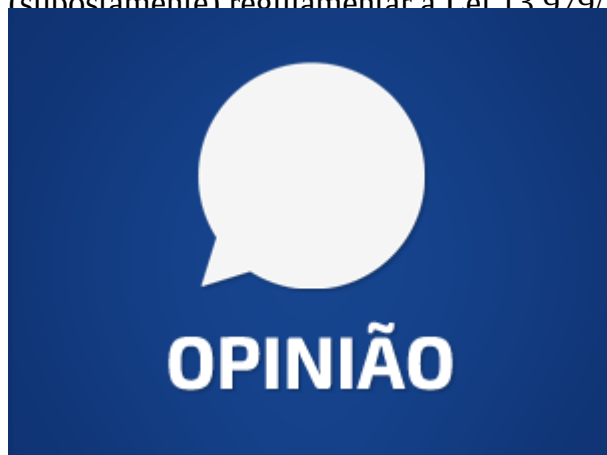


Gustavo Livio: Divisão de competências normativas na pandemia

Entre inúmeras controvérsias constitucionais desencadeadas pela pandemia, a divisão constitucional de competências normativas entre os entes federativos tem sido particularmente delicada. Subitamente, inúmeros decretos municipais, estaduais e distritais se sobrepuseram uns aos outros e criaram enorme insegurança social. Não tardou e também o Poder Executivo federal editou o Decreto 10.282/20, que, ao (supostamente) regulamentar a Lei 13.979/20, previu algumas atividades essenciais que deveriam se manter em funcionamento durante a pandemia.



Mais recentemente, esse rol de atividades essenciais foi

alterado pela edição do Decreto 10.344/20, que incluiu a permissão para funcionamento de atividades de construção civil, atividades industriais, salões de beleza, barbearias, academias e afins. O decreto colide frontalmente, por exemplo, com o artigo 5º, inciso XIII, do Decreto Estadual (RJ) 47.068/20, que proíbe expressamente o funcionamento de academias. A norma federal permite o funcionamento de academias e a norma estadual o proíbe. Qual prevalece?

Diante desse caldeirão de normas contrapostas emanadas de diferentes esferas federativas, torna-se urgente delinear as competências constitucionais de cada ente para reger a matéria. A análise aqui desenvolvida cinge-se, portanto, apenas ao aspecto da constitucionalidade formal orgânica.

Começemos com o voto do ministro Alexandre de Moraes na ADPF 672. Cito o dispositivo na íntegra: "*DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário*".



A decisão não resolveu a controvérsia. Apenas disse que Estados e municípios também possuem competência constitucional para adotar ou manter medidas restritivas de combate à pandemia e enunciou os principais dispositivos constitucionais aplicáveis. Mas não disse a quem cabe o quê.

Pois bem. O artigo 23, II da CF/88 estabelece a competência administrativa comum de todos os entes para "cuidar da saúde". Daí já se percebe que todos os entes federativos possuem algum espaço para deliberação das políticas públicas de combate à pandemia. O artigo 24, XII, da CF/88 prevê a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para "proteção e defesa da saúde". A competência legislativa concorrente permite à União editar tão somente as normas gerais sobre o tema (artigo 24, §1º, CF/88), cabendo ao Estado-membro a edição de normas específicas.

Por último, o artigo 30, incisos I e II, permite ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, e legislar sobre assuntos de interesse local. Aos Estados-membros cabem as competências não definidas expressamente à União e aos municípios (artigo 25, §1º, CF/88).

Como coordenar todas essas normas em tempos de pandemia? A quem cabe o quê?

Começemos pela União. Primeiramente, cabe-lhe a edição de normas gerais de proteção e defesa da saúde, na forma do artigo 24, XII, CF/88 (competência concorrente). Além disso, a Constituição estabeleceu certas atividades cuja competência legislativa e administrativa cabem privativa ou exclusivamente à União. É o caso, por exemplo, das atividades listadas nos artigos 21 e 22 da Constituição. Os serviços de telecomunicações (artigo 21, XI), a exploração de instalações nucleares (artigo 21, XXIII), os serviços de energia elétrica (artigo 21, XII, "b") e a manutenção do serviço postal (artigo 21, X), por exemplo, são atividades privativas da União e, então, apenas a ela cabe decidir, sob o prisma formal, quanto à sua manutenção ou suspensão. Norma municipal que proíbe o funcionamento dos Correios, por exemplo, é formalmente inconstitucional.

Mas há ainda certas atividades de caráter supraestadual cujo funcionamento atinge diversos Estados-membros. É o caso, por exemplo, do transporte interestadual e internacional de passageiros (aeroviário, hidroviário ou viário), atividade prevista expressamente pelo artigo 3º, §1º, V, do Decreto Federal 10.282/20.

