

PANDEMIA E FEDERAÇÃO: A NOVA DIRETRIZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A INTERPRETAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNS E ALGUNS DESAFIOS PARA SUA UNIVERSALIZAÇÃO

FEDERATION AND THE PANDEMIC: CHALLENGES TO THE APPLICATION OF THE NEW BRAZILIAN SUPREME COURT'S GUIDELINE ON CONCURRENT POWERS

Ana Paula de Barcellos¹

RESUMO: No contexto da pandemia, o Plenário do STF fixou uma nova diretriz para a compreensão do federalismo cooperativo brasileiro ao julgar as cautelares nas ADIs 6341 e 6343. Essa nova diretriz pode ser assim enunciada: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns do art. 23. O objetivo do presente artigo é, a partir do exame indutivo e sistemático de previsões constitucionais e da jurisprudência do STF, identificar questões que a interpretação constitucional precisará enfrentar para a universalização dessa diretriz. A conclusão apurada é a de que ao menos duas reflexões adicionais serão necessárias: (i) com base em que normatividade os entes locais poderão agir caso não tenham competência legislativa e o ente competente não edite legislação na matéria? e (ii) qual a repercussão da diretriz fixada pelo STF sobre a competência da União para editar a lei complementar de que trata o parágrafo único do art. 23?

Palavras-chave: competências comuns; autonomia local; Constituição art. 23; pandemia.

ABSTRACT: Two rulings from the Brazilian Supreme Court (ADIs 6341 e 6343) construing the coronavirus pandemic national legislation have established a new guideline on concurrent powers: the local entities (States and Municipalities) do not depend on a Federal Government previous initiative to act on their concurrent powers from article 23. This paper suggests that the general application of this new guideline entails at least two additional challenges: (i) whenever a local entity doesn't have the power to enact the law, on which legal ground could it act without proper legislation? (ii) how does the guideline impact the Federal Government's power to enact the complementary legislation provided by Article 23, the sole paragraph?

Keywords: concurrent powers; local government; Brazilian Constitution article 23, pandemic.

1 Pós-Doutora – Harvard. Mestre e Doutora pela UERJ. Professora Titular de Direito Constitucional da UERJ. Membro do Comissão de Estudos Constitucionais da OAB. Advogada e parecerista.

1 INTRODUÇÃO. PANDEMIA E FEDERAÇÃO: O CENÁRIO NORMATIVO

Um dos temas mais discutidos na jurisprudência constitucional do STF nas últimas três décadas é a distribuição de competências entre os entes federados tal como organizada pela Constituição de 1988². A verdade, porém, é que muitas das decisões tomadas pelo STF na matéria repercutem diretamente apenas sobre setores específicos no âmbito de Estados e Municípios, sem atrair maior atenção da sociedade e da comunidade jurídica como um todo. A pandemia global de covid-19, além da tragédia humana e do complexo de transformações impostas ao Brasil e ao mundo, acabou por trazer a discussão federativa para o centro do debate político e jurídico nacional.

Com efeito, diversas ações constitucionais foram ajuizadas diretamente perante o STF questionando medidas de enfrentamento da pandemia e discutindo o tema federativo³. Órgãos jurisdicionais pelo país afora têm igualmente se ocupado de avaliar a validade, sentido e alcance de atos praticados pelo Poder Público no contexto da pandemia, sendo certo que um dos argumentos frequentemente invocados, tanto por quem se opõe às medidas quanto por quem as defende, diz respeito à distribuição de competências na federação.

A súbita relevância da federação no contexto da pandemia não é surpreendente. A gravidade da crise sanitária levou União, Estados, Distrito Federal e Municípios a adotarem medidas também da maior gravidade para o seu enfrentamento, com repercussões dramáticas na vida das pessoas. Tais medidas envolvem a quarentena de pessoas, bairros e cidades – em alguns casos com o confinamento compulsório –, a paralisação de atividades de forma geral, a restrição de circulação de pessoas e bens, dentre outras iniciativas com o objetivo de conter o contágio.

Do ponto de vista jurídico, não é difícil perceber que tais medidas, embora digam respeito à saúde pública, afetam vários outros temas em torno dos quais a Constituição construiu a distribuição de competências, como direitos individuais e liberdades públicas, direito do consumidor, direito civil, direito empresarial, dentre outros. Ademais, diferentes visões sobre como enfrentar a pandemia e variados alinhamentos políticos entre os agentes públicos conduziram a conflitos entre as políticas adotadas nos diferentes níveis federativos.

Para além dos debates políticos, tais conflitos envolvem diversas questões jurídicas reais, sendo uma delas a interpretação das chamadas competências político-administrativas comuns e legislativas concorrentes. Como se sabe, a Constituição de 1988 organizou uma federação e utilizou, na distribuição de competências entre os entes federativos, diversos tipos de critérios, incluindo alguns que integram a lógica do chamado federalismo cooperativo.

No modelo federativo original norte-americano as competências foram concebidas como se tivessem sido distribuídas a partir de um critério dual: a União tem suas competências listadas de forma expressa e o restante cabe aos Estados. Embora não deixe de haver conflitos e debates na definição do que compete a cada ente, não se cogita propriamente de que a União e os Estados compartilhem a mesma competência constitucional: ou bem a

2 V. FALCÃO, *Joaquim e outros. II Supremo em Números – O STF e a Federação*, In: FGV DIREITO RIO – Série Novas Ideias em Direito, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11056>. Acesso em: 10 set. 2020; LABANCA, Marcelo. *Jurisdição constitucional e federação*, São Paulo: Elsevier, 2009.

