

Scaff e Dias de Souza: Competência federativa na pandemia

Um dos pontos centrais da controvérsia sanitária em curso é identificar qual o âmbito da competência constitucional de cada ente federativo para legislar acerca desta pandemia. Daí a necessidade de compreender os limites da expressão *normas gerais*, central a essa análise. Afinal, sendo tão grande o Brasil, e, ao mesmo tempo, tão diverso, pode ocorrer a adoção de diferentes medidas sanitárias entre as cidades de São Paulo e Tanabi, no mesmo estado, e entre estas e a cidade de Bujaru, no Pará. Logo, em respeito à diversidade federativa, é necessário identificar se a matriz federativa constitucional impõe ou não o que deve ser feito. E, dada isso ocorre.



A Lei Federal 13.979/20, não se referiu à calamidade, mas

cuidou de aspectos que só esse estado justificaria, como, por exemplo, confinamento, quarentena, atividades essenciais que não poderiam cessar ou sofrer restrições e outras. *Tudo isso implica tratar-se materialmente de calamidade*, afinal assim declarada pelo Decreto Legislativo nº 6/20.

Ao dispor sobre o tema, *cujo núcleo é a saúde*, a lei federal encontra respaldo no artigo 24, XII CF, em conjunto com o seu parágrafo 1º. A primeira conclusão é que só poderia ela cuidar de normas gerais que seriam de observância obrigatória por estados e municípios. Ficaria preservada a competência dos demais entes sobre assuntos tipicamente regionais ou locais no que não conflitassem com as normas gerais da União, *tudo isso enquanto o tema dissesse respeito à proteção e defesa da saúde*. A teor do disposto no artigo 23, II, da CF, as questões regionais ou locais ficariam a cargo de estados e municípios os quais têm competência (*poder-dever*) para cuidar da saúde.

A questão é *quem faz o quê* quando há medidas que interfiram nos três níveis do governo. Nesse caso, como adiante se verificará, a solução há de ser dada em razão do *interesse* de cada um. Se nacional, da União; regional, dos estados; e local, dos municípios.

Claro que poderiam os estados legislar amplamente sobre saúde no que respeitasse o interesse regional, desde que não houvesse conflito com as normas gerais da União. O município também poderia regular o que fosse de interesse local.

Nesse sentido, a lei que organiza os serviços de saúde, Lei 8.080/90, refletiu de modo coerente a distribuição constitucional de competências ao determinar que cabe aos municípios gerir e executá-los, pois, nos termos do artigo 30, VII, CF compete-lhes prestá-los diretamente, mediante cooperação técnica e financeira da União e dos estados. Prevalece, aqui, o interesse local. Aos estados compete promover a descentralização dos serviços de saúde, bem como prestar apoio técnico e financeiro aos municípios. A execução direta desses serviços pelos estados é supletiva. E à União compete estabelecer normas gerais e, excepcionalmente, nos casos de calamidade, executar diretamente ações de saúde (artigo 16, parágrafo único, Lei 8.080/90).

Ressalte-se, entretanto, que a questão central aqui tratada diz respeito à *calamidade pública*. O artigo 21, XVIII, CF dispõe sobre *competências materiais/administrativas*. No âmbito dessa competência da União para "*planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas*", é seu dever estabelecer diretrizes e tomar as providências necessárias.

Nesse sentido, em compatibilidade com a competência constitucional, a Lei 8.080/90 determinou que "*a União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional*" (artigo 16, parágrafo único). Essa disposição confirma o poder/dever da União de atuar em defesa da saúde quando o risco de disseminação ultrapassa as fronteiras municipais e estaduais.

O referido artigo 21, XVIII, CF deve ser lido no contexto das atribuições de meios e finalidades nela descritos em matéria de calamidades, tais como o artigo 167, §3º, segundo o qual é dado à União abrir "*crédito extraordinário*" para custeio de gastos oriundos "*de calamidade*" e o artigo 148, I, segundo o qual compete à União "*instituir... empréstimos compulsórios (...) para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública*". A interpretação sistêmica desses dispositivos da Carta Maior, que não se interpreta em tiras [\[1\]](#), aponta para a competência da União em matéria de calamidade pública nacional.

Daí surge a indagação: *e se houver a necessidade de lei para regular esse tema?*

Como acima ressaltado, a União deverá dispor sobre normas gerais com base no artigo 24, inciso XII, CF *sem prejuízo de*, quanto aos demais aspectos da calamidade, *editar as leis que se façam necessárias, sobretudo no que tiver alcance nacional*. Tudo o que transcender a área de atuação de estados e municípios será de competência da União. Cada estado poderá atuar no que respeite a sua região, desde que isso não interfira nas demais regiões. Se isso ocorrer, a questão será nacional. Da mesma forma, o peculiar interesse local será restrito ao âmbito do município. Se as ações tomadas interferirem em outros municípios, ter-se-á questão regional, de competência de cada estado. Entretanto, tudo o que for relativo ao trato da calamidade pública e que seja de interesse da nação, será de competência legislativa e administrativa da União.

