas pelas concessionárias de serviços públicos. Também houve grande redução no número de julgamentos de ações propostas pelas concessionárias: no período anterior foram 38, enquanto no que ora se analisa foram apenas 17. Houve maior equilíbrio no resultado:

Tabela 11 - resultado do mérito das ADIs analisadas (Concessionárias vs. Governadores e Assembleias Legislativas)

RESULTADO DO MÉRITO	Prevalência da competência federal	nº	9
		%	52,94%
	Prevalência da competência estadual	nº	8
		%	47,06%
TOTAL		nº	17
		%	100%

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

Recorde-se que, no período anterior, mais de 70% das ações tiveram como resultado prevalência das competências federais.

No capítulo anterior, concluiu-se que o paradigma interpretativo do Supremo Tribunal Federal em relação ao federalismo brasileiro seria centralizador, expansionista em relação às competências da União e contracionista em relação às competências dos Estados. Então, surge nova questão a ser respondida: é possível ver alguma mudança após a crise gerada pela pandemia de covid-19?

Nenhuma resposta poderá ser dada sem alertar as limitações desta pesquisa. Optou-se por trabalhar um tipo bem específico de dissenso federativo tratado pelo STF – a definição do alcance das competências constitucionalmente instituídas, com as implicações práticas desta divisão (sobretudo em termos de legislação, porquanto a pesquisa foque no julgamento de ADIs).

Não obstante, o recorte se justifica. O STF é um tribunal permeável às influências políticas de diversas matizes e costuma apresentar um posicionamento próprio. Sua principal função é proteger a Constituição e as ações constitucionais, nas quais se inclui a Ação Direta de Inconstitucionalidade, são o principal corolário de sua missão institucional.

Assim, foi possível formar dois quadros, separados no tempo pelo ano de 2020 (período das decisões mais relevantes sobre o combate à pandemia de covid-19 no Brasil). A comparação revela o crescimento de uma tendência, verificada pontualmente em momentos anteriores, de maior valorização das competências legislativas (e administrativas) dos Estados-membros.

Do que se extrai da pesquisa, é possível afirmar que os julgamentos sobre a competência para implementar medidas de combate à covid-19 foram momentos cruciais para a revalorização das atribuições legislativas e administrativas locais. A pesquisa indica que a

jurisprudência do STF caminha neste sentido, ainda que apresente pontos de retorno – como a decisão a respeito da instituição do ITCMD nas hipóteses do art. 155, § 1º, III, da CRFB, por exemplo, já no ano de 2021, gerando uma série de julgamentos com impacto substancial nos dados coletados.

Ainda assim, após um curto intervalo – de março de 2020 a janeiro de 2021 – já foi perceptível a tendência do STF de maior ponderação antes de abreviar debates sobre competências federativas, exemplificado pelo sucesso da tese do Ministro Alexandre de Moraes em matéria de competência concorrente na ADI nº: 6.333/PE, abrindo divergência em relação ao relator e resultando prevalente no julgamento.

Retornando para a análise sob a perspectiva de uma teoria sistêmica, é razoável afirmar que as decisões tomadas durante a pandemia e trazidas para esta pesquisa estão tomadas por componentes políticos, especialmente por conta da posição que o STF passou a ocupar no ambiente social – de oposição e contenção em relação ao governo federal, não só durante a pandemia de covid-19, mas desde a chegada de Jair Bolsonaro à Presidência.

Não obstante, não se vê o sistema político “colonizando” o sistema jurídico, mesmo nos casos de mudança mais sensível de orientação, como a ADI nº: 6.341/DF. Isto porque o STF representa um dos mecanismos de acoplamento estrutural entre Política e Direito – tal qual a Constituição. Não apenas por defender o texto constitucional como pelo próprio processo de indicação dos Ministros, além de ter de se manifestar, muitas vezes, sobre temas caros ao sistema político.

Sendo assim, é esperado que o ambiente (conjunto de outros sistemas) influencie o sistema jurídico, sendo o Supremo Tribunal Federal uma porta de entrada para essa influência. Essa influência, porém, não resultou em mudança absolutamente radical de posição do Tribunal, mas da ascensão de uma corrente já existente dentro do próprio Tribunal que passa a ter maior influência depois do auge da crise.