3 O site do STF criou uma área específica sobre o tema chamada de “Painel de ações Covid-19” com algumas informações genéricas sobre a quantidade de demandas relacionadas com a pandemia e sua natureza (Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 10 set. 2020).

competência será de um ou de outro⁴. O federalismo cooperativo, de forma diversa, prevê textualmente o compartilhamento de competências entre diferentes entes federativos. A Constituição de 1988 utiliza, ao mesmo tempo, o critério dual, da tradição norte-americana, e também critérios inspirados no federalismo cooperativo, tanto no que diz respeito à distribuição de competências legislativas, quanto no que toca a competências político-administrativas.

Duas questões acompanham de forma intuitiva essa forma de distribuição de competências compartilhada: Quem pode ou deve fazer o que? E que relação existe, ou deve existir, entre as múltiplas atuações dos entes federados nesse contexto?

Note-se desde logo que a questão nem sempre se resolve com recurso a um desejo ou a uma exortação – que podem ser sinceros e bem-intencionados – no sentido de que os entes devem cooperar para promover o melhor interesse público. É possível que traços culturais próprios de outros povos facilitem a cooperação e é igualmente possível que determinada conjuntura política ou mesmo outros aspectos das relações institucionais no âmbito da federação (como por exemplo a dependência econômica ou financeira de um ente em relação a outro) induzam essa cooperação. Parece inviável, porém, assumir como premissa que a cooperação ocorrerá espontaneamente e como regra geral e isso por ao menos três razões principais⁵.

Em primeiro lugar, o pluralismo político e a diversidade própria das sociedades contemporâneas, nas quais se garanta a liberdade de expressão, sugere que pessoas e grupos – e, muito possivelmente, também os diferentes entes federados – terão visões diversas acerca do que é o melhor interesse público e de como ele pode e deve ser promovido. A realidade e o respeito ao pluralismo impedem que um determinado grupo político possa pretender uma exclusividade na definição do que seja o “interesse público”, desautorizando visões diversas como se elas fossem contra o “interesse público”.

Em segundo lugar, as realidades locais são diversas e essa circunstância, em conjunto com o pluralismo, poderá levar a que cada região desenvolva percepções diferentes sobre esses mesmos elementos: o interesse público e como realizá-lo. No contexto da pandemia, por exemplo, o peso das particularidades locais nas opções políticas adotadas em cada parte do país restaram evidentes, como não poderia deixar de ser. Afinal, a circunstância de um município ser mais ou menos populoso, ter mais ou menos concentrações urbanas, ter maior ou menor contato com residentes de outras localidades, ter maior ou menor infraestrutura de prestação de serviços de saúde, bem como o perfil das atividades econômicas da região, dentre outros fatores, eram e são relevantes na avaliação do que seria o melhor interesse da população local nos esforços de controle da doença.

4 Apesar disso, observa-se uma *concorrência de fato* entre competências estaduais e federais. Isso ocorre quando uma mesma questão pode ser abordada pelas duas esferas, com fundamentos constitucionais diferentes. Assim, *e.g.*, lá os Estados legislam tradicionalmente sobre direito privado, mas a regulação econômica federal – que é indispensável em um mercado único nacional – se faz sentir de forma bastante intensa, impondo restrições aos particulares e à própria capacidade dos Estados de moldarem sua legislação sobre o tema. O que se tem aqui é a invocação de regras diversas de competência para tratar do mesmo assunto. Nos países da *Commonwealth*, o mesmo fenômeno foi observado e – diferentemente do que se passou nos EUA – tratado de forma explícita pela jurisprudência: trata-se do reconhecimento de que, tendo uma matéria ou medida mais de um aspecto relevante, cada um deles associado a uma competência diversa, é possível que ela seja regulada por normas de entes diferentes. Isto é: a mesma questão poderia ter sido (ou efetivamente é) disciplinada com base em mais de uma regra de competência e, em princípio, não há de se cogitar de invalidade ou usurpação. Examinando o tema no Brasil, v. MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 126 e ss..

5 Essas três razões se reconduzem à importância do *pluralismo* na própria estrutura da federação: em vez de exigir uma uniformização política em âmbito nacional, a opção pelo federalismo traz consigo – inevitavelmente, ainda que em maior ou menor medida, a aceitação de que grupos diferentes podem viver sob leis diversas e, nem por isso, a unidade do Estado estará em risco. O pacto federativo incorpora e promove a diversidade ao pluralizar os centros de poder político. Sobre o tema, v. ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 180 e ss..

Em terceiro lugar, um dos propósitos institucionais da Federação, como se sabe, é o controle do poder político: a existência de centros autônomos de poder no território permite, ao menos em tese, que haja uma espécie de controle entre eles, cada um estabelecendo limites a eventuais pretensões hegemônicas dos demais por meio do exercício de suas competências constitucionais. Se é assim, não parece lógico depositar apenas na esperança de uma eventual cooperação voluntária entre os entes federados a solução para conflitos no exercício das competências comuns e concorrentes previstas pelo texto constitucional. Cabe à interpretação constitucional definir parâmetros no particular.

