

## A JURISPRUDÊNCIA DO STF FRENTE À REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE ENTES FEDERATIVOS EM CENÁRIO DE PANDEMIA: REFORÇO DA PROGNÓSE E DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ACCOUNTABILITIES PARAMÉTRICO-CONSTITUCIONAIS?

### *THE STF'S JURISPRUDENCE REGARDING THE DIVISION OF COMPETENCES AMONG FEDERAL ENTITIES IN A PANDEMIC SCENARIO: REINFORCEMENT OF THE PROGNOSIS AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS PARAMETRIC-CONSTITUTIONAL ACCOUNTABILITIES?*

Lisianne Sabedra Ceolin<sup>1</sup>

Aneline dos Santos Ziemann Lucio<sup>2</sup>

**Resumo:** o artigo analisa os parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal para decidir ações que envolvem a repartição de competências legislativas e materiais entre os entes federativos, no contexto da pandemia da Covid-19, de modo a verificar se houve alteração da jurisprudência da Corte durante a crise sanitária. Para atingir tal objetivo, os passos metodológicos compreendem o exame de julgados da Corte, proferidos durante a pandemia e em período anterior à crise sanitária, tendo por objeto a repartição de competências entre os entes federativos, conjugado com o exame de fontes bibliográficas pertinentes ao tema, com abordagem indutiva e dedutiva. A hipótese defendida neste ensaio caminha na direção de que as decisões do STF têm sido norteadas, com força notável, pela máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, em especial, à vida e à saúde, com toda a carga de dignidade que lhes é inerente, o que se dá aliado à prognose, à coerência e à integridade como *accountabilities* paramétrico-constitucionais. A conclusão a que se chegou foi a de que nas decisões adotadas frente à pandemia se manteve como vetor decisório a busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais (preponderância da norma mais protetiva) aliado à predominância do interesse nacional, regional ou local e pela preservação do equilíbrio federativo cooperativo.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; repartição de competências legislativas e materiais; pandemia; efetividade dos direitos fundamentais; prognose.

**Abstract:** *The article analyzes the parameters adopted by the Federal Supreme Court to decide actions that involve the distribution of legislative and material powers between the federative entities, in the context of the Covid-19 pandemic, in order to verify whether there was a change in the Court's jurisprudence during the sanitary crisis. In order to achieve this objective, the methodological steps include the examination of the Court's judgments, delivered during the pandemic and in the period prior to the health crisis, with the object of sharing competences among federal entities, combined with the examination of bibliographic sources relevant to the*

<sup>1</sup> Professora Associada da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA - Campus São Borja, RS, Brasil), Doutora, Mestre e Bacharela em Direito.

<sup>2</sup> Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora Adjunta da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA - Campus São Borja, RS, Brasil), Doutora, Mestre e Bacharela em Direito.

*topic, with an inductive and deductive approach. The hypothesis defended in this essay goes in the direction that the decisions of the STF have been guided, with observed force, by the efficiency and the effectiveness of fundamental rights, in particular, to life and health, with all inherent to the burden of dignity, the which goes hand in hand with prognosis, coherence and integrity as parametric-constitutional accountabilities. The conclusion reached was that in the decisions taken in the face of the pandemic, the search for the maximum effectiveness of fundamental rights (preponderance of the most protective rule), coupled with the predominance of national, regional or local interest and the preservation of cooperative federative balance.*

**Keywords:** *Constitutional jurisdiction; allocation of legislative and material powers; pandemic; effectiveness of fundamental rights; prognosis.*

## 1. Introdução

A situação de emergência em saúde pública, declarada em fevereiro de 2020, pelo Ministério da Saúde, fez do Brasil palco não somente de uma crise sanitária sem precedentes recentes – com todas as tragédias a ela inerentes – mas também de embates judiciais que colocaram à prova o chamado federalismo cooperativo, certamente de há muito objeto de conflitos, mas que neste cenário se avolumaram em número de demandas e em representatividade (no sentido de “liberação” ou “proibição” de estratégias) para a gestão das medidas de combate à pandemia.

Exemplo de um entre os inevitáveis e inúmeros efeitos jurídicos causados pela emergência da pandemia foi a edição da lei nº. 14.010, de 10 de junho de 2020, conhecida como "Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET)", normativa editada na tentativa de estabelecer uma espécie de "regime jurídico privado paralelo" específico para tratar das demandas nascidas do caos ocasionado pela pandemia.

A Covid-19, com a urgência típica gerada por uma calamidade, exigiu procedimentos céleres e assertivos por parte do Poder Público, infelizmente não adotados em muitas regiões do país, tampouco de forma coordenada em âmbito nacional. Em meio à crise sanitária, que por sua natureza requer atuação a partir de dados científicos, uma onda negacionista acabou se somando ao cenário já caótico, representada, principalmente, pelo questionamento a diretrizes da Organização Mundial de Saúde (OMS) e do próprio Ministério da Saúde. O panorama forjado deu lugar, de igual sorte, a uma acentuada crise política, e o enfrentamento à pandemia ganhou como atores, também, embates entre entes federativos, ponto do qual se ocupa o presente escrito.