Parece permanecer, porém, a corrente majoritariamente favorável à concentração de competências legislativas e administrativas na União; em outras palavras, as principais decisões proferidas pelo STF durante a pandemia tem um caráter circunstancial, consequencialistas – mas podem deixar um legado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linha-mestra que este trabalho buscou seguir foi a investigação a respeito de uma possível mudança de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal a respeito do federalismo brasileiro quando do julgamento de questões ligadas ao combate à pandemia de covid-19.

Para entender se o posicionamento adotado em 2020 pelo Supremo seria apenas pontual, como resposta à crise sanitária, ou indicaria uma mudança mais profunda na jurisprudência da Corte, a pesquisa buscou investigar algumas nuances.

A primeira delas foi o envolvimento do Tribunal e dos seus Ministros com a política – tanto no sentido de influência direta sobre a política institucional quanto naquele de traduzir, por meios jurídicos, ideologias políticas próprias. A forma de combate à pandemia decorreu de decisões políticas e, eventualmente, o STF poderia, por meio de suas decisões, firmar posição de forma contrária àquela adotada pelo governo federal. Seria mais um capítulo na busca de protagonismo pelo Tribunal, também explorada neste trabalho.

Também se buscou entender como o federalismo brasileiro foi construído, especialmente na Constituição de 1988, a qual adota um modelo de cooperação entre três níveis governamentais diferentes. No que diz respeito à efetivação do direito à saúde, o modelo federativo é fundamental para o funcionamento do Sistema Único criado pela Constituição e aprimorado (continuamente) pela legislação ordinária, bem como por normas técnicas do Ministério da Saúde e ações de todos os entes federados. Ainda no capítulo 2, buscou-se expor a evolução de como o ordenamento jurídico brasileiro tratava a questão até o complexo normativo existente hoje.

É importante ressaltar, ainda, que se buscou guardar coerência com a teoria sistêmica de Luhmann, porquanto apresente um esforço teórico que explica a proximidade e relação entre os sistemas do Direito e da Política, além da função que o ambiente tem na sociedade e dos modos como essas influências recíprocas se constituem.

Este foi o arcabouço teórico considerado imprescindível para responder à questão original – tanto para entender o texto que organiza o federalismo na Constituição como para explicar eventuais porquês de decisões tomadas pelo STF.

Posteriormente, buscou-se a formação de um parâmetro esperado de decisões

do STF sobre o tema federalismo. Para tanto, destacou-se um dos paradigmas mais clássicos usados pelo Tribunal em manifestações sobre o tema: o “princípio” da simetria (ou da reprodução obrigatória de estruturas normativas da Constituição Federal nas Constituições Estaduais).

Empós, coletou-se dados, considerando a composição do Tribunal quando do julgamento da primeira ADI sobre combate à pandemia (ou seja: a partir do início do ano de 2017). Para tanto, optou-se pelo recorte das decisões em sede de ADI e ADPFs no período compreendido entre 22 de março de 2017 – data da formação da composição do STF que proferiu a primeira decisão sobre a pandemia de covid-19 – e 26 de fevereiro de 2020 – data da confirmação do primeiro caso de covid-19 em território brasileiro.

Como visto, o resultado desta análise foi o esperado: a atuação ordinária do Supremo Tribunal Federal inflacionava as competências federais em detrimento das competências concorrentes dos Estados, asfixiando o (já curto) espaço disponível aos entes federados para exercer suas competências. Assim, mesmo em questões cuja atuação das Assembleias Legislativas estaduais parecia razoável – como na defesa do consumidor e na organização de seus próprios processos legislativos – a autonomia local era cerceada em prol da uniformização do ordenamento jurídico nos temas.

Esta situação apresentava exceções pontuais, manifestadas, sobretudo, pelo Ministro Edson Fachin, que defendia maior raio de ação criativo para os Estados. Os Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes também inseriram, em alguns de seus votos, a necessidade de o STF repensar sua própria interpretação do que seria o federalismo brasileiro em prol de maior autonomia para os entes periféricos.