De forma objetiva, o art. 24 da Constituição de 1988 prevê que compete simultaneamente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre os temas ali listados: trata-se da chamada competência legislativa concorrente. Os parágrafos do dispositivo pretendem regular o espaço que a União deve ocupar – normas gerais – e o espaço que cabe aos Estados e ao Distrito Federal, bem como a solução para hipóteses nas quais não haja normas gerais nacionais. Embora os Municípios não sejam mencionados no art. 24, o art. 30, I e II, prevê que compete a eles legislar sobre matérias de interesse local e complementar a legislação federal e estadual no que couber. A combinação desses dispositivos – a saber: arts. 24 e 30, I e II – acaba por criar uma grande competência legislativa concorrente para todos os entes da federação em relação aos temas do art. 24.

O potencial de conflito entre as iniciativas legislativas dos vários entes é evidente, mas a organização interna do exercício dessas competências legislativas foi organizada desde logo pela Constituição, ainda que por meio do uso de expressões cuja conceituação tem sido alvo de amplas discussões ao longo do tempo. Em primeiro lugar, a noção de normas gerais referida acima, que define o espaço de competência da União; e, em segundo lugar, a ideia de interesse local, que demarca o campo reservado aos Municípios⁶. A competência legislativa concorrente dos Estados e do DF está, a rigor, limitada por esses dois conceitos.

Já no que diz respeito às competências político-administrativas, o art. 23 da Constituição atribui a todos os entes da federação – União, Estados, DF e Municípios – competências para praticar atos e prestar serviços relacionados com os objetivos ali descritos: as chamadas competências comuns. Não há, entretanto, parâmetros organizando essa atuação conjunta, e o parágrafo único prevê apenas que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre os entes.

Note-se que “proteção e defesa da saúde” é um dos temas que constam do inciso XII do art. 24 e boa parte da atuação legislativa dos entes federados no contexto da pandemia foi levada a cabo com fundamento genérico nesse dispositivo. Também o inciso II do art. 23 prevê que é competência comum de todos os entes “cuidar da saúde e assistência pública”, mas não há lei complementar específica sobre a matéria. Foi sobretudo com fundamento nesse dispositivo que todos os entes praticaram os atos mais variados no esforço de enfrentamento da pandemia.

O exame dos arts. 23, 24 e 30 não esgota o tema das competências comuns e concorrentes já que outras previsões constitucionais podem vir a atribuir competências compartilhadas aos entes. É o que acontece exatamente com o tema da saúde. Ao tratar da

6 V. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, p. 245-251, 1995; TAVARES, André Ramos. Normas gerais e competência legislativa concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 73/74, jan./dez. 2011; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e o futuro: prospectiva sobre aspectos da instituição estatal. In: *A reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-40; MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O Município e o federalismo: participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ordem social, a Constituição dispõe sobre o serviço único de saúde registrando que “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” (art. 198, *caput*), ao mesmo tempo em que uma de suas diretrizes é a “descentralização, com direção única em cada esfera de governo;” (art. 198, I). Os parágrafos do art. 198 disciplinam, dentre outros assuntos, os investimentos mínimos que todos os entes da federação devem fazer nos serviços de saúde a serem prestados.

Ademais, as competências comuns e concorrentes nem sempre atuam isoladamente. É possível, e provável, que elas entrem em contato e em tensão entre si e/ou com competências privativas ou exclusivas, isto é: aquelas atribuídas apenas a um dos entes. Assim, por exemplo, normas editadas no contexto da pandemia que dispunham sobre limites ao transporte coletivo rodoviário interestadual, embora relacionadas com a proteção da saúde, também interferiam com o serviço público em questão, de competência da União, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição; e normas editadas por entes locais dispoendo sobre relações de trabalho no âmbito da pandemia repercutiam sobre a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22, I.

Descrito de forma sumária o cenário normativo constitucional básico subjacente às ADIs 6341 e 6343, cujas cautelares foram decididas pelo Plenário do STF no primeiro semestre de 2020, cabe agora examinar brevemente o que foi decidido pela Corte e, a partir de uma metodologia indutiva do sistema constitucional e da jurisprudência do próprio STF, identificar desafios que se apresentarão para a universalização da diretriz fixada nesses dois julgamentos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 AS ADI'S-MC 6341 E 6343

A ADI 6341 foi ajuizada pelo PDT contra vários incisos e parágrafos do art. 3º da Lei nº 13.979/20 na redação que lhe deu a MP 926/20 – a lei ordinária nacional que trata do enfrentamento da pandemia do COVID-19 –, por entender, dentre outras razões, que as normas concentrariam na União a prática de atos de enfrentamento da pandemia violando a competência constitucional concorrente de Estados, DF e Municípios⁷. De forma específica, por exemplo, o inciso IV do art. 3º, impugnado, prevê que medidas de restrição à locomoção interestadual e intermunicipal dependeriam de recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Os parágrafos 8º e 9º, também questionados, dispõem que as medidas adotadas não podem prejudicar atividades essenciais e serviços públicos, a serem definidos em decreto pelo Presidente da República.