Não bastassem a insegurança e angústia que uma doença pandêmica naturalmente gera à população, passou-se a assistir a uma verdadeira guerra de leis, medidas provisórias e decretos<sup>3</sup> – estes últimos federais, estaduais e municipais – com conteúdos divergentes no que pertine a regras de isolamento/distanciamento social, funcionamento, proibição e restrições de atividades das mais variadas naturezas, nos âmbitos público e privado.

Frente a tal quadro, o Supremo Tribunal Federal (STF), em função de suas competências constitucionais, tem sido provocado diuturnamente, através de lides que questionam *quem pode o quê* ou *quem deve o quê* em termos de medidas de enfrentamento à pandemia, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, reclamações e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

O objetivo deste artigo consiste em analisar quais foram, no decorrer do ano de 2021, durante a pandemia, os parâmetros adotados pelo STF (a partir do texto constitucional, por certo), e se houve alteração na orientação da Corte, tida como conservadora nesta matéria. Predominância do interesse? Normativa mais protetiva à pessoa humana? Interpretação extensiva do conceito de normas gerais? Ou conjugação de todas estas posições?

Para alcançar tal desiderato, os passos metodológicos compreendem o exame de julgados da Corte, proferidos durante a pandemia (mais especificamente entre 2020 e 2021) e em período anterior à crise sanitária, todos tendo por objeto a repartição de competências entre os entes federativos, conjugado com o exame de fontes bibliográficas pertinentes ao tema, com abordagem indutiva e dedutiva.

A hipótese defendida neste breve ensaio caminha na direção de que as decisões do STF, no período, foram norteadas com força notável, pela máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, em especial, à vida e à saúde, com toda a carga de dignidade que lhes é inerente, o que se dá aliado à prognose, à coerência e à integridade como *accountabilities* paramétrico-constitucionais.

## **2 Algumas notas sobre a jurisprudência do STF em conflitos envolvendo distribuição de competências entre entes federativos**

---

<sup>3</sup> A título de exemplo, são os cerca de 90 decretos estaduais emitidos pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul instituindo medidas de combate à pandemia. (DECRETOS ESTADUAIS, 2021)



A afirmação de que o STF mudou sua própria jurisprudência em matéria de conflitos de competência entre entes federativos tem sido corrente nas análises atuais sobre o tema.<sup>4</sup> De fato, se verificadas as decisões da Corte proferidas antes da pandemia, constata-se uma prevalência de posicionamentos que colocam a invasão de competências da União como razão para a inconstitucionalidade de normas estaduais, distritais e municipais.

Entretanto, os fundamentos de tais decisões não destoam dos que foram utilizados nas proferidas pelo Tribunal no período de calamidade pública provocada pela Covid-19, razão pela qual nos inclinamos a concordar com a predominância, no contexto analisado, de desfechos que garantam a máxima efetividade dos direitos fundamentais, como explicitado no item seguinte deste escrito. Por ora, importa trazer exemplos de demandas decididas recentemente, mas antes da pandemia ou sem relação com a situação de emergência, de modo a verificar o viés interpretativo nelas presente.

Importante esclarecer que a análise que se traça não possui o rigor metodológico de um levantamento completo e com recorte temporal preciso. Trata-se, na verdade, de um primeiro olhar, que certamente requer aprofundamentos, mas que, mesmo diante de tal circunstância, permite conclusões que podem ser reputadas como válidas. Serão objeto de exame, neste momento, decisões proferidas pelo STF, nos anos de 2019 e 2020, portanto, em período anterior à pandemia, ou já no seu curso, mas neste último caso, sem relação com a declaração de emergência em saúde pública.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.696, com decisão datada 25 de outubro de 2019, o Tribunal, por unanimidade, declarou inconstitucional a Emenda Constitucional 44/2000, do Estado de Minas Gerais, a qual determinava a dispensa de alvará ou outro licenciamento para o funcionamento de templo religioso e proibia a limitação de caráter geográfico à sua instalação. Em seu voto, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, assentou não somente a ofensa a normas da União, mas também a invasão à competência municipal, destacando que muito embora “os Estados-Membros detenham a competência para editar legislação suplementar em matéria urbanística (art. 24, I, da CF), impõe-se reconhecer o protagonismo que o texto constitucional conferiu aos Municípios em matéria de política

---

<sup>4</sup> Como exemplo, conferir posicionamento de Ana Paula de Barcellos em artigo intitulado “Prognósticos para o Direito Constitucional pós Covid-19: Estados, DF e Municípios mais relevantes na produção normativa?”. **Portal Migalhas**, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325499/prognosticos-para-o-direito-constitucional-pos-Covid-19-estados-df-e-municipios-mais-relevantes-na-producao-normativa>>. Acesso em: 02 jun. 2020.



urbana”. Neste passo, a conclusão caminhou no sentido de que “a norma editada pelo Estado de Minas Gerais exorbitou da sua competência, a um só tempo: (a) contrariando as normas gerais editadas pela União; e (b) avançando sobre área de interesse eminentemente local, e portanto, de competência dos Municípios [...]” (BRASIL-A, ADI nº. 5.696, 2019)