O trabalho aprofundou o recorte para questões especificamente relacionadas ao direito à saúde. Viu-se que, de modo geral, o Supremo Tribunal Federal decide de forma a proteger o usuário do Sistema Único de Saúde. Assim, por duas ocasiões ratificou ser a responsabilidade pela prestação de serviços de saúde (fornecimento de medicamentos, estrutura física etc.) solidária entre os entes federativos. Eventual ressarcimento em decorrência de descumprimento da normatização infraconstitucional ou mesmo infralegal ficaria a cargo do Judiciário; o impasse, porém, não poderia atingir o cidadão comum. Este entendimento restou consolidado como o Tema de Repercussão Geral n.º: 793.

Outro momento importante da jurisprudência sobre efetivação do direito à saúde foi a discussão a respeito da proibição da utilização de amianto crisotila por parte de

diversos Estados. Até então, era o caso jurisprudencial mais parecido com o que se viu durante a pandemia de covid-19: enquanto a legislação federal permitia o uso do amianto, as legislações estaduais proibiam seu uso nos respectivos territórios. O STF, por maioria, entendeu que as legislações estaduais não poderiam estabelecer uma restrição total contra um material de utilização permitida pela legislação federal. Não obstante, sob o argumento da “inconstitucionalidade superveniente”, decidiu-se que a legislação federal seria inconstitucional, abrindo espaço para a legislação supletiva dos Estados; este movimento permitiu que as leis estaduais fossem mantidas ao tempo em que a tendência centralizadora era reforçada.

O quadro pré-pandemia, portanto, era de forte ímpeto centralizador das competências por parte do STF, com manifestações pontuais de Ministros no sentido de reconhecer e valorizar as competências administrativas e legislativas locais. Quando o assunto era direito à saúde, a tendência era dividir a responsabilidade entre todos os entes federativos, a fim de proteger o usuário.

Após o início da pandemia no Brasil, dois assuntos geraram debates tanto no âmbito da retórica política, quanto no Supremo Tribunal Federal: a adoção de medidas de isolamento social por parte de governadores e prefeitos em contrariedade ao defendido pelo próprio Presidente da República e a possibilidade de os governos locais adquirirem imunizantes por conta própria, a despeito da inércia do governo federal.

Em ambos os casos, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi contundente no sentido de garantir aos Estados a autonomia necessária para a proteção das populações de seus respectivos territórios.

Foram analisadas as principais decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito de temas como adoção de medidas de isolamento social e aquisição de imunizantes, visando constatar se tais decisões poderiam se enquadrar no conceito de “jurisprudência de crise” ou não. Partiu-se, então, de um consenso mínimo: as decisões do STF destoaram do que habitualmente se praticava pela Corte.

Quanto às medidas de isolamento social, o principal argumento utilizado pela Corte para fundamentar as decisões foi a possibilidade, por parte dos governos e Assembleias Legislativas estaduais, de adotarem medidas mais restritivas do que as previstas na legislação federal (e respectiva regulação). Assim, por mais que a regulamentação federal sobre o tema fosse permissiva (com extensa lista de serviços considerados essenciais, cuja enumeração

ficou a cargo de decreto do Presidente da República), os governos locais estariam autorizados a retirar determinados serviços da categorização “essencial”, restringindo a atividade econômica em maior nível.

O que chamou a atenção nesta pesquisa foi a aparente mudança do raciocínio empregado pelo Tribunal em relação ao caso do uso de amianto crisotila. Afinal, o argumento pela constitucionalidade das leis estaduais que vedavam o uso de amianto era similar: a lei federal permite seu uso, mas não o obriga, de modo que os Estados poderão restringi-lo, inclusive proibindo-o. Este argumento, porém, não foi aceito pela maioria do Tribunal, por considerar que a restrição total iria de encontro à normatização federal, violando uma “norma geral”, nos termos do art. 24 da Constituição.

No que diz respeito ao combate à covid-19, a lei federal enumera os serviços essenciais, mas não obriga a manutenção de suas atividades, de modo que os Estados podem restringir a enumeração, inclusive retirando determinados serviços desta categoria (de essenciais). Apesar de ser um argumento similar e pouco distante no tempo, foi aceito por unanimidade.

No caso da imunização da população, o Supremo adotou posicionamento ainda mais “ousado”: caso o governo federal não apresentasse um plano nacional de imunização, nos termos do art. 3º da Lei 6.259/75, os Estados poderiam buscar imunizantes por conta própria, desde que os medicamentos tivessem sido aprovados em uma das agências reguladoras mencionadas no art. 3º, VIII, *a*, da Lei nº. 13.979/2020.