Além disso, a competência para legislar sobre outros aspectos dessa multifacetada crise, tais como relações internacionais, abastecimento, transporte interestadual, moeda, economia nacional, relações de trabalho e outros, remanesce no campo da União, como determina o artigo 22, CF.

Com base nesses dados, parece-nos que a União é quem pode e deve dispor sobre isolamento e quarentena enquanto "normas gerais". Também é ela quem deve traçar o conteúdo das normas a serem observadas pelos estados e municípios quanto às medidas restritivas possíveis, quando e como adotá-las, assim como disciplinar demais questões de interesse nacional. Reserva-se aos estados e municípios adotar medidas relativas ao que não for de interesse nacional, assim entendido o que produza efeitos em mais de uma região ou em todo o território nacional.

No exercício dessas competências normativas e territoriais, os estados e municípios poderão tomar medidas administrativas, como isolamento ou quarentena, *desde que motivem razoavelmente os seus atos atentos ao princípio da proporcionalidade*. Com efeito, à luz da teoria dos motivos determinantes, a validade de todo ato administrativo depende da indicação dos motivos de fato (circunstância efetiva que serve de suporte ao ato) e de direito (previsão legal abstrata de uma situação fática que justifica o ato) que autorizem a sua prática. Além da mera indicação desses motivos, deve haver perfeita correlação entre um e outro (subsunção do fato descrito à norma na qual se fundamenta o ato).

A motivação deve ser lógica e atender ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente de razoabilidade. Tanto é assim que o atual parágrafo único do artigo 20 da LINDB, assenta que é por meio dela que se "*demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta*". Portanto, deve ela ser específica e fundamentada em dados reais para que se saiba quais são as razões de fato que levaram o administrador público a praticar o ato. Afinal, *motivação absolutamente genérica equivale a não motivação*.

Dizer-se, por exemplo, que o ato (ou a lei) que disponha sobre severas restrições de direitos tem motivação em "questões de saúde" ou de "preservação da vida" não é suficiente. Implica, por sua generalidade, *ausência de motivação*. Da mesma forma, não é suficiente afirmar que as decisões têm base na "ciência", sem expor qual opção foi adotada e por quê.

Também não parece razoável que estados decretem quarentena em todo o seu território sem observar as diferenças existentes entre os seus municípios, pois alguns podem ter número insignificante de doentes e rede de saúde em condição de absorver todos casos, e outros possuir situação oposta, com número elevado de pessoas contaminadas e poucos leitos de hospital. *Como tratar igualmente os desiguais?*

Além disso, os municípios também poderão cuidar dessas matérias no âmbito da saúde. Porém, se isso afetar questões de âmbito nacional ou mesmo estadual, haverá invasão de competência. Vale dizer, a área de atuação dos prefeitos é restrita ao território do respectivo município e naquilo que diga com a saúde dessa localidade. No que interferir com outras áreas, haverá invasão da competência de outros entes. Da mesma forma que os estados, os municípios deverão motivar seus atos.

Se o prefeito de determinado município tiver informações técnicas e científicas que justifiquem decisões pela abertura ou fechamento de comércio local, essas devem prevalecer, ainda que o governador do estado tenha baixado ato em sentido contrário. Assim, se o governador decretar o chamado *lockdown*, mas o prefeito de determinada cidade tiver justificativa plausível, razoável, baseada em dados confiáveis no sentido da desnecessidade ou da prejudicialidade do *lockdown*, ele poderia exercer sua competência e não impor tal restrição no âmbito municipal. O inverso também se aplica. Se o governador determinar a liberação total do comércio, porém o prefeito possuir dados que não a recomendem, ele poderá agir de forma diversa, mantendo as restrições.

Por fim, assinale-se que os atos discricionários da União também deverão ser motivados em atenção à proporcionalidade.

Não há discricionariedade sem escrutínio público no contexto do Estado Democrático de Direito. Todos os atos de agentes públicos em tema da Covid-19 devem ser explicados à sociedade para que esta possa controlá-los. Tratando-se de calamidade pública, exige-se motivação extra qualificada e respeito às competências constitucionais, em especial àquela prevista no artigo 21, XVIII, CF.

Assim, respeitada a imprescindível justificação, entende-se ser plenamente possível a estados e municípios estabelecerem suas próprias normas no que tange ao seu peculiar interesse regional ou local, em busca da preservação da vida e da saúde dos brasileiros que, por um ou outro motivo, habitem em seu território. O alcance normativo das normas federais busca uniformizar procedimentos, porém não tem o poder de invalidar as necessárias considerações da realidade vivida por estas populações, que elegeram seus governantes locais e regionais, para governá-los. Brasília pode muito, mas não pode tudo.

[1] ADI 3685-8/DF, Ministro Eros Grau, j. 23/3/2006.

Date Created

18/05/2020