Nesta senda, vale dizer que não é possível negar a predominância de competências atribuídas à União na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Deve ser considerado, porém, como adverte Fernanda Dias Menezes, que, “realisticamente, a preponderância da União no federalismo contemporâneo é um dado com que se tem de aprender a conviver. O que é preciso impedir é uma hegemonia do poder federal que desnature o sistema” (ALMEIDA, 2013, p. 75). A este respeito importa lembrar que a Constituição Federal de 1988 instituiu um molde cooperativo de federalismo a ser alcançado mediante um equilíbrio volátil, de certa maneira até mesmo avesso à rigidez da partilha de competências. (KRELL, 2008, p. 49)

Envolvendo a análise de fatos/situações que configurariam, ou não, matéria inerente a determinado ramo jurídico, cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.838, julgada em novembro de 2019, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei n. 5.694, de 2 de agosto de 2016, do Distrito Federal, que versava sobre a prevenção do desperdício de alimentos em supermercados e hipermercados. A conclusão foi a de que “ao dispor sobre a destinação de bens privados, estabelecendo restrições ao direito de propriedade, o legislador distrital legisla, portanto, sobre *direito civil*”, o que viola a competência privativa da União, prevista no art. 22, I, da CF/88. (BRASIL-B, ADI nº. 5.838, 2019)

Em semelhante trilha restou decidida a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.908, a qual teve como objeto a Lei complementar estadual 620/2011, com a redação dada pela Lei complementar 767/2014, do estado de Rondônia; o diploma versava sobre atribuição de prerrogativas processuais aos Procuradores de Estado, ponto que acabou entendido como *matéria processual* e, portanto, configurou invasão de competência privativa da União (art. 22, I, CF/88). (BRASIL-C, ADI nº. 5.908, 2019)

Observa-se que, nestas últimas ações mencionadas, a controvérsia envolveu determinações de quais atividades configurariam, ou não, matérias afeitas ao direito civil e ao direito processual, respectivamente. Mesmo com resultados que privilegiam a competência da União, não se vislumbra nos acórdãos uma fundamentação centralizadora como ponto chave. A análise de outras demandas que também envolvem o exame de situações que seriam objeto,

ou não, de determinado domínio jurídico, e nas quais as decisões caminharam em outra direção, permite visualizar tal afirmação.

Em fevereiro de 2020, a ADI nº. 3.336, também analisando questão que envolve o objeto de alcance de expressões (*recursos hídricos, águas e meio ambiente*), o STF decidiu pela constitucionalidade (parcial) da Lei n. 4.247, de 16 de dezembro de 2003, do Estado do Rio de Janeiro, a qual dispunha sobre a cobrança pela utilização dos recursos hídricos de domínio do Estado, sob o argumento de que o diploma questionado não ofendeu competência da União, mas representou exercício de atribuição concorrente (art. 24, incisos VI e VIII). Nesta oportunidade, prevaleceu o entendimento de que a normativa alvo da ação simplesmente regulamentou, em nível estadual, a cobrança pelo uso da água, sem incorrer em violação do texto constitucional. (BRASIL-D, ADI nº. 3.336, 2020)

Nesta última linha também restou conduzida a ADI 6.195 (decisão em 27 de março de 2020, já com pandemia declarada pela OMS, mas demanda sem relação com a Covid-19), proposta em face da Lei 19.128/2017, do Estado do Paraná, que dispôs sobre a venda e o consumo de bebidas alcoólicas nas arenas desportivas e estádios localizados no território estadual. A alegação do proponente foi a de que o referido diploma legal invadiu a competência da União para editar normas gerais em matéria de *consumo e desporto*, competência esta exercida pela União por meio da Lei n. 12.299/2010, que acresceu o art. 13-A, inciso II, ao Estatuto do Torcedor, com o objetivo de proibir o porte de bebidas alcoólicas em eventos esportivos. (BRASIL-E, ADI nº. 6.195, 2020)

A Corte, porém, entendeu que ao dispor sobre a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas em arenas desportivas e estádios de futebol, a Lei 19.128/2017 (Paraná) traduziu normatização direcionada ao torcedor espectador, equiparado pelo § 3º do art. 42 da Lei 9.615/1998, para todos os efeitos legais, ao consumidor. Em seu voto, o Relator, Min. Alexandre de Moraes, ponderou que a moldura genérica da normativa federal restou respeitada, tendo o legislador estadual definido, dentro das especificidades locais, quais bebidas seriam proibidas relativamente ao acesso e à permanência do torcedor no recinto esportivo; não se poderia, portanto, permitir “a validação de uma interpretação extensiva desautorizada pelo próprio texto do referido art. 13-A, II, e, mais importante, pela reserva de competência suplementar constitucionalmente conferida aos Estados-Membros.” (BRASIL-E ADI nº. 6.195, 2020)

As decisões sumariamente apresentadas permitem verificar que seus fundamentos transitam pela *predominância do interesse* (nacional, regional ou local), pelo *equilíbrio federativo*, pela *preponderância da norma mais protetiva* e por interpretações que ora ampliam ora restringem o alcance de expressões constantes no texto constitucional para considerar determinadas matérias de competência de um ou de vários entes federativos. Certamente, há outros critérios nos acórdãos visitados; para os fins deste escrito, porém, são suficientes os ora apontados, que possibilitam afirmar que é temerário concluir que a postura do STF, em termos hermenêuticos, seja *centralizadora*.

