

COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências

COVID-19: a critical analysis of the constitutional division of powers

Rafael Maffini¹

¹ Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: rafael.maffini@rmmgadvogados.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7349-2411>.

Artigo recebido em 30/03/2020 e aceito em 3/04/2020.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Resumo

O COVID-19 produzirá consequências ainda incalculáveis, em face da quais o Direito precisará apresentar soluções satisfatórias para um momento de crise como este. O Brasil, na linha do que vem ocorrendo numa série de outros países, está adotando medidas de enfrentamento ao surto de coronavírus, de acordo com a distribuição de competências legislativas e administrativas (materiais) prevista na Constituição Federal. O presente artigo busca, de um lado, apresentar a sistematização de tais competências constitucionais e, de outro, analisar criticamente se tal arranjo constitucional de funções legislativas e administrativas é satisfatório ao enfrentamento da crise causada pelo COVID-19.

Palavras-chave: COVID-19; Competências; Restrições.

Abstract

COVID-19 shall have unprecedented consequences. The Law needs to be able to present satisfactory solutions for a moment of crisis like this. Brazil, similar to what has been happening in several other countries, has been adopting measures to deal with the coronavirus outbreak, observing the constitutional division of legislative and administrative powers. On the one hand, this article aims to present the power distribution of such constitutional competences and, on the other hand, to critically analyze whether such a constitutional arrangement of legislative and administrative functions is satisfactory in coping with the crisis caused by COVID-19.

Keywords: COVID-19; Competences; Restrictive Measures.



1. Introdução

Os impactos econômicos e sociais da pandemia de coronavírus (COVID-19) repercutirão de modo imprevisível no plano mundial. A gravidade de tal crise colocará em prova toda uma série de institutos jurídicos, inclusive alguns sobre os quais poucas dúvidas havia.

No tocante às relações jurídico-administrativas, o Direito Administrativo precisará oferecer soluções interpretativas minimamente adequadas para toda uma plêiade de situações bastante relevantes e complexas decorrentes dos efeitos proporcionados pela crise¹, tais como as formas especiais de contratação pública com ou sem prévio processo licitatório², os impactos nos contratos já celebrados com a Administração Pública³, as repercussões nas relações funcionais com os respectivos agentes públicos⁴, as formas de responsabilização dos agentes públicos por decisões tomadas em momentos de crise⁵, o modo supostamente especial através do qual se interpreta a juridicidade administrativa e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, os limites e a profundidade do controle interno e externo promovido sobre decisões administrativas levadas a efeitos neste momento, entre tantas outras questões que certamente demandarão equalização teórica e científica por parte da doutrina e também da jurisprudência.

De outro lado, merece especial atenção, neste momento, e o presente artigo trata de tema relacionado com algumas das medidas já adotadas ou ainda adotáveis pelo Poder Público brasileiro no combate da pandemia do COVID-19.

¹ CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. Coronavírus e o "Direito Administrativo da crise". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/carvalho-maffini-coronavirus-direito-administrativo-crise>. Acesso em: 28 mar. 2020.

² Vide, por exemplo, o art. 4º da Lei 13.979/2020, com a redação da pela Medida Provisória 926/2020, sem prejuízo dos demais casos de contratação sem prévia licitação existentes na legislação ordinária (v.g. arts. 24 e 25, da Lei 8.666/1993; arts. 28, § 3º, 29 e 30, da Lei 13.303/2016).

³ Certamente serão muitas e muito complexas as situações ensejadoras de pedidos de equilíbrio econômico-financeiro que surgirão em razão dos impactos da pandemia do coronavírus.

⁴ Veja-se, por exemplo a questão da redução de jornada, com a redução remuneratória proporcional. Com efeito, o art. 23, § 2º, da Lei Complementar nº 101/2000 prevê que no caso de ente público exceder o limite com despesas de pessoal, "é facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária". Tal preceito legal, contudo, encontra-se suspenso por medida cautelar deferida na ADI 2.238. Em sede de julgamento de mérito, a composição plenária do STF já formou maioria para a declaração de inconstitucionalidade de tal preceito, em razão da irredutibilidade vencimental, insculpida no art. 37, XV, da CF. Contudo, não é incogitável que o STF dê à questão nova leitura, neste ou em outro processo, no tocante aos problemas fiscais e orçamentários que serão inevitavelmente causados pelo COVID-19.

⁵ Aqui, calha recordar o disposto no art. 22, da LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018, pelo qual "Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados".