Considerando todo o histórico de entrelaçamento entre Direito e Política nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal – o que, muitas vezes, gera decisões cujo principal fundamento é político, embora revestidas de suporte jurídico – é impossível negar que as decisões do STF em matéria de combate à pandemia se enquadra, em algum nível, no conceito de jurisprudência de crise trazido por Andreia Magalhães (2014) e apresentado ainda no segundo capítulo deste trabalho: um “rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica”.

A “realidade crítica”, no caso, corresponde à soma de dois fatores: a) a pandemia de covid-19 no Brasil e seus impactos devastadores sobre o sistema de saúde pública no país; b) a inação do governo federal em organizar programas nacionais de proteção à população, seja na primeira fase da pandemia (quando o isolamento social era imprescindível para a reduzir a velocidade de disseminação do vírus), quanto na segunda fase

(na organização de um programa de imunização nacional e que contemplasse o maior número possível de imunizantes).

O “rearranjo jurídico”, sem dúvida, foi o reconhecimento de maior autonomia aos Estados em relação à prática jurisprudencial até então, amplamente favorável à expansão das competências federais. A ponderação feita em relação ao “rearranjo” é a existência de vozes, antes isoladas, em favor de outra interpretação do federalismo brasileiro por parte do Supremo Tribunal Federal.

Um aspecto importante (embora implícito) no conceito de “jurisprudência de crise” é que as decisões tomadas durante a vigência da crise não o seriam em contexto de normalidade. Em outras palavras, a interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito do modelo federativo brasileiro seria outra se não houvesse a crise gerada pela pandemia – e, de fato, o era no período imediatamente anterior. É seguro, portanto, afirmar que as decisões do STF manifestaram uma espécie de “jurisprudência da crise”.

Não se deve perder de vista, porém, as diferenças da “jurisprudência da crise” brasileira e a original (portuguesa). Primeiro, porque as decisões do STF não contrariam textualmente dispositivos constitucionais; limitam-se a redirecionar o sólido posicionamento centralizador da Corte. Segundo, porque representou a ascensão de uma corrente no Tribunal, minoritária, mas preexistente. No caso português, a jurisprudência contrariou frontalmente garantias constitucionais; deste movimento, saíram decisões e justificações nunca antes vistas.

Por fim, é fundamental ressaltar que a “jurisprudência da crise” brasileira pode ter deixado um forte legado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A pandemia de covid-19 expôs o risco de concentrar a responsabilidade sobre políticas públicas sobre o ente federativo central, sobretudo quando se está sob uma liderança errática. Ademais, como a interpretação sobre o federalismo adotada encontra respaldo na Constituição, a jurisprudência pode, ainda que timidamente, ir avançando para além da crise.

Este foi o objetivo do final do quarto capítulo: mostrar o possível impacto das decisões a respeito do combate à pandemia de covid-19 na jurisprudência sobre federalismo como um todo. Embora não seja possível apontar uma correlação direta, as decisões sobre a crise sanitária não foram fundamentadas em aspectos circunstanciais (muito embora, como visto, o contexto tenha sido decisivo); assim, os fundamentos podem servir de base para a prolação de outras decisões no sentido de revalorização das competências legislativas locais, o que parece ter ocorrido de forma sensível nos quadros pós-pandemia.

Assim, a jurisprudência de crise brasileira, embora tenha representado uma virada significativa do ponto de vista da tradição do Supremo Tribunal Federal, não necessariamente será uma “jurisprudência *ad hoc*”; poderá vir a ser o início de uma nova tradição na Corte, alinhada com o (necessário) reconhecimento de maior autonomia decisória para todos os entes federativos, ressaltando a vocação de Estados e Municípios para se tornarem verdadeiros laboratórios da democracia – e protegendo-os de eventuais arroubos autoritários dos governantes (federais) de plantão.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, F. L. **Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira**. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 1998.
- ABRUCIO, F. L. et al. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 4, p. 663–677, ago. 2020.
- ALMEIDA, N. G. P. A. S. **Jurisprudência e controlo de direitos sociais: “Jurisprudência da Crise.”** Lisboa: [s.n.].
- ARAÚJO, M. L. C. DE. **A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Tese (doutorado)—Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2008.
- ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático Brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 1 jan. 2018.
- ARRETCHE, M. O mito da descentralização como indutor de maior democratização e eficiência das políticas públicas. In: GERSCHMAN, S.; VIANNA, MLW. [ORGS.] (Eds.). **A miragem da pós-modernidade: democracia e políticas sociais no contexto da globalização [online]**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1997. p. 127–152.
- ARRETCHE, M. Federalismo e democracia no Brasil: a visão da ciência política norte-americana. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, n. 4, p. 23–31, dez. 2001.
- ARRETCHE, M. T. S. Políticas sociais no Brasil: descentralização em um Estado federativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 40, p. 111–141, jun. 1999.
- AVRITZER, L. **Política e antipolítica (Coleção 2020)**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2020.
- BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, n. 9, n. 4, 2018.
- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr.jun. 2005, pp. 1-42.