Importa agora examinar decisões adotadas no contexto da pandemia, de modo a verificar se a Corte *muda o tom*, ou não, frente a conflitos de competência entre entes federativos. Nosso objetivo é demonstrar que os fundamentos até aqui apontados para a interpretação não são excluídos, bem como que, no cenário pandêmico, como requer um panorama no qual a saúde resta em evidência, os direitos fundamentais e a prognose assumem papel ainda mais contundente.

### **3 Ponderações acerca de decisões que possuem a pandemia da Covid-19 como pano de fundo: parametricidade ancorada na máxima efetividade dos direitos fundamentais, prognose, coerência e integridade**

Com o advento da emergência em saúde pública, gestores foram instados a adotar medidas de mitigação do contágio pelo novo coronavírus, o que exigiu restrições e proibições ao exercício de direitos e liberdades, tendo em vista a preservação do interesse coletivo. As medidas geraram desconforto em vários setores, considerando efeitos negativos que naturalmente advêm de períodos de crise, e, em meio às inconformidades, no aspecto jurídico, questão que ganhou destaque, como já mencionado, foi a referente à distribuição de competências entre os entes federativos, sendo tal provocação levada à Corte Maior do país, que adotou uma linha de decisões coesas entre si, a qual se passa a abordar.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341, buscou-se a declaração de incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações promovidas no artigo 3º, cabeça, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. O vício ancorou-se na alegada afronta ao art. 23, II, da CF/88, que prevê a saúde como tema de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A alegação de ofensa foi

feita considerando que o art. 3º da citada MP referia-se às atribuições das autoridades quanto às medidas implementadas e estaria subtraindo competências constitucionais de estados, Distrito Federal e municípios, mas não foi verificado vício, posto que as competências de todos os entes restaram preservadas, no entendimento da Corte. (BRASIL-F, ADI nº. 6.341, 2020)

Com efeito, como pontuado pelo Relator na medida cautelar, Min. Marco Aurélio, as “providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.” Também merece destaque na decisão o fato de que houve deferimento, em parte, da medida acauteladora, com objetivo educativo, “para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”. A resolução ganhou referendo do Plenário. (BRASIL-F, ADI nº. 6.341, 2020)

Importante sublinhar, no que pertine ao referido dispositivo constitucional<sup>5</sup>, que tais competências “a bem da verdade, os diversos entes federados poderiam exercer como decorrência de sua autonomia política e administrativa.” Como adverte Almeida (2013, p. 116), “o que deve ser verificado, para fins de se aferir a maior presença das ordens periféricas nessa atuação concorrente é a sua maior ou menor independência no exercício dessas competências.” Tal ponto assume relevância extrema no cenário pandêmico, posto que as ordens periféricas adotaram medidas de prevenção e combate à contaminação pelo novo coronavírus e tal iniciativa, ou independência, restou questionada, vez que inexistente orientação uniforme em âmbito nacional.

Também se destaca no acórdão, fortemente, a indicação dos direitos fundamentais como parâmetros decisórios, o que pode ser verificado, por exemplo, em vários trechos do voto-vogal, proferido pelo Ministro Edson Fachin, o qual pontuou que o Estado garantidor dos direitos fundamentais não se esgota na União, mas tem assento, igualmente, nos estados-membros e nos municípios. Com tal argumento, Fachin salienta, ainda, que “a posição do Supremo Tribunal Federal deve ser, assim, a de exigir o cumprimento integral das obrigações do Estado:

---

<sup>5</sup> "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;  
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;  
[...]" (BRASIL, 1988)



obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos fundamentais” (BRASIL-F, ADI nº. 6.341, 2020).<sup>6</sup>

Em tempo, e a respeito da cooperação entre entes na proteção dos direitos fundamentais convém mencionar, que da mesma forma que há na repartição político-administrativa nacional uma conjugação de esforços nesse sentido, há também no âmbito da organização judiciária este mesmo esforço comum. Assim é que explica Ricardo Aronne a sobre o que chama de “[...] da “siamesa” forma de controle de constitucionalidade brasileira, que conjuga com sucesso ímpar, o método difuso com o concentrado. O Juiz de Direito da comarca de Cacimbinhas/RS, é juiz constitucional. O de Munique, não. ” (ARONNE, 2013, p. 163) Portanto, em termos de salvaguarda das disposições constitucionais, há que se entender pela comunhão de esforços não apenas no âmbito dos Poderes Executivos (locais, regionais e nacional), mas também na esfera de competência do Poder Judiciário.