Para compreendê-las, tem-se que a Organização Mundial da Saúde – OMS, em 30 de janeiro de 2020, reconheceu o coronavírus como *emergência de saúde pública de importância nacional – ESPII*, categoria de alerta mais elevado contemplado no Regulamento Sanitário Internacional – RSI⁶. Em 03 de fevereiro de 2020, editou-se a Portaria nº 188/GM/SMS, pela qual se reconheceu tal surto, nos termos do Decreto 7.616/2011, como *emergência de saúde pública de importância nacional – ESPIN*. Em 06 de fevereiro de 2020, surge a Lei 13.979, a qual dispõe, segundo se depreende de sua própria ementa, sobre as “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”⁷.

Ocorre que a partir do início da adoção de tais medidas de enfrentamento ao COVID-19 no Brasil, notadamente a quarentena⁸, tais instrumentos de combate ao coronavírus mostraram-se deveras desuniformes, de sorte que, por exemplo, alguns Estados e Municípios vedaram toda e qualquer atividade econômica, ao passo que, em outros, nenhuma restrição foi imposta⁹.

Em razão desta falta de uniformização, foi editada a Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020, que, entre outras regras legais, procurou dar maior uniformidade às medidas, inserindo, na Lei 13.979/2020, o art. 3º, § 8º, pelo qual “as medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais”. A MP 926 também introduziu, na Lei

⁶ O texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde foi promulgado através do Decreto 10.212, também de 30 de janeiro de 2020.

⁷ Para o aprofundamento de tal relato, vide: VENTURA, Deisy de Freitas Lima; ALTH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32876>. Acesso em 19/03/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180.

⁸ Quarentena é o instrumento jurídico previsto no art. 3º, II, da Lei 13.979/2020, cuja definição é prevista no art. 2º, II, da Lei 13.979/2020, como sendo toda e qualquer “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus”.

⁹ Em alguma medida, tal disparidade decorre do fato de que a Lei 13.949/2020, ao indicar as autoridades competentes para a imposição de quarentena, indicou o Ministério da Saúde (art. 3º, § 7º, I) bem como os gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde (art. 3º, § 7º, II), tendo sido tal autorização dada pelo art. 4º, § 1º, da Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020 (“a medida de quarentena será determinada mediante ato administrativo formal e devidamente motivado e deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação”).



13.979/2020, o art. 3º, § 9º, segundo o qual os serviços públicos e as atividades essenciais deveriam ser objeto de decreto presidencial¹⁰.

Ocorre que, apesar de o art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020 determinar que as medidas de enfrentamento ao coronavírus “*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*”, já se percebe uma tensão de interesses, inclusive no plano ideológico, que polarizam, de um lado, o apoio à adoção de medidas mais restritivas, propagado normalmente pelos integrantes dos setores médicos público e privado; de outro, situa-se o apoio à flexibilização das restrições estatais, normalmente capitaneado pelo setor produtivo e por alguns segmentos do Estado brasileiro¹¹.

Diante de tal tensão, a qual já produz contradições entre as posturas decisórias dos mais diversos entes federativos (União, Estados, Município e Distrito Federal) é necessário analisar a distribuição constitucional de competências em matéria de saúde, para que se compreendam os limites de cada um dos protagonistas das medidas estatais que já foram e ainda estão sendo adotadas no enfrentamento do coronavírus. O desenvolvimento de tal tema tratará, num primeiro momento, da questão da competência legislativa em matéria de saúde e, num segundo momento, serão analisadas as competências administrativas ou materiais relacionados com a proteção da saúde. A par de da compreensão da distribuição de competências legislativas e materiais, o presente artigo analisará criticamente se tal arranjo constitucional de funções legislativas e administrativas é satisfatório ao enfrentamento da crise causada pelo COVID-19. Isso porque, se de um lado, a Constituição, como será a seguir melhor desenvolvido, assegura a competência legislativa da União para a edição de normas gerais em matéria de saúde, ela reconhece a competência administrativa (ou material) concorrente de todos os entes federativos. A partir deste aparente paradoxo, é que se analisará criticamente se a

¹⁰ Editou-se, no mesmo dia 20/03/2020, o Decreto 10.282, já alterado pelo Decreto 10.292, de 25/03/2020, o qual indicou um rol exemplificativos de serviços públicos e atividades essenciais, que haveriam de ter seu exercício e funcionamento resguardados. Editou-se, também, o Decreto 10.288, de 22/03/2020, que reconheceu como essenciais as atividades relacionadas com a imprensa.