Por fim, há certas atividades que gozam de caráter verdadeiramente nacional ou que dizem respeito especificamente à entidade da administração direta ou indireta da União. No primeiro caso, por exemplo, encontra-se o funcionamento dos mercados de capitais, atividade que transcende a delimitação territorial de dado espaço federativo (artigo 3º, §1º, XXX, do decreto federal). No segundo ingressam o funcionalismo público federal e as atividades prestadas por entidades federais da administração direta ou indireta. Por exemplo, o Decreto 10.282/20 permitiu o funcionamento de "*atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pela advocacia pública da União*" (artigo 3º, §1º, XXXVIII), bem como as atividades de processamento do seguro-desemprego (artigo 3º, §1º, XLV).

Eis, então, em linhas gerais, o delineamento sobre quais serviços podem ser previstos como essenciais ou não essenciais pela União e que tipo de norma lhe cabe editar em tempos de pandemia. São cinco hipóteses: a) normas gerais, no bojo da competência concorrente com Estados e Distrito Federal prevista no artigo 24, XII, CF/88; b) atividades atribuídas pela Constituição expressamente à União, tais como as previstas nos artigos 21 e 22; c) atividades supraestaduais; d) atividades de caráter nacional; e e)



atividades prestadas especificamente por pessoas jurídicas da administração direta ou indireta da União.

Aos Estados-membros, de outro lado, a Constituição reservou certa margem residual de competência, tal como previsto no artigo 25, §1º. Especificamente em matéria de "proteção à saúde", cabe-lhes legislar sobre todo o restante das matérias não atribuídas acima à União, desde que inexista interesse local dos municípios.

Quanto aos Estados, ainda, é importante destacar o desenvolvimento, até aqui, de uma lógica de combate à pandemia regionalizada a partir das unidades federativas estaduais. De um lado, é verdade, a Lei 8.080 prevê o princípio da descentralização político-administrativa com ênfase na descentralização para os municípios (artigo 7º, XI, "a"). Mas, do outro, é notória a precária estrutura do sistema de saúde da imensa maioria dos municípios. Apenas a título de ilustração, nove em cada dez municípios não possuem sequer leitos de UTI [\[1\]](#). Os pacientes desses municípios acabam sendo "exportados" para outras cidades-pólo. Surge então a necessidade de coordenação e articulação realizada a partir de uma instância federativa mais gregária do que a municipal.

Em momento de extrema anormalidade, revela-se imprescindível a atuação concatenada e articulada entre os municípios de uma mesma região e, principalmente, destes com o governo estadual, que assumiu a dianteira da regulação de expressiva parcela dos leitos do SUS no âmbito do seu território, direcionando pacientes de um município cujo sistema de saúde já colapsou para outro que ainda possua vagas. A direção estadual do SUS é, portanto, extremamente importante.

Diante desse cenário, aos Estados-membros cabe certo protagonismo no que diz respeito também à deliberação normativa de quais atividades podem continuar funcionando e quais devem ser suspensas, pois é a vista estadual que permite um olhar mais completo sobre a situação geral de cada região, sem menosprezar as particularidades de seu território, inclusive no que toca à evolução da pandemia.

Por fim, incumbe aos municípios suplementar a legislação estadual, adaptar a legislação estadual e a federal às suas peculiaridades e legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I e II, CF/88). Os municípios podem, por exemplo, sob o prisma formal, permitir ou proibir o ingresso em parques, cachoeiras e outros cenários de relevância local. Relembre-se que estamos tratando apenas da competência normativa, pois é notório o destaque conferido aos municípios para a prestação de serviços no âmbito do SUS.

Transportemos, pois, esta análise para verificar a (in)constitucionalidade formal do recente Decreto federal 10.344/20, que previu como essenciais: a) atividades de construção civil; b) atividades industriais; c) salões de beleza e barbearias; e d) academias.

Atividades de construção civil, salões de beleza, barbearias e academias não se enquadram em nenhuma das cinco possibilidades normativas permitidas à União acima descritas. Não versam sobre normas gerais, não trazem serviços supraestaduais, não são atividades expressamente atribuídas à União pela Constituição, não são atividades de cunho nacional, nem dizem respeito a serviços prestados por entidades da administração direta ou indireta da União. Os incisos LIV, LVI e LVII do §1º do artigo 3º, introduzidos pelo Decreto 10.344/20, são, portanto, formalmente inconstitucionais por extrapolar os limites constitucionalmente atribuídos à União para normatizar a matéria.

De outro lado, o inciso LV versa sobre o exercício de atividades industriais, cuja produção tem o potencial de alcançar outros Estados da federação. Uma indústria alimentícia de São Paulo, por exemplo,



pode abastecer diversos Estados-membros. Há, portanto, potencialmente, um caráter nitidamente supraestadual que permite à União normatizar sobre o tema. Quanto ao prisma formal-orgânico, então, não há qualquer inconstitucionalidade no inciso LV.

Eis, em síntese, breves contribuições, sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, para permitir o melhor delineamento da temática e reduzir (mas nunca eliminar!) a insegurança socialmente criada pela justaposição de inúmeras normas de conteúdos conflitantes.

[1] <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/19/nove-em-cada-10-cidades-do-pais-nao-tem-leito-de-uti-e-exportam-pacientes.htm>

Date Created

02/06/2020