Em reforço à defesa da máxima efetividade dos direitos fundamentais, calha referir a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 905), o qual, ao analisar competências em matéria ambiental, posiciona-se com concepção que se reputa plenamente aplicável em perspectiva socioambiental – como o próprio autor defende, abarcando também direitos sociais, como à saúde.

A harmonia do sistema legislativo nacional, a nosso ver, assimila tal compreensão, sob o pretexto maior de um sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais e realmente legitimado a partir de uma matriz normativa de índole democrático-participativa. Se o propósito de eventual medida legislativa editada pelo ente estadual ou mesmo pelo ente municipal é reforçar os níveis de proteção ou mesmo afastar eventual déficit ou lacuna protetiva verificada na legislação federal, tal atitude legislativa, por si só, deve ser vista de forma positiva.

O aperfeiçoamento do sistema de proteção dos direitos fundamentais, seja ele normativo, seja ele fático, deve sempre ser considerado como algo desejável do ponto de vista do ordenamento jurídico, inclusive em vista do princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais, expresso no art. 5º, §1º, da CF.

No que toca à hipótese de que a prognose, a integridade e a coerência, todas somente possíveis de ser interpretadas levando-se em conta a força normativa dos direitos fundamentais, constituem parâmetros para as decisões adotadas durante a pandemia (ora em exame, mas

---

<sup>6</sup> Tal posição é reafirmada em outro trecho do voto do Min. Edson Fachin: “A expressão democrática do federalismo realiza-se pela estrita adesão às regras constitucionais e, em especial, aos direitos e garantias fundamentais. O federalismo de fato promove maior profusão de normas, mas seja qual for o nível de governo que as promova têm sempre a mesma razão de existir: a concretização ampla dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL-F, ADI nº. 6.341, 2020)



conceitos não somente nestas presentes), o voto de Fachin faz referência a artigo de Stephen Holmes, publicado na *California Law Review*, em abril de 2009 (referência completa constante no voto), no qual se defende que todo profissional de saúde responsável por uma emergência sabe que é a adesão estrita aos protocolos médicos – e não a discricionariedade para deles se desviar – que promove uma melhor coordenação entre os profissionais. “O Estado Democrático de Direito garante também o que Madison chamava de liberdade pública: o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las: “os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações” (HOLMES, Stephen. *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*. *California Law Review*, v. 97, n. 2, Abril de 2009, p. 354).” (BRASIL-F, ADI nº. 6.341, 2020)

O dever de justificar<sup>7</sup> ações assume especial relevo quando se está frente a uma situação de emergência em saúde pública, justamente porque decisões apressadas e sem fundamentação técnica podem representar milhares de mortes (não somente neste contexto, mas principalmente em contextos como este). A esse respeito, as palavras de Lenio Streck (2019, p. 335) acerca da prognose são extremamente pertinentes; no caso em análise, além da distribuição de competências expressamente prevista na CF/88 e dos princípios informadores do Estado Democrático de Direito, impensável agir sem planejamento justificado:

[...] não são somente os preceitos e princípios que servem como parametricidade, mas, também, esse compromisso institucional de o legislador dever “contas” à sociedade (interesse público, portanto) nas suas atribuições de elaborar atos normativos *lato sensu*. Essa *accountability* paramétrico-constitucional é representada também – e esse é um aspecto relevante na nova composição de forças nas relações de Poderes nas democracias contemporâneas – pela obrigação de o Poder Legislativo<sup>8</sup> dizer quais as razões pelas quais elaborou, derogou ou alterou determinada lei. Ou porque se omite em regulamentar determinado tema constitucional.

Não é nova a análise feita à luz da prognose na jurisdição constitucional. Gilmar Mendes destaca sua utilização pela Corte Constitucional alemã, afirmando que, quando se verifica falhas de prognósticos, devem ser trilhados caminhos diversos, conforme o momento da possível constatação: “[...] a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início (*imAnsatzverfehlt*)” ou se se cuida de um erro de

<sup>7</sup> O tema da justificação pode ser encontrado também no Poder Judiciário. Quando se fala em decisões judiciais, e sobre o dever de motivação de tais decisões, convém mencionar a reflexão proposta por Frederico Montedonio Rego (2016), no sentido de que a própria legitimidade democrática do Poder Judiciário estaria vinculada a este dever, na medida em que é a partir da fundamentação das decisões que passa a ser possível validar constitucionalmente as razões expressadas pelo intérprete do Direito.

<sup>8</sup> Em sentido ampliado, qualquer Poder ao exercer atividade normativa, como função típica ou atípica.

prognóstico que somente se pode constatar *a posteriori*, após uma continuada aplicação da lei. No primeiro caso, o *déficit* de prognose enseja a nulidade da lei” (MENDES, 2000, p.10).

Importa recordar que democracia e soberania popular têm suas previsões, em países que adotam a jurisdição constitucional, sempre atreladas a disposições sobre formas de manifestação da vontade popular e a atuação dos órgãos representativos de tal vontade, devendo estes “agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Essas Constituições pretendem, portanto, que os atos praticados por esses órgãos de representação possam ser objeto de crítica e controle” (MENDES, 2000).