¹¹ A decisão sobre qual dos interesses merece maior proteção não é singela, inclusive porquanto pressupõe dados estatísticos ainda desconhecidos quanto ao COVID-19. Se de um lado, as medidas mais restritivas importarão em atraso na proliferação do surto, dando à sociedade brasileira mais tempo para se preparar e ampliar sua rede de atendimento médico, de outro, os efeitos da recessão causada por medidas mais restritivas poderão ser também catastróficos. Ou seja, a parêmia proposta pelo médico renascentista Paracelso, no sentido de que “a diferença entre remédio e veneno está na dose de prescrição”, afigura-se plenamente subsumível ao momento que estamos vivenciando.



competência legislativa da União não acaba por restringir ou limitar demasiadamente as funções administrativas dos demais entes federativos, especialmente em razão do fato de que estão, em princípio, mais apropriados das suas realidades regionais e locais.

2. Competências legislativas em matéria de saúde

A Constituição Federal vigente preceitua um peculiar sistema federativo de distribuição de competências, o qual pode de ser compreendido a partir de dois principais quadrantes: num deles postam-se vários níveis federativos simultâneos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); noutros, dividem-se as competências em materiais (ou administrativas) e legislativas¹².

Em relação à competência legislativa em matéria de Direito Administrativo, considerando-se a autonomia político-administrativa que cada ente federativo possui (art. 18 da CF), bem assim o fato de que não se atribui à União (por exemplo, no art. 22 da CF) uma competência legislativa geral sobre o tema, a regra geral é de que cada ente federativo detém competência para legislar sobre os assuntos de seus respectivos interesses¹³. No entanto, tal regra geral pode ser excepcionada, desde que tais exceções estejam previstas em normas constitucionais.

Entre as exceções constitucionais, pelas quais a União teria função legislativa nacional (e não somente federal), situa-se a competência que esta possui para a edição de normas gerais, nos termos do disposto no art. 24, da Constituição Federal, que trata das competências legislativas concorrentes entre a União, os Estados e o Distrito Federal, atribuindo à primeira a tarefa de criação de normas gerais. Ainda que não referidos no art. 24, também os Municípios se submetem à mesma sistemática dos Estados e do

¹² Da conjugação de tais quadrantes, somado ao fato de que a União ora legisla em âmbito federal, ora em âmbito nacional, exsurtem, portanto, as seguintes combinações: a) competências legislativas privativas da União, de âmbito nacional, ou seja, quando suas normas são aplicáveis a todos os entes federativos (ex. art. 22, I, da CF); b) competências legislativas privativas da União, de âmbito federal, quando suas normas são aplicáveis somente no plano federal; c) competências legislativas privativas dos Estados-membros; d) competências legislativas privativas do Distrito Federal; e) competências legislativas privativas dos Municípios; f) competências legislativas concorrentes da União, estados-membros, Distrito Federal e Municípios (com diferentes arranjos de concorrência legislativa); g) competências administrativas da União; h) competências administrativas dos Estados-membros; i) competências administrativas do Distrito Federal; j) competências administrativas dos Municípios; k) competências administrativas concorrentes da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (com diferentes arranjos de concorrência material).

¹³ Neste sentido, MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 27-30.



Distrito Federal, em razão do disposto no art. 30, II, da CF, quanto à concorrência legislativa a que se refere o art. 24¹⁴, conforme será a seguir pormenorizado.

Desta forma, para a legislação sobre os temas tratados pelo art. 24, da CF, todos os entes federativos possuem competência para a produção de normas legais, observados, todavia, os seguintes parâmetros: a) a União terá competência para a edição de normas gerais (art. 24, § 1º, da CF); b) existindo normas gerais editadas pela União, os demais entes federativos preservarão sua competência suplementar (art. 24, § 2º e art. 30, II, da CF); c) na falta de normas gerais estabelecidas por lei da União, os demais entes federativos possuirão competência legislativa plena, visando a atender às suas respectivas peculiaridades (art. 24, § 3º e art. 30, I, da CF); d) no caso de edição superveniente de normas gerais federais, restará suspensa a eficácia da legislação dos demais entes federativos, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º, da CF)¹⁵.