O Ministro Marco Aurélio, Relator, deferiu em parte a liminar, para fins pedagógicos, como registrou, com o objetivo de esclarecer que a interpretação da referida lei deveria

7 Esses os dispositivos da Lei no 13.979/20 (com a redação da MP 926/20) impugnadas na ADI 6341: “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: I – isolamento; II – quarentena; (...) 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.”

considerar a competência constitucional concorrente, observando que o próprio *caput* do art. 3º da lei registra que as medidas serão adotadas pelas “autoridades, no âmbito de suas competências”. Em 15.04.2020 o Plenário referendou a liminar acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Ficou decidido na ocasião que o Ministro Edson Fachin redigiria o acórdão, que ainda não está disponível. Nada obstante, o Ministro Edson Fachin divulgou seu voto para a imprensa⁸ e é possível confirmar ali, como já se podia observar dos debates durante o julgamento, que uma diretriz nova – ao menos não anteriormente explicitada nesses termos pela Corte – foi firmada em relação à interpretação do art. 23 da Constituição, a saber: os entes locais não precisam de autorização da União, ou de ação prévia do ente central, para agir no contexto de competências comuns do art. 23. Confira-se alguns trechos do voto do Ministro Edson Fachin:

O presente caso revela muito bem a necessidade de definir urgentemente os contornos das competências dos entes da federação no âmbito do federalismo cooperativo da Constituição Federal. É intuitivo que medidas como o isolamento e a quarentena, que são recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, possam ser tomadas por todas as pessoas que tenham competência material para cuidar da saúde, nos termos do art. 23, II, da CRFB e, mais especificamente ainda, do art. 198, I, da CRFB.

No entanto, o parâmetro que tradicionalmente tem sido utilizado para regular as competências dos entes da federação é de primeiro identificar a matéria preponderante de que cuida a legislação, para só então identificar qual é o ente responsável. A solução dada pela identificação da primazia do interesse da regulação em determinado tema acaba por, não raro, premiar a inação do ente que o Tribunal entende ser competente.

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

A posição do Supremo Tribunal Federal deve ser, assim, a de exigir o cumprimento integral das obrigações do Estado: obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos fundamentais. Deve também, desde que não haja violação material à Constituição, abster-se de declarar a nulidade de leis estaduais e locais apenas por ofensa à competência dos demais entes.

A União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada “*presumption against preemption*” do direito norte-americano.

Essa forma de entender o papel do Supremo Tribunal Federal promove uma deferência com as escolhas políticas do Poder Legislativo. O Congresso

8 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-edson-fachin-aco-es-competencia.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública.

No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais. É evidente que essa proposição incentiva a produção normativa dos demais entes da federação, não como forma de descentralização que facilita a cooptação do poder pelas elites locais, mas como verdadeiro experimentos democráticos, isto é, o federalismo como um “laboratório social da democracia”, na feliz expressão do Justice Louis Brandeis.

A ADI 6343, por seu turno, foi ajuizada pela Rede Sustentabilidade questionando dispositivos do mesmo art. 3º da Lei nº 13.979/20, agora já alterados pelas MPs 926/20 e 927/20, também sob o argumento de violação da autonomia de Estados, DF e Municípios⁹. A ADI questiona, por exemplo, a exigência prevista no parágrafo 1º do art. 3º, no sentido de que “*As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde*”, solicitando interpretação conforme do dispositivo para afastar a exigência no caso de medidas adotadas por Estados e Municípios no exercício de suas competências constitucionais. Igualmente a ADI pede a interpretação conforme de dispositivos que exigem autorização de órgãos federais para a adoção de determinadas medidas, de modo a que tais exigências sejam afastadas no caso de medidas adotadas pelos demais entes federados no âmbito de suas competências constitucionais.

Em 06.05.2020 – cerca de 20 dias depois do julgamento da ADI 6341 referido acima –, o Tribunal, por maioria,

[...] concedeu parcialmente a cautelar para i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão.

O acórdão ainda não foi disponibilizado mas resta claro do resultado do julgamento que a mesma diretriz fixada no julgamento da ADI 6341 foi aqui confirmada pela Corte, daí

9 Esses os pedidos principais formulados na referida ADI: “c) Julgamento pela procedência desta ADI, para declarar: i. a inconstitucionalidade do trecho “e intermunicipal” do artigo 3º, inciso VI, alínea “b”, da Lei n 13.979, de 2020, conforme a redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020. ii. a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: i. do trecho “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde” do §1º do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais; ii. do §6º do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais; e iii. do trecho “desde que autorizados pelo Ministério da Saúde” do §7º, inciso II, do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais.” Essa a redação dos dispositivos legais questionados na ADI 6341: “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: (...) b) locomoção interestadual e intermunicipal; (...) § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. (...) § 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput. § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: (...) 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.”

por que se consideraram inválidos os dispositivos da lei - art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, - que pretendiam submeter iniciativas de Estados, DF e Municípios no enfrentamento da pandemia a manifestações prévias de órgãos ou entidades federais. Além disso, nessa mesma linha, se observou que todos os entes precisam justificar suas iniciativas no âmbito de suas competências comuns, inclusive com a apresentação de justificativas técnicas prévias, mas os entes locais não precisam se submeter a decisões dos órgãos técnicos da União, podendo valer-se de outras fontes para esse fim.

Essa mesma diretriz já havia sido aplicada em decisão liminar pelo Ministro Alexandre de Moraes em 08 de abril de 2020, no âmbito da ADPF 672:

Por outro lado, em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão à requerente no tocante ao pedido de concessão de medida liminar, “para que seja determinado o respeito às determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração”. A adoção constitucional do Estado Federal gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas, que pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a conseqüente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de “maneira explícita”, como bem ressaltado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, ao conceder medida acauteladora na ADI 6341, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”. Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID19 mortality and healthcare demand, vários autores).

Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, concedo parcialmente a medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário

desta Suprema Corte, com base no art. 21, V, do RISTF, para 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 geral da união para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.¹⁰

Parece razoável concluir desses dois julgamentos levados a cabo pelo Plenário do STF, no âmbito das ADIs 6341 e 6343, que a Corte de fato entende que tal diretriz deve orientar a interpretação das competências comuns do art. 23, e talvez também das competências concorrentes do art. 24, como se verá. Parece razoável assumir também que essa nova diretriz será universalizada pela jurisprudência do STF, isto é: ela corresponde ao entendimento do STF na matéria e deve ser aplicada na interpretação das competências comuns como um todo. Parece útil, assim, examinar desde logo algumas questões que surgirão da sua aplicação uma vez que se considere outros cenários envolvendo competências comuns do art. 23 no contexto do próprio sistema constitucional.

2.2 A nova diretriz fixada pelo STF: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns. Cenários possíveis de aplicação e questões a considerar

As decisões do STF referidas acima examinaram de forma específica o tema da saúde pública em relação ao qual a Constituição prevê, como descrito inicialmente, tanto competência político-administrativa comum, para a prática de atos e prestação de serviços (art. 23, II), quanto competência legislativa concorrente na matéria (art. 24, XII). As manifestações dos Ministros nem sempre distinguem claramente os diferentes tipos de competência envolvidos na discussão – se político-administrativas ou legislativas – já que, na hipótese, a distinção não era necessária.

Ocorre, porém, que essa coincidência entre competências político-administrativas e legislativas não se verifica em relação a todos os incisos do art. 23 ou do art. 24. Em relação a alguns deles, embora haja competência comum político-administrativa, a competência legislativa é reservada a outro ente, em geral à União. Assim, embora o art. 23 atribua aos entes ali previstos competência para cuidar da assistência pública (inciso II), compete privativamente à União legislar sobre seguridade social (art. 22, XXIII): se eventuais iniciativas dos entes federados sobre o tema da assistência pública envolverem o sistema de seguridade social talvez já se ingresse na esfera da União.

Assim, para além da hipótese examinada pelo STF – na qual o mesmo tema é previsto como competência comum (político-administrativa) e concorrente (legislativa) – é possível

¹⁰ O voto do Ministro Alexandre de Moraes está disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

cogitar de um outro cenário diverso no qual a competência político-administrativa comum não é acompanhada de correspondente competência legislativa concorrente e há omissão legislativa do ente com competência legislativa. Um outro cenário relevante envolve a posição dos Municípios que, embora partilhando das competências político-administrativas do art. 23, não foram expressamente incluídos na partilha legislativa do art. 24, cabendo-lhes suplementar a legislação dos demais entes (art. 30, II) e legislar sobre interesse local (art. 30, I). Como eles poderão desenvolver suas competências do art. 23 no caso de inexistir norma com fundamento na qual as políticas possam ser desenvolvidas, por omissão dos entes com competência legislativa? Por fim, qual o impacto da nova diretriz do STF sobre a competência da União para editar leis complementares de que trata o art. 23, parágrafo único? Examine-se cada um dessas questões.

a) Competência político-administrativa comum sem competência legislativa correspondente e omissão legislativa do ente competente

Como já referido, algumas das competências político-administrativas comuns de que trata o art. 23 da Constituição não têm uma previsão correspondente no art. 24 relativamente à competência legislativa, ou seu exercício pode repercutir sobre competência legislativa privativa de outro ente, em geral da União, que recebeu da Constituição, como é corrente, o maior número de competências legislativas dessa natureza. Ou seja: os entes federados podem praticar atos e prestar serviços relacionados ao assunto, por conta do art. 23, mas não estão autorizados a legislar sobre a matéria subjacente. Com que fundamento normativo então tais atos e serviços serão levados a cabo?

O ponto é relevante por conta do princípio da legalidade e vale fazer uma breve observação sobre ele antes de prosseguir. A atividade político-administrativa dos entes federados dará execução àquilo que tenha sido previsto – ou no mínimo delineado ou autorizado – pelo Legislativo mediante discussão e deliberação dos parlamentares. Em momentos de emergência pública, como é o caso da pandemia, é natural que o Poder Executivo seja o protagonista de boa parte das políticas a serem implementadas, inclusive da iniciativa legislativa acerca das políticas propostas.

Esse protagonismo, porém, não afasta as exigências constitucionais acerca da legalidade – tanto como garantia individual (art. 5º, II) quanto como princípio da Administração Pública (art. 37, *caput*) – e nem transforma o Legislativo em mero expectador passivo das ações do Executivo. Não custa lembrar que a garantia da legalidade não veicula apenas uma formalidade; é por meio dela que elementos essenciais do sistema constitucional são protegidos e promovidos, como democracia, isonomia e segurança jurídica. Além disso, é justamente em momentos sensíveis e de emergência que as utilidades do sistema de separação de poderes e dos mecanismos de controles recíprocos se mostram mais evidentes e relevantes. Feito esse registro, retorne-se ao ponto.

A competência político-administrativa comum levará a cabo ações e iniciativas que visam a dar execução a decisões políticas que foram tomadas previamente no âmbito de algum instrumento normativo pelo Legislativo do ente competente para tanto. Mas se o ente federado com competência político-administrativa não recebeu da Constituição competência legislativa para tratar do assunto, como esse problema pode ser resolvido?

Tradicionalmente se responde a essa pergunta remetendo a atividade político-administrativa de um ente federado às normas eventualmente editadas por outro ente, a saber: aquele que tem a competência legislativa na matéria. Assim, os entes com competência

político-administrativa comum utilizam como fundamento normativo para suas atividades as normas editadas por ente diverso, que detêm a competência legislativa. Essa é certamente uma possibilidade que não enseja maior dificuldade e ocorre rotineiramente. A dúvida que se coloca é como aplicar a nova diretriz do STF nesse ambiente se não houver sido editada norma na matéria pelo ente competente. Explica-se melhor.