A questão da vedação ao retrocesso também é especialmente relevante quando se analisam as posições do STF; direitos fundamentais não são absolutos, por certo, mas não podem ser esvaziados ao sabor das conveniências de cada momento político<sup>9</sup>. Calha repetir que tanto as competências legislativas quanto as administrativas possuem previsão na Lei Maior, que permite a tarefa interpretativa, mas sempre a partir de suas previsões. A insistência nesta afirmação justifica-se pelo frequente recurso ao pseudoargumento de que decisões jurídicas consubstanciam escolhas político-ideológicas ou julgamentos morais, postura que deve ser refutada (no sentido de que assim não permite o ordenamento jurídico).

As Reclamações também foram as vias processuais eleitas para submeter ao STF conflitos de competência entre entes federativos. Na Recl. 39.871 (decisão em abril de 2020), de relatoria do Min. Roberto Barroso, a decisão reclamada havia declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 3º, VI, da Medida Provisória nº 926/2020, e reconheceu a validade do Decreto estadual nº 42.087/2020, que proibiu o transporte fluvial de passeio no Estado do Amazonas, como medida de combate à pandemia da Covid-19. (BRASIL, RECLAMAÇÃO nº. 39.871, 2020)

A constitucionalidade da MP 926/2020 já havia sido afirmada pelo STF. Assim, o Tribunal deferiu em parte a medida cautelar pleiteada tão-somente no que se refere à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 3º, VI, da referida MP. Frisou o Ministro Barroso, porém, que “tal comando não afeta o resultado prático do ato impugnado, permanecendo válida

---

<sup>9</sup> Estão, na verdade, "forma do comércio político", conforme expressão de Daniel Sarmento (2006, p. 58) e a salvo, inclusive, de interesses que podem se revelar majoritários.



a proibição ao transporte fluvial para fins de passeio no Estado do Amazonas”. (BRASIL, RECLAMAÇÃO nº. 39.871, 2020)

Observa-se no voto, embora não explicitamente, a incidência do princípio da predominância do interesse, o qual, na situação em análise, conjuga-se com outro critério, qual seja, o da legislação mais protetiva, geralmente aplicado em matéria ambiental, mas também cabível nesta situação, sendo aqui dirigido à saúde. Nesta linha, as palavras de Sarlet (2017, p. 891) auxiliam na compreensão:

É que a tendencial prevalência (não em termos de hierarquia) do interesse da União (na condição de interesse geral e nacional) poderá, a depender das circunstâncias e da matéria em causa, sofrer alguma correção, como, por exemplo, em matéria de proteção ambiental (seria possível usar argumento similar na área da saúde e da educação, entre outras), privilegiando-se uma exegese sistemática e teleológica, que – sempre atentando aos critérios da proporcionalidade quando em choque interesses e direitos de cunho fundamental – dê preferência à legislação e ação administrativa (que é do que aqui se trata) mais protetivo da pessoa humana e do meio ambiente no qual se insere e com o qual interage.

Os princípios democrático e de proibição do retrocesso integraram a base de fundamentação na análise da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.218, com decisão em 2019, com relatoria do Min. Celso de Mello, na qual se alegava a inconstitucionalidade de lei do estado do Rio Grande do Sul, a qual vedou pesca de arrasto na faixa marítima da zona costeira daquele estado. Neste caso, os fundamentos foram utilizados para reconhecer a constitucionalidade do diploma legal atacado. (BRASIL-G, ADI nº. 6.218, 2019)

Em seu voto, o Relator pontuou que o fato de o mar territorial integrar a dominialidade da União não afasta a possibilidade dos estados-membros para dispor, nos limites de suas competências, sobre alguns aspectos referentes a tal espaço territorial, “notadamente se se tratar de matérias que, sob a égide do federalismo de cooperação, revelem-se suscetíveis de regulação normativa nos termos e em face do que determina a própria Constituição da República [...]” (BRASIL-G, ADI nº. 6.218, 2019)

*In casu*, a proibição da pesca de arrasto na costa estadual, medida adotada pelo Rio Grande do Sul e atacada na ação, integra competências constitucionais de proteção do meio ambiente (CF, art. 24, VI), de regulação da pesca (CF, art. 24, VI), de conservação da natureza (CF, art. 24, VI) e de defesa dos recursos naturais (CF, art. 24, VI), temas nos quais a legislação estadual pode atuar de modo suplementar, de modo a pormenorizar, a minudenciar e a detalhar aspectos gerais veiculados na legislação nacional editada pela União Federal. Além disso, no

entendimento da Corte, permitir a prática representaria grave retrocesso, posto que representaria possibilidade de séria redução das espécies marinhas, considerado o caráter evidentemente predatório da atividade pesqueira quando nela utilizados métodos e técnicas como o emprego de “toda e qualquer rede de arrasto tracionada por embarcações motorizadas”, em contexto claramente vulnerador das cláusulas inscritas no art. 225, “caput” e respectivo § 1º, incisos V e VII, da Constituição da República.” (BRASIL-G, ADI nº. 6.218, 2019)

Tais apontamentos são feitos de modo a demonstrar que os fundamentos utilizados pela Corte tanto antes quanto durante a pandemia da Covid-19, foram similares, o que nos permite questionar se o STF realmente mudou sua posição, tida como conservadora, sobre a distribuição de competências, hipótese que será novamente abordada em sede de considerações finais.