Inclui-se no rol de temas objeto da competência legislativa concorrente a que se refere o art. 24 da CF, a defesa da saúde (art. 24, XII, da CF). Desta forma, em matéria de saúde, mostra-se evidente a competência da União para a edição de normas gerais, como são as contidas na Lei 13.979/2020, que trazem consigo uma política pública nacional de combate ao coronavírus¹⁶.

Daí porque merece destaque a posição propagada por Dalmo de Abreu Dallari, para quem:

No sistema constitucional brasileiro foi dada competência à União para fixar normas gerais sobre saúde. Essas normas, que devem manter-se nos limites de "gerais" ou "principiológicas" são obrigatórias para a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, devendo ser observadas como parâmetros e limites para os legisladores ordinários federais, estaduais e municipais, assim como para os respectivos agentes administrativos. Entretanto, carecem de eficácia jurídica e, portanto, não deverão ser

¹⁴ Os Municípios também participam de tal concorrência legislativa em razão do disposto no art. 30, II, da CF ("compete aos Municípios [...] suplementar a legislação federal e a estadual no que couber). Neste sentido, Fernanda Dias Menezes de Almeida assevera, a propósito da competência legislativa concorrente, que "se mostra válido entender que aos Municípios também se conferiu participação na produção normativa concorrente, em virtude do disposto no art. 30, II, que lhes dá competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber" (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao Art. 24. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). Comentários à Constituição do Brasil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 810).

¹⁵ Sobre o tema, vide SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 8. Ed. São Paulo: RT, 2019.

¹⁶ Lembre-se, quanto à noção de normas gerais, no tocante à distribuição constitucional de competências legislativas, a lição de Raul Machado Horta, para quem "A lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais" (HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 419-420).



obedecidas ou implementadas, as normas que, sob pretexto de fixação de "normas gerais", estabelecerem regras destinadas a reger situações específicas, particulares a ocorrências isoladas e localizadas, ou simplesmente relativas a aspectos formais. Em decorrência, quando integradas em leis e regulamentos nelas fundamentados, as normas gerais são também obrigatórias para todos os que residirem ou exercerem atividades no âmbito da legislação que trate de situações concretas¹⁷.

Bem verdade que a União, em temas em relação aos quais a Constituição Federal lhe atribui competência para edição de normas gerais, não pode detalhá-las demasiadamente, sob pena de invadir a competência suplementar ou complementar dos demais entes federativos, os quais não de poder adaptar as normas gerais editadas pela União às suas respectivas realidades regionais e locais¹⁸.

Contudo, este não parece ser o caso da Lei 13.070/2020, que trata especificamente dos instrumentos de enfrentamento do COVID-19. Neste sentido, não se pode desconsiderar que o *status* de emergência de saúde pública de importância internacional (ESPII) significa “um evento extraordinário que, nos termos do presente Regulamento, é determinado como (i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada”¹⁹. Ora, se internacionalmente um surto como o do COVID-19 exige atuação coordenada, parece evidente que também, no plano interno, as medidas de enfrentamento do coronavírus deverão estar submetidas a uma política coordenada, razão pela qual não pareceria adequado cogitar que cada Estado-membro ou Município, além do Distrito Federal, pudesse eleger os seus próprios instrumentos de combate²⁰.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações. Disponível em <http://www.saude.mppr.mp.br/pagina-359.html>. Acesso em: 28 mar. 2020.

¹⁸ Neste sentido, lembre-se da advertência feita por Alexandre de Moraes, para quem “compete à União legislar sobre normas gerais protetivas da saúde pública, enquanto aos Estados e Distrito Federal compete a complementação dessas normas. Nem os Estados/Distrito Federal poderão invadir a disciplina sobre normas gerais nem a União poderá editar normas por demais específicas, sob pena de inconstitucionalidade por desrespeito à divisão de competências concorrentes feita pela Constituição Federal” (MORAES, Alexandre. Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/competencias.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

¹⁹ Definição contida no Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, o qual foi promulgado no Brasil através do Decreto 10.212, também de 30 de janeiro de 2020.

²⁰ Isso, sem prejuízo de eventual competência de que, no exercício das competências administrativas haja alguma customização das medidas nacionais de enfrentamento às respectivas realidades regionais ou locais de cada ente federativo, conforme será demonstrado no item a seguir.