BERCOVICI, G. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, p. 13–28, mar. 2002.

BERCOVICI, G. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOLLE, M. B. DE. **Como matar a borboleta azul: uma crônica econômica da Era Dilma**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

BOLSONARO contradiz STF e diz que Supremo impediu governo federal de ajudar na pandemia. **O Globo**, Rio de Janeiro, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/saude/coronavirus/bolsonaro-contradiz-stf-diz-que-supremo-impediu-governo-federal-de-ajudar-na-pandemia-24849553>>. Acesso em: 11 março 2022.

BOLSONARO: “Quem defende fechamento do STF e do Congresso está na manifestação errada.” **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 23 de maio de 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-quem-defende-fechamento-do-stf-e-do-congresso-esta-na-manifestacao-errada,70002840616>>. Acesso em: 10 maio. 2022.

BOLSONARO quer aumentar número de ministros do STF para 21. **Poder 360**, 3 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-para-21/>>. Acesso em: 10 maio. 2022.

BOLSONARO volta a falar em “histeria” e diz que ações de governadores sobre isolamento prejudicam a economia. **G1**, Rio de Janeiro, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/17/bolsonaro-volta-a-falar-em-histeria-e-diz-que-acoes-de-governadores-sobre-isolamento-prejudicam-a-economia.ghtml>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº.: 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº.: 10.288, de 22 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir as atividades e os serviços relacionados à imprensa como essenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10288.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº.: 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº.: 9.055, de 1º de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19055.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº.: 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº.: 14.035, de 11 de agosto de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO nº.: 3.451/DF. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275115>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 170/RN. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749728410>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 216/PB. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1990]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346257>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 750/RJ. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14474950>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC na ADI nº.: 1.269/GO. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1991]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346940>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 2.553/MA. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753485650>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 2.832/PR. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534975>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 3.217/PE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751286119>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 3.279/SC. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2011]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1738847>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 3.356/PE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749053935>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 3.357/RS. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749040549>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 3.470/RJ. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 3.915/BA. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15147410>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 3.937/SP. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 4.577/GO. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748843669>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 4.615/CE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751257523>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 4.908/RJ. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748843669>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 4.973/SE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754130360>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 4.984/CE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14713355>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.098/PB. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14713781>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.140/SP. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748531017>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.293/SC. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14092475>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.333/TO. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752156436>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.520/SC. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750907230>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.521/CE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749890686>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.536/AM. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750960547>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.569/MS. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12983331>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.585/PI. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747917800>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 5.940/ES. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751842714>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.039/RJ. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750311354>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.059/RR. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751151475>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.087/AM. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750920978>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.094/RJ. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752292926>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.333/PE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755600520>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.341/DF. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.362/DF. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754607621>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.453/RO. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759230583>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.510/MG. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760392902>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.586/DF. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.587/DF. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.651/BA. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759957238>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.: 6.984/AC. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759690742>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº.: 669/DF. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5884084>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº.: 770/DF. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275114>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº.: 607.381/SC. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2011]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº.: 851.108/SP. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755628450>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº.: 855.178/SE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº.: 47/PE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2010]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº.: 175/CE. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2010]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

CAMARGO, F. S. DE. Supremo Tribunal Federal e federalismo: controle abstrato/concentrado de constitucionalidade como mecanismo para limitar a descentralização. **Sociologias Plurais**, v. 2, n. 2e, 7 fev. 2019.