Nas decisões mencionadas acima, o STF entendeu que a competência político-administrativa dos entes de que trata o art. 23 poderá ser exercida independentemente de iniciativa prévia ou autorização da União, de tal modo que a omissão do ente central não se torne óbice ao desempenho dos poderes-deveres ali previstos. Naturalmente que a aplicação dessa diretriz não terá o condão de afastar a exigência da legalidade para o exercício das competências do art. 23. Como lidar, portanto, com a omissão do ente que detêm a competência para legislar sobre o assunto?

Se a hipótese envolver alguma das competências legislativas concorrentes do art. 24, a eventual omissão legislativa da União sobre o tema poderá ser superada pelos Estados e DF nos termos já regulados pelos parágrafos do dispositivo. Bastará a eles editar normas sobre o tema e, na sequência, implementar os atos e políticas que considerarem próprios com fundamento nessas normas.

Assim, por exemplo, caso a União não houvesse editado norma geral para o enfrentamento da pandemia, os Estados e o DF poderiam editar normas sobre o assunto nos termos do que prevê o art. 24, § 3º: *“Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”*. E, com fundamento em tais normas, praticar os atos necessários. Os Municípios poderiam igualmente praticar atos com fundamento nas normas de seus Estados ou editar sua própria legislação com fundamento em eventual interesse local ou suplementando a norma estadual, para, na sequência, praticar os atos pertinentes.

Entretanto, se o tema se insere, do ponto de vista legislativo, no âmbito das competências privativas da União, a possibilidade de os entes desenvolverem políticas nos termos do art. 23 sem qualquer legislação anterior editada pela União revela-se mais problemática. Os demais entes não teriam competência legislativa para disciplinar o assunto e não poderiam praticar atos sem previsão legal, como já observado. Quais seriam os encaminhamentos possíveis? Já se pode cogitar de alguns que merecem desde logo reflexão por parte da doutrina de modo a contribuir para eventual debate e decisão que venha a ser tomada pela Corte.

O STF, claro, pode decidir restringir a aplicação da diretriz referida acima apenas às hipóteses nas quais os entes tenham, simultaneamente, competência legislativa concorrente e político-administrativa comum. Ou, de forma ainda mais restrita, apenas ao tema da proteção da saúde. Caso essa seja a solução adotada, a omissão do ente com competência legislativa teria afinal o condão de efetivamente impedir o exercício das demais competências político-administrativas dos entes – salvo no caso da saúde ou quanto haja coincidência entre competências político-administrativas e legislativas –, o que parece ser exatamente o que o STF gostaria de evitar. Talvez, porém, o entendimento da Corte se dirigisse apenas ao tema da saúde no contexto da pandemia: apenas o tempo poderá confirmar qual a extensão da compreensão do STF acerca da matéria.

Um segundo encaminhamento possível seria a aplicação analógica, nesse contexto, dos parágrafos do art. 24 da Constituição para a superação da omissão legislativa do ente com competência para tanto, frequentemente a União. Ou seja: os Estados e o DF poderiam editar normas sobre tema de competência legislativa privativa da União enquanto não existente norma nacional. O voto do Ministro Edson Fachin parece sugerir uma solução nesse sentido na medida em que S. Exa. afirma que a omissão da União não poderia impedir o desenvolvimento

das competências comuns, podendo o ente central, caso deseje, vir a editar norma geral, nos termos do art. 24, ou lei complementar, nos termos do art. 23, para regular a matéria.

Uma terceira possibilidade de encaminhamento envolve uma ampliação da compreensão acerca das competências normativas que tradicionalmente se reconhece estarem implícitas no exercício das competências político-administrativas. Esse encaminhamento pode ser capaz de solucionar situações sobretudo nas quais não haja uma omissão absoluta do ente com competência legislativa na matéria, mas normas excessivamente genéricas ou omissões parciais.

Com efeito, independentemente de quem seja o ente competente para legislar sobre determinada matéria, o exercício em si de competências político-administrativas demanda muitas vezes a edição de leis e não apenas a prática de atos por parte da Administração Pública. Assim, por exemplo, a criação de uma carreira pública para prestar determinado serviço, a previsão de vagas a serem preenchidas por concurso, a criação de uma paraestatal para desenvolver uma atividade, dentre outras tantas possibilidades, são providências que, antes dos atos concretos, dependem de previsão em lei formal¹¹.

Em geral essa competência normativa implícita é descrita como aquela que seja necessária à organização dos serviços e das políticas que serão desenvolvidos pelo ente no âmbito de sua auto-organização e autoadministração, não avançando, porém, para disciplinar a matéria de fundo. Cogita-se, portanto, de duas espécies de competências normativas. Em primeiro lugar, a competência legislativa original – a cargo do ente federado que recebeu a competência legislativa da Constituição – para definir como o assunto será regulado e, eventualmente, que tipo de intervenção o Poder Público desenvolverá nesse contexto. E, em segundo lugar, uma competência normativa secundária, derivada ou subordinada que será desenvolvida pelos entes federados com competência político-administrativa no particular, por meio da qual a atividade do Poder Público será afinal organizada para executar aquilo que a norma original tenha definido¹².