Contudo, como já referido, defende-se aqui que as medidas de enfrentamento contidas na Lei 13.070/2020 se traduzem em normas gerais, adequada e constitucionalmente editadas pela União, no exercício da tarefa que lhe foi atribuída pelo art. 24, XII, da CF. Ao editá-las, portanto, a União não invadiu as atribuições próprias dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Todavia, como será a seguir demonstrado, tal conclusão não implica dizer que a União teria o protagonismo na concretização das normas gerais por ela editadas. A competência legislativa da União para editar normas gerais, não retira dos demais entes federativos, as competências administrativas em matéria de saúde.

De qualquer modo, tratando-se a Lei 13.979/2020 de legislação da União que traz consigo normas gerais de defesa da saúde, deve ser reconhecido, em relação à legislação dos demais entes federativos, um fenômeno de bloqueio de suas competências legislativas, decorrente da edição de norma geral de defesa da saúde, a inibir, portanto, a incidência de normas editadas pelos demais entes federativos sobre o mesmo tema²¹. Isso porque, havendo competência da União para editar normas gerais, há de ser observada a regra geral de que, neste caso, o direito federal/nacional prevalece sobre o direito estadual, distrital e municipal²².

Do referido fenômeno de bloqueio de competências, decorrem duas principais implicações. A primeira delas consiste na antijuridicidade, por violação às regras constitucionais que conferem à União competência para produção de normas gerais sobre determinados temas, das normas estaduais, distritais e municipais que vierem a ser supervenientemente editadas em contraposição com as normas gerais produzidas pela União. Desta forma, com a edição da Lei 13.979/2020, pela União, os demais entes federativos (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) não mais poderão editar normas que ensejem qualquer contrariedade em relação ao disposto na Lei 13.979/2020, quanto aos temas relativos à defesa da saúde. Caso surjam, na legislação estadual, distrital ou municipal, normas posteriores à Lei 13.979/2020, que com ela conflitem, tais normas incontrovertidamente padecerão de vício de inconstitucionalidade.

²¹ Sobre o fenômeno do bloqueio de competências, lembre-se da lição de Vasco Della Giustina, pelo qual a existência de normas gerais editadas pela União “serve, apenas para provar ou demonstrar que o Estado e o Município estão impedidos ou bloqueados de editar normas a respeito da matéria” (DELLA GIUSTINA, Vasco. Controle de Constitucionalidade das Leis. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 163).

²² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141.



A segunda implicação do fenômeno do bloqueio de competências gerado pelo surgimento de norma geral da União, em tema referido no art. 24, da CF, como é o caso da defesa da saúde (art. 24, XII), consiste na perda de eficácia de todas as regras contidas na legislação estadual, distrital ou municipal que direta ou indiretamente violem as disposições contida na Lei 13.979/2020. Com efeito, ainda que o art. 24, § 4º, da Constituição Federal faça expressa menção à legislação estadual (“*a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*”), tal efeito de bloqueio de competência legislativa, apto à suspensão da eficácia de normas anteriores contrárias ao texto de normas gerais federais supervenientes, mostra-se igualmente aplicável à legislação que tenha sido editada pelo Distrito Federal (este inclusive referido no *caput* do art. 24) ou pelo Municípios. O tema das normas municipais reclama maior atenção, porquanto se tratam de entes federativos não referidos explicitamente no art. 24, *caput*, da Constituição Federal²³. Ainda que não mencionado no art. 24, da CF, a sistemática de competência legislativa concorrente, mostra-se igualmente aplicável aos Municípios em razão do disposto no art. 30, II, da CF, pelo qual compete aos Municípios “*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*”²⁴. Observe-se que a competência dos Municípios para a “suplementação” da legislação federal assemelha-se à competência dos Estados a que se refere o art. 24, § 2º, da CF. Assim, diante da competência da União para a edição de normas gerais (art. 24, I e § 1º, da CF), não teria sentido sustentar que a competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º) houvesse de ser tratada de modo diverso da competência também suplementar outorgada aos Municípios (art. 30, II, da CF)²⁵. Daí porque se impõe a conclusão de que

²³ CF, art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...].

²⁴ Neste sentido, destaca-se o seguinte precedente do STF: LEIS 10.927/91 E 11.262 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. SEGURO OBRIGATÓRIO CONTRA FURTO E ROUBO DE AUTOMÓVEIS. SHOPPING CENTERS, LOJAS DE DEPARTAMENTO, SUPERMERCADOS E EMPRESAS COM ESTACIONAMENTO PARA MAIS DE CINQUENTA VEÍCULOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O Município de São Paulo, ao editar as Leis 10.927/91 e 11.362/93, que instituíram a obrigatoriedade, no âmbito daquele Município, de cobertura de seguro contra furto e roubo de automóveis, para as empresas que operam área ou local destinados a estacionamentos, com número de vagas superior a cinquenta veículos, ou que deles disponham, invadiu a competência para legislar sobre seguros, que é privativa da União, como dispõe o art. 22, VII, da Constituição Federal. 2. A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios. 3. Recurso provido (RE 313060, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 24-02-2006 PP-00051 EMENT VOL-02222-03 PP-00538 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 226-230 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 128-130).

²⁵ Quanto ao ponto, Ana Paula de Barcellos ensina que “os Municípios não são mencionados no *caput* do art. 24, mas o art. 30, II, prevê que compete a eles suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Assim, da conjugação do art. 24 com o art. 30, II, tem-se que as competências legislativas concorrentes podem incluir todos os entes federativos: à União cabe estabelecer normas gerais, aos Estados compete a edição de



terão eficácia jurídica suspensa também as regras municipais editadas antes da Lei 13.979/2020, que com ela conflitem.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que *“tendo em conta o caráter suplementar da legislação municipal, em caso de conflito deve prevalecer a legislação federal ou estadual, de tal sorte que a superveniência de lei estadual ou federal contrária à lei municipal suspende a eficácia da última”*²⁶. Do mesmo modo, a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem a competência atribuída aos Municípios pelo art. 30, II, da CF há de respeitar as normas federais e estaduais existentes, de modo que *“não é dado ao Municípios dispor em sentido que frustre o objetivo buscado pelas leis editadas no plano federal ou estadual. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal suspende a eficácia desta”*²⁷.

Por fim, como será demonstrado no item a seguir, o fenômeno do bloqueio de competências causado pelas normas gerais editadas pela União, incide tão somente sobre a competência legislativa dos demais entes federativos, não se lhes retirando a competência, em comum com a União, no tocante às funções administrativas de proteção da saúde.

Assim, a título de conclusão deste tópico, tem-se que: a) a União possui competência para legislar em matéria de defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); b) embora persistam as competências legislativas dos demais entes federativos (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para a adaptação de suas normas às normas gerais federais/nacionais (art. 24, § 2º e art. 30, II), estas têm em relação àquelas uma função de bloqueio, no sentido de que as normas anteriores que lhe forem conflitantes serão suspensas (art. 24, § 4º) e de que as normas supervenientes que lhe contrariarem serão inconstitucionais; c) as normas contidas na Lei 13.979/2020 são normas gerais de defesa da saúde a que se refere o art. 24, XII, da CF, de cunho nacional e de obediência obrigatória por Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sem prejuízo das suas competências administrativas a seguir analisadas.

normas suplementares, e os Municípios poderão ainda suplementar esses dois conjuntos normativos federal e estadual, no que couber” (BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 252).

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 8. Ed. São Paulo: RT, 2019, p. 950.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 927.



3. Competências administrativas (ou materiais) no enfrentamento do COVID-19

A análise das competências administrativas (ou materiais) no enfrentamento do COVID-19 mostra-se tão – ou até mesmo mais – relevante do que a compreensão das competências legislativas em matéria de defesa da saúde.

Com efeito, a Constituição Federal enuncia, em seu art. 23, II, ser “*competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”. A toda evidência, tem-se caso de competência administrativa concorrente de todos os entes federativos, o que também é reforçado pelos artigos 196 a 200, da CF.

Aliás, quanto ao ponto merece destaque a decisão monocrática exarada na MC-ADI 6.341²⁸. Com efeito, a referida ação direta de inconstitucionalidade foi proposta, sob a alegação de que haveria violação da Constituição Federal no tocante à Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações feitas nos incisos I, II e VI, e §§ 8º, 9º, 10 e 11 do artigo 3º, da Lei 13.979/2020. Pleiteou-se também, mas por arrastamento, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 10.282/2020. Quando da análise monocrática da medida cautelar, o relator, Min. Marco Aurélio, entendeu que:

[a legislação impugnada] foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal.

Ou seja, no tocante ao objeto da ADI propriamente dito (declaração de inconstitucionalidade das normas acima referidas), não houve deferimento monocrático da medida cautelar, tendo sido a apreciação da questão remetida à análise plenária do STF, que agendou tal julgamento para 15 de abril de 2020²⁹.

Contudo, o Min. Marco Aurélio deixa evidente que as normas legais impugnadas “*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*”,

²⁸ Decisão publicada no DJE nº 72, de 25/03/2020.

²⁹ Informação obtida em <http://stf.jus.br/portal/pauta/listarCalendario.asp?data=15/04/2020>. Contra a MP 926/2020, tramita também a ADI 6.343.



razão pela qual foi deferida a medida acauteladora tão somente “*para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente*”.

Tal decisão, alinha-se bem ao que dispõe a Constituição Federal, eis que ressalva a competência legislativa da União para a edição de normas gerais, ao mesmo tempo em que reconhece a competência administrativa (ou material) concorrente de todos os entes federativos.

Partindo-se de tais premissas, absolutamente consentâneas com a Constituição Federal, como já referido, surgem algumas questões merecedoras de destaque. Primeiramente, é óbvio que o exercício das competências administrativas (ou materiais), de cada um dos entes federativos haverá de observar os ditames veiculados por normas gerais editadas pela União.

Disso resulta, pois, que as competências administrativas de competência de todos os entes federativos para o enfrentamento do COVID-19 sujeitam-se aos ditames da Lei 13.979/2020. Ou seja, evidentemente trata-se de competências administrativas que não podem se desgarrar dos instrumentos de enfrentamento previstos no artigo 3º, da referida lei³⁰.

Aliás, lembre-se que, em razão do acima referido, nem mesmo lei estadual, distrital ou municipal poderiam ampliar, ou mesmo restringir as medidas contempladas na Lei 13.979/2020. Contudo, desde que observados tais limites contidos nas normas gerais editadas pela União, os entes federativos poderiam, no exercício de regulamentação do exercício do poder de polícia administrativa³¹, editar suas respectivas

³⁰ Lei 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; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; 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; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

³¹ Aliás, quanto ao poder de polícia administrativa (ordenação administrativa), importante destacar que o art. 3º, § 4º, da Lei 13.979/2020, estabelece que “As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei”. Demais disso, em 17/03/2020, restou editada a Portaria Interministerial 5/2020, dos Ministros da Saúde e da Justiça e da Segurança Pública, a qual ressalta a compulsoriedade das medidas impostas, com a conseguinte responsabilização civil, penal e administrativa pelo descumprimento das medidas. Especificamente quanto ao poder de polícia administrativa, o art. 8º, da respectiva portaria dispõe que “visando a evitar a propagação do



normas legais ou infralegais. Daí porque o sem número de decretos editados por Estados-membros, pelo Distrito Federal ou por Municípios nos últimos dias.

Digno de destaque que a própria Lei 13.979/2020 possui norma que propõe uma divisão de competências administrativas, no seu art. 3º, § 7º. Considerado o fato de que se trata de divisão de competências contidas em norma geral de competência da União (art. 24, XII, da CF), é possível a conclusão de que a referida distribuição de competências materiais constante da Lei 13.979/2020 não viola ao disposto no art. 23, II, também da CF.

De acordo com tal distribuição de atribuições referida no art. 3º, § 7º, da Lei 13.979/2020, todas as medidas referidas no art. 3º poderiam ser promovidas pelo Ministério da Saúde.

Outras das restrições poderiam ser levadas a efeitos pelos gestores locais de saúde, desde que haja autorização do Ministério da Saúde³², por exemplo: isolamento; quarentena; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos; e autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde.

Por fim, há medidas que podem ser promovidas pelos gestores locais de saúde, independentemente de autorização do Ministério da Saúde, como determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, ou tratamentos médicos específicos; estudo ou investigação epidemiológica; requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa.

COVID-19 e no exercício do poder de polícia administrativa, a autoridade policial poderá encaminhar o agente à sua residência ou estabelecimento hospitalar para cumprimento das medidas estabelecidas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020, conforme determinação das autoridades sanitárias”. De qualquer modo, para o aprofundamento do tema, vide BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação – transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2017 e SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1º ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

³² Quanto à quarentena, a autorização foi dada pelo art. 4º, § 1º, da Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020 (“a medida de quarentena será determinada mediante ato administrativo formal e devidamente motivado e deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação”).



Embora não seja possível realizar, neste momento, uma análise aprofundada de todas as medidas referidas, duas delas serão aqui tratadas com um pouco mais de atenção.

A primeira delas diz com a requisição administrativa referida no art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020, segundo a qual o Ministério da Saúde ou os gestores locais de saúde