CARVALHO, L. **Valsa brasileira: Do boom ao caos econômico**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

CEARÁ. Decreto nº 33.510, de 16 de março de 2020. Decreta situação de emergência em saúde e dispõe sobre medidas para enfrentamento e contenção da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://coronavirus.ceara.gov.br/project/decreto-no-33-510-de-16-de-marco-de-2020/>>. Acesso em 16 de agosto de 2022.

COHN, A.; ELIAS, P. E. M. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 6. ed. São Paulo: Cortez Editora: CEDEC, 2005.

CONTARATO, P. C.; DE LIMA, L. D.; LEAL, R. M. Crise e federalismo: tendências e padrões regionais das receitas e despesas em saúde dos estados brasileiros. **Ciencia e Saude Coletiva**, v. 24, n. 12, p. 4415–4426, 1 dez. 2019.

COUTINHO, P. “Crise, disse ela”: a jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional português – uma visão panorâmica. **Julgar**, n. 34, p. 87–99, 2018.

DALLARI, S. G.; MAGGIO, M. P. A efetivação jurídico-política do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal: a referência paradigmática da SL 47-AGR/PE. **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 3, p. 58, 9 mar. 2017.

DINIZ, M. A. D. V. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista Nomos**, p. 171–184, 2007.

DOURADO, D. D. A.; DALLARI, S. G.; ELIAS, P. E. M. Federalismo sanitário brasileiro:

perspectiva da regionalização do Sistema Único de Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 12, n. 3, p. 10, 6 mar. 2013.

DOURADO, D. DE A. **Regionalização e federalismo sanitário no Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 27 abr. 2010.

DRESCH, R. L. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, L.; TERRAZ, F. (Eds.). **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 25–57.

EM vídeo, filho de Bolsonaro diz que para fechar o STF basta “um soldado e um cabo”. **G1**, Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/21/em-video-filho-de-bolsonaro-diz-que-para-fechar-o-stf-basta-um-soldado-e-um-cabo.ghtml>>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

ESCLARECIMENTO sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia. **Portal STF**, Brasília, 18 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>>. Acesso em: 28 de agosto de 2022.

FLEURY, S.; FAVA, V. M. D. Vacina contra Covid-19: arena da disputa federativa brasileira. **Saúde em Debate**, v. 46, n. spe1, p. 248–264, 2022.

FUX revoga auxílio-moradia para juízes após sanção de reajuste para STF. **Conjur**, São Paulo, 26 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>>. Acesso em: 11 de ago. de 2018.

GODOY, M. G. DE. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 2, p. 1034–1069, abr. 2021.

GOMES, J. M. W.; CARVALHO, E.; BARBOSA, L. F. A. Políticas Públicas de Saúde e Lealdade Federativa: STF Afirma Protagonismo dos Governadores no Enfrentamento à Covid-19. **Assunto Especial RDP**, v. 17, n. 94, p. 193–217, jul. 2020.

GUEDES propõe privatizar tudo e desvincular todas as despesas. **Congresso em Foco**, Brasília, 9 de set. de 2019. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/economia/guedes-propoe-privatizar-tudo-e-desvincular-todas-as-despesas/>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

JACCOUD, L. DE B.; VIEIRA, F. S. **Federalismo, integralidade e autonomia no SUS: Desvinculação da aplicação de recursos federais e os desafios da coordenação**. Rio de Janeiro: [s.n.].