A verdade, porém, é que esse limite não é preciso e a distinção, de um lado, entre a legislação secundária, derivada ou subordinada, necessária para permitir o desenvolvimento da política, e, de outro, a legislação original a cargo do outro ente sobre o tema ao qual a política se relaciona pode envolver fronteiras com alguma permeabilidade. A aplicação da diretriz fixada pelo STF acerca das competências comuns pode eventualmente exigir, diante da omissão legislativa do ente que seja competente para disciplinar a matéria, que essa competência normativa implícita seja reinterpreta e ampliada enquanto a omissão legislativa perdurar.

b) Os Municípios

Um segundo cenário no qual a aplicação da diretriz fixada pelo STF poderá ensejar alguma perplexidade envolve a posição dos Municípios em relação a suas competências legislativas: a competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, de que trata o art. 30, II, e para legislar sobre interesse local, do inciso I do mesmo artigo. Considerando-se o mesmo cenário acima – a saber: o Município tem competência político-

11 Em um precedente antigo – *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. (17 U.S.) 316 (1819) –, a Suprema Corte dos EUA destacou a ideia elementar que sustenta a existência de competências implícitas, e que pode ser sintetizada da seguinte forma: quem dá os fins dá os meios. Se a Constituição confere uma incumbência a um ente, presume-se que ele possa se valer de todos os meios que, razoáveis e não proibidos, lhe permitam se desincumbir da sua tarefa.

12 V. MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, n. 14, pp. 97-113, out./dez. 2006, p.108, para quem “toda competência material acompanha algum grau de competência legislativa, por exemplo, para determinar os órgãos ou pessoas responsáveis pela sua execução e fixar tarifas, metas e procedimentos ligados à atividade”.

administrativa comum na matéria nos termos do art. 23, mas a competência legislativa privativa é da União (ou do Estado, embora essa hipótese seja menos provável), que não edita norma na matéria – como aplicar a diretriz que o STF sugere no sentido de que os entes locais não precisam de manifestação prévia da União para agir no contexto de suas competências comuns?

Caso se venha a entender pela aplicação analógica do art. 24 a tal hipótese, como se cogitou acima, o Estado poderia legislar sobre matérias de competência privativa da União enquanto a omissão legislativa deste perdurar. Se o Estado ao qual o Município pertence edita norma na matéria, o Município poderá valer-se dessa legislação para levar a cabo sua política pública ou mesmo editar norma própria, suplementando a norma estadual, com fundamento na qual seus atos poderão ser praticados. O problema restará resolvido. Também se aplica aos Municípios a possibilidade de que se cogitou acima acerca de uma eventual compreensão mais ampla das competências normativas implícitas necessárias à realização das próprias competências político-administrativas.

Suponha-se, porém, que a União realmente não legisla nem o Estado: há uma omissão legislativa. Os Municípios, como referido acima, não foram incluídos na competência legislativa concorrente do art. 24. Poderiam eles, ausentes normas da União e do Estado, com fundamento na competência legislativa suplementar do art. 30, II, e no seu interesse local de desenvolver as atividades de sua competência previstas no art. 23, editar normas sobre o assunto? Ou seja: até que sejam editadas normas pela União e/ou pelo Estado, poderia o Município sanar tal omissão legislativa de modo a poder validamente prestar os serviços e praticar os atos necessários à realização das competências comuns de que trata o art. 23? Quais seriam os impactos dessa possibilidade de encaminhamento da questão?

Ao fixar a Tese de Repercussão geral 145, em decisão proferida em 09.03.2015, o STF subordina o exercício da competência do art. 30, II, a uma harmonia com as normas dos demais entes, embora não se tenha cogitado da hipótese de inexistirem normas dos demais entes. Essa a redação da tese firmada pela Corte, que trata de matéria ambiental:

O município é competente para legislar sobre meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal).

No caso de ausência de legislação nacional ou estadual, porém, eventual legislação municipal não promoveria, a rigor, qualquer “desarmonia” com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados pela razão, singela, de que inexistente tal disciplina.

Independente da competência legislativa suplementar do art. 30, II, é certo que aos municípios resta sempre a competência para legislar sobre assuntos de interesse local de que cuida o art. 30, I, e, com fundamento em tal legislação, poderá eventualmente praticar os atos necessários à realização da competência comum de que trata o art. 23. Assim, a universalização da diretriz fixada pelo STF no contexto que se acaba de descrever demanda o exame da seguinte questão: a ausência de normas dos demais entes – aos quais a Constituição atribuiu a competência legislativa para disciplinar determinada matéria – autoriza os Municípios, com fundamento em suas competências legislativas próprias (art. 30, I e II), e particularmente por conta do interesse local, a editarem normas que viabilizem o exercício de suas competências político-administrativas do art. 23, enquanto perdurar a omissão legislativa do ente competente? A conferir.

c) E a lei complementar?

Uma última questão a considerar acerca da diretriz fixada pelo STF envolve sua relação e possível impacto sobre a competência legislativa da União de que trata o parágrafo único do art. 23 para regular a cooperação dos entes no desempenho das competências ali previstas, tendo em vista “o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”. Poderia a União, em lei complementar regulando a cooperação sobre determinado tema do art. 23, subordinar ou condicionar a atuação dos demais entes a alguma decisão ou iniciativa federal? Ou a manifestação técnica de órgão ou entidade da União? A pergunta é: a diretriz fixada pelo STF nos julgamentos descritos acima limita o legislar complementar no exercício da competência do art. 23, parágrafo único?