Retornando a julgados proferidos durante a pandemia, em outra oportunidade, o STF reconheceu afronta ao seu entendimento sobre competências concorrentes, mas não alterou decisão que suspendia decretos municipais que autorizavam o retorno do funcionamento de atividades econômicas (Medida Cautelar na Reclamação 40.342), determinando que outra decisão fosse proferida pelo tribunal de origem. Os principais argumentos utilizados pelo Relator, Min. Edson Fachin, foram o princípio da precaução e o perigo da irreversibilidade a comprometer o direito à saúde. Observa-se, portanto, mais um posicionamento guiado pela máxima efetividade dos direitos fundamentais. (BRASIL, MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO nº. 40.342, 2020).

Ora, um reconhecimento de que, embora atentando contra seu próprio entendimento, uma decisão deva permanecer com validade (mesmo que temporariamente), e vocacionada para evitar danos à saúde em meio a uma pandemia, bem representa a busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais<sup>10</sup>.

#### **4 Conclusões**

Não há certezas sobre os impactos que as posições do STF quanto à distribuição de competências, adotadas por ocasião da pandemia de Covid-19, podem ter gerado. Há quem

---

<sup>10</sup> Não se deve perder de vista que, em se tratando de medidas que importem restrições a direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana possui função limitadora. “A dignidade humana, vista sob o ângulo da *proteção pela dignidade*, opera igualmente como limite dos limites dos direitos fundamentais, no sentido de que qualquer afetação desvantajosa, limitadora ou restritiva, jamais poderá retirar do direito fundamental aquele conteúdo seu diretamente identificado com o que se considera o princípio reitor do sistema de direitos fundamentais” (FREITAS, 2007, p. 221).



defenda, como o faz Ana Paula de Barcellos (2020), que se pode estar frente a um novo padrão hermenêutico da Corte, estimulando a produção normativa de estados, Distrito Federal e municípios. Pontua-se, também, conforme Freitas (2020) que o conflito de normas, “em caso de autuações administrativas, certamente será solucionado no Judiciário e o resultado é previsível. Estados e municípios verão prevalecer suas leis, respaldados pelo precedente do STF.”

Independentemente do que ocorra, parece-nos que a leva de decisões sobre a temática em exame possui um efeito pedagógico inegável. Marca presença nos acórdãos a aplicação do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, em especial, à vida e à saúde, com toda a carga de dignidade que lhes é inerente, o que se dá aliado à prognose, à coerência e à integridade como *accountability* paramétrico-constitucional.

Crítérios como predominância do interesse, prevalência da norma mais protetiva à pessoa humana e proibição de retrocesso ou de proteção insuficiente não são novidades na jurisprudência do STF, mas, nas decisões adotadas frente à pandemia, têm sua carga reforçada à luz dos direitos fundamentais, como num exercício de prestação de contas à sociedade no que concerne ao papel de tais posições jurídicas em nosso ordenamento.

Em país no qual o grau de realização dos direitos fundamentais ainda é flagrantemente insuficiente, e que atravessa período histórico-político marcado por tentativas (em muitos casos, alcance) de retrocesso, a jurisprudência da Corte tem sido crucial para que se deixe assentado e fundamentado que não será tolerado retorno a tempos nos quais as constituições eram meras proclamações políticas.

A supremacia da Constituição Federal de 1988 tem sido posta à prova através das demandas envolvendo conflitos de competência entre entes federativos, e seus deslindes demonstram, sobretudo àqueles que ainda insistem em questionar, mesmo de forma velada, a força normativa da Constituição, que o Estado Democrático de Direito (com todas as variações terminológicas que comporta) assenta-se, primordialmente, na defesa intransigente (não absoluta) de direitos que, não por acaso, são denominados de fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ARONNE, Ricardo. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica: Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. **PIDCC**, Aracaju, Ano II, Edição no 03/2013, p.153 a 184 Jun/2013. Disponível em: <[http://pidcc.com.br/artigos/032013/edicao\\_0305.pdf](http://pidcc.com.br/artigos/032013/edicao_0305.pdf)>. Acesso em: 10.02.2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. Prognósticos para o Direito Constitucional pós Covid-19: Estados, DF e Municípios mais relevantes na produção normativa? **Portal Migalhas**, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325499/prognosticos-para-o-direito-constitucional-pos-Covid-19-estados-df-e-municipios-mais-relevantes-na-producao-normativa>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. 1988. Constituição Federal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01.02.2021.

BRASIL. Lei nº. 14.010 de 10 de junho de 2020. **Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm)>. Acesso em: 01.02.2021.