- JOHN HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE. **Mortality Analyses**. Disponível em: <<https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>>. Acesso em: 15 jun. 2022.
- LIZIERO, L. B. DA S.; CARVALHO, F. Federalismo e centralização no Brasil: contrastes na construção da federação brasileira. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 3, 25 jul. 2018.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger; tradução das citações em latim de Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Tradução de Sílvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
- MAGALHÃES, A. **Jurisprudência da Crise: Uma Perspectiva Pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MARQUES JÚNIOR, W. P. Transformações contemporâneas na teoria do constitucionalismo: do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo global. In: BORGES, Alexandre W.; (ORG.), Paulo R. B. R. **Teoria Constitucional I**. Florianópolis: CONPEDI, v. 01, 2019. p. 168-188.
- MARQUES JÚNIOR, W. P. Modulação de políticas públicas sanitárias do Poder Executivo pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 76.
- MARTINI, S. R.; WUNSCH, M. S. Direito, saúde e o pressuposto da fraternidade na sociedade contemporânea. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2, n. 5, p. 4517–4560, 2013.
- MORAES, R. F. Medidas legais de distanciamento social análise comparada da primeira e segunda ondas da pandemia da covid-19 no Brasil. Nota Técnica nº.: 33. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10572/1/NT_33_Dinte_MedidasLegaisDistanciamentoSocial_PrimeiraSegundaOndasPandemiadaCovid19.pdf>. Acesso em: 28 de agosto de 2022.
- MORI, L. O que é o artigo 142 da Constituição, que Bolsonaro citou por intervenção das Forças Armadas. BBC Brasil, São Paulo, 01 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52857654>>. Acesso em: 4 maio. 2022.
- NEVES, Marcelo. Uso e abuso de princípios: da doutrina à prática jurídico-constitucional brasileira. In: COORD.: FROMONT, Michel E. A. **Direito francês e direito brasileiro: perspectivas nacionais e comparadas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOBRE, M. **Ponto-final: a guerra de Bolsonaro contra a democracia**. 1ª. ed. São Paulo: Todavia, 2020.

OCDE. **Health at a Glance 2019**. [s.l.] OECD, 2019.

OLIVEIRA, V. E. DE. Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 78, n. 78, p. 223–250, 2009.

PARANÁ. Lei Estadual nº.: 13.519, de 8 de abril de 2002. Estabelece obrigatoriedade de informação, conforme especifica, nos rótulos de embalagens de café comercializado no Paraná. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-13519-2002-parana-estabelece-obrigatoriedade-de-informacao-conforme-especifica-nos-rotulos-de-embalagens-de-cafe-comercializado-no-parana>>. Acesso em: 16 de agosto de 2022.

PINHEIRO, A. S. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Instituto Brasiliense de Direito Público**, v. 7, n. 1, p. 168–189, 2014.

RAMOS, 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 - IURJ**, v. 1, n. 1, p. 46–61, 30 set. 2020.

RECONDO, F.; WEBER, L. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RELEMBRE declarações de Bolsonaro sobre vacinação. **Poder 360**, 17 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/relembre-declaracoes-de-bolsonaro-sobre-a-vacinacao/>>. Acesso em: 11 de ago. de 2022.

RIBEIRO, J. M.; MOREIRA, M. R. A crise do federalismo cooperativo nas políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, v. 40, n. Especial, p. 14–24, dez. 2016.

RIO DE JANEIRO. Lei Estadual nº.: 1.939, de 30 de dezembro de 1991. Dispõe sobre a obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/151159/lei-1939-91>>. Acesso em: 16 e agosto de 2022.

SALLUM JR., B. Federação, autoritarismo e democratização. **Tempo Social**, v. 8, n. 2, p. 27–52, dez. 1996.

SANTOS, A. DE O.; MARQUES, S. B. A abordagem de aspectos jurídicos na Audiência Pública da Saúde do Supremo Tribunal Federal. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, v. 3, n. 3, 2014.

SÃO PAULO. Lei Estadual nº.: 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou

asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>>. Acesso em: 16 e agosto de 2022.

SENADO desobedece STF e mantém Renan na presidência. **O Globo**, Rio de Janeiro, 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/senado-desobedece-stf-mantem-renan-na-presidencia-20599213>>. Acesso em: 13 de março de 2022.

SILVA, V. A. DA. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SINGER, A. **O lulismo em crise: Um quebra-cabeça do período Dilma (2011-2016)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

STRECK, L. L. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n. 4, p. 9–27, jun. 2011.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 rev. atual. ampl. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VALENTE, Rubens. Tal como o filho, Bolsonaro atacou Supremo na pré-campanha eleitoral. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/tal-como-o-filho-bolsonaro-atacou-supremo-na-pre-campanha-eleitoral.shtml>>. Acesso em: 11 de março 2022.

VIEIRA, J. L. F. T.; GARCIA, R. D.; SOUZA, V. R. DO V. **FEDERALISMO E PANDEMIA: OS NOVOS HORIZONTES A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Brasília: [s.n.].

VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV [online]**, 2008, 441-463. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>>. Acesso em: 23 Março 2022.

VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar institucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.