Há poucas manifestações da Corte sobre o parágrafo único do art. 23 da Constituição, mas no segundo semestre de 2019 o STF declarou a invalidade de norma estadual que pretendia impor aos Municípios uma espécie de adesão compulsória aos planos do Estado em matéria de saúde, educação e transporte destacando que

5. A redução da esfera volitiva do administrador local à mera chancela das decisões estaduais foge a toda lógica constitucional e viola o princípio federativo. Igualmente, é incompatível com a moldura normativa da Constituição a ideia de convênios com os Municípios como meio único e inescapável para o exercício das competências estaduais em saúde, educação e transporte.

A Corte rejeitou o argumento de inconstitucionalidade formal da norma estadual por usurpação da competência da União prevista no art. 23, parágrafo único, por entender que a competência em questão não impede que os entes, voluntariamente, estabeleçam fórmulas de cooperação:

1. O artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal reservou à lei complementar a disciplina da cooperação interfederativa, mas não veda que União, Estados, Municípios e Distrito Federal recorram à utilização de instrumentos negociais para a salutar racionalização e coordenação das suas atividades, em conformidade com a perspectiva consensual e pragmática da Administração Pública contemporânea em sua vertente gerencial.¹³

A Corte estabeleceu algumas distinções nesse julgamento: (i) os entes podem voluntariamente organizar modelos de cooperação; (ii) o Estado não pode impor modelos de cooperação compulsória aos Municípios; (iii) a competência para disciplinar a cooperação interfederativa é da União, nos termos do art. 23, parágrafo único. Não foi discutido na ocasião, porém, quais seriam os eventuais limites dessa competência legislativa da União.

Parece natural que a norma editada com fundamento no art. 23, parágrafo único, terá de veicular algum grau de compulsoriedade sob pena de ser inútil, já que os entes podem voluntariamente se organizar para fins de cooperação: não haveria, a rigor, necessidade de uma lei complementar nacional para esse fim. A questão que em algum momento haverá de ser examinada é quais são os limites dessa possível compulsoriedade e se a diretriz firmada

¹³ Trata-se da ADI 3.499, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05.12.2019, que tem a seguinte ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Artigo 280 da constituição do estado do espírito santo. Obrigação de celebração de convênio entre estado e municípios para a execução de obras públicas relacionadas a educação, saúde e transporte. Alegação de usurpação da competência privativa da união para editar lei complementar fixando normas para cooperação entre entes federativos. Inexistência. Violação do princípio federativo, pela supressão da prerrogativa de autoadministração. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgado procedente o pedido.”

pelo STF nas decisões descritas acima representa um desses limites a ser observado pelo legislador complementar nacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No julgamento das cautelares no âmbito das ADIs 6341 e 6343 o STF fixou uma nova diretriz para a compreensão do federalismo cooperativo brasileiro que pode ser assim enunciada: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns do art. 23. Tais decisões foram proferidas quando do exame da validade de dispositivos da Lei nº 13.979/20, que regula o enfrentamento da pandemia de covid-19. Por natural, as discussões travadas pela Corte giraram sobretudo em torno da competência comum de que trata o art. 23, II – cuidar da saúde – em relação à qual há igualmente competência legislativa concorrente (art. 24, XII).

Nem todas as competências do art. 23, porém, são acompanhadas de competências legislativas concorrentes. Dois cenários nos quais a universalização da diretriz referida demandará outras reflexões, sobretudo para compatibilizá-la com a garantia do princípio da legalidade, são as seguintes: (i) a hipótese em que o ente tem competência político-administrativa comum, mas não recebeu a competência legislativa concorrente e há omissão do ente competente para legislar sobre a matéria – com fundamento em que norma a competência comum poderá ser exercida?; e (ii) a situação do Município, titular das competências comuns do art. 23, diante da eventual omissão legislativa da União e do Estado – também aqui, com fundamento em que norma o Município poderá desempenhar suas competências do art. 23?

Por fim, uma questão que a diretriz fixada pelo STF também enseja diz respeito a sua relação com a competência da União prevista no parágrafo único do art. 23, para estabelecer normas para a cooperação entre os entes. Poderia a União editar lei complementar subordinando ou condicionando a atuação dos demais entes no âmbito de alguma competência do art. 23 a decisões suas? Ou a diretriz referida veicularia um limite ao legislador complementar nacional?

Considerando o papel central do STF de uniformizar a interpretação da Constituição, cada vez com caráter mais impositivo e mesmo vinculante, é natural esperar que essa nova diretriz – a saber: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns – venha a ser universalizada. Assim, é da maior relevância que a doutrina examine desde logo as questões que inevitavelmente terão de ser enfrentadas no contexto da universalização desse entendimento firmado pela Corte.

REFERÊNCIAS

FALCÃO, Joaquim e outros. *Il Supremo em Números – O STF e a Federação*, In: FGV DIREITO RIO – Série Novas Ideias em Direito, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11056>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, p. 245-251, 1995.

LABANCA, Marcelo. *Jurisdição constitucional e federação*, São Paulo: Elsevier, 2009.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, n. 14, pp. 97-113, out./dez. 2006.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O Município e o federalismo: participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e o futuro: prospectiva sobre aspectos da instituição estatal. In: *A reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-40.

TAVARES, André Ramos. Normas gerais e competência legislativa concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.73/74, jan./dez. 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Recebido em: 10/09/2020

Aprovado em: 11/12/2020

Como citar este artigo (ABNT):

BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.166-181, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-10.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.