BRASIL-A. **ADI nº. 5.696**. Supremo Tribunal Federal. Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E URBANÍSTICO. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. EMENDA 44/2000 [...] . PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA. [...] RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 25/10/2019, Publicação: 11/11/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341680555&ext=.pdf>>. Acesso em: 01.02.2021.

BRASIL-B. **ADI nº. 5.838**. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] Lei 5.694/2016 do Distrito Federal. Obrigatoriedade de doação de alimentos com prazo de validade próximo ao fim. [...] 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 08 - 19/11/2019, Publicação: 20/11/2019). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751580088>>. Acesso em: 01.02.2021.

BRASIL-C. **ADI nº. 5.908**. Supremo Tribunal Federal. Ementa: CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. [...] DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 620/2011, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 767/2014 DO ESTADO DE RONDÔNIA. [...] PROCEDÊNCIA. (ADI 5908, Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 20/11/2019, Publicação: 04/12/2019). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341879758&ext=.pdf>>. Acesso em: 01.02.2021.

**BRASIL-D. ADI nº. 3.336.** Supremo Tribunal Federal. EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.247, de 16 de dezembro de 2003, do Estado do Rio de Janeiro, a qual dispõe sobre a cobrança pela utilização dos recursos hídricos de domínio do Estado e organiza o sistema administrativo de gestão e execução da referida atividade. Conhecimento parcial da ação direta, a qual, quanto à parte de que se conhece, é julgada improcedente. [...] (ADI 3336, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 14/02/2020, Publicação: 06/03/2020). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342549748&ext=.pdf>>. Acesso em: 01.02.2021.

**BRASIL-E. ADI nº. 6.195.** Supremo Tribunal Federal. [...] UNIÃO AUTORIZADA A EDITAR NORMAS GERAIS. ART. 13-A, II, DO ESTATUTO DO TORCEDOR. INEXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO GERAL E ABSOLUTA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE COMPLEMENTAR DOS ESTADOS (CF, ART. 24, §§ 1º A 4º). LEI 19.128/2017 DO PARANÁ [...] IMPROCEDÊNCIA. [...] (ADI 6195, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 27/03/2020, Publicação: 15/04/2020). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342873873&ext=.pdf>>. Acesso em: 21.01.2021.

**BRASIL-F. BRASIL, ADI nº. 6.341.** [...] MEDIDA ACAUTELADORA – REFERENDO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREJUÍZO. [...] Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou esta ação direta, com pedido de liminar, buscando ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da Medida Provisória nº 926 [...] O quadro é de molde a concluir-se pela perda de objeto do recurso. Declaro prejudicados os embargos. 3. Publiquem. (ADI 6341, Brasília 16 de abril de 2020. Ministro MARCO AURÉLIO Relator). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>>

**BRASIL-G. ADI nº. 6.218.** Supremo Tribunal Federal. DECISÃO: 1. A controvérsia constitucional: vedação à pesca de arrasto na faixa marítima da zona costeira do Estado do Rio Grande do Sul (Lei gaúcha nº 15.223/2018). [...] Brasília, 10 de dez. 2019, Relator: Min. Celso de Mello (MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.218 RIO GRANDE DO SUL). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360222590&ext=.pdf>>. Acesso em: 21.01.2021.

**BRASIL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO nº. 40.342.** [...] Narra-se que o Ministério Público Estadual propôs ação civil pública com pedido de liminar, requerendo, em apertada síntese, fosse o município de Londrina obrigado a editar novo decreto, restabelecendo os decretos anteriores aos últimos (458 e 459) para que se impusesse novo fechamento do comércio local e retorno às medidas restritivas. [...] Brasília, 1º de maio de 2020. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente (Reclamação 40.342). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342999707&ext=.pdf>>. Acesso em: 21.01.2021.

**BRASIL. RECLAMAÇÃO nº. 39.871** Supremo Tribunal Federal. DECISÃO: Direito Constitucional e Administrativo. Medida cautelar em Reclamação. Competência para estabelecer medidas de combate ao COVID-19. [...] Brasília, 6 de abril de 2020. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (Medida Cautelar na Reclamação 39.871). Disponível em:



<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342852826&ext=.pdf>>. Acesso em: 21.01.2021.

DECRETOS ESTADUAIS. **Coronavírus.rs.gov.br**. Disponível em: <<https://coronavirus.rs.gov.br/decretos-estaduais>>. Acesso em 10.02.2021.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. Coronavírus, partilha constitucional e bom senso. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-17/coronavirus-partilha-constitucional-bom-senso>>. Acesso em: 18 maio 2020.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. n. 33, out. 1991.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1063/1047>>. Acesso em: 10.02.2021.

REGO, Frederico Montedonio. A Dimensão Democrática Do Dever De motivação das Decisões Judiciais: o novo código De Processo civil como concretização da constituição De 1988. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.177-206, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/594/265>>. Acesso em: 21.01.2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da repartição de competências. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.  
TORRES, João Guilherme Gualberto. A verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19855>>. Acesso em: 21.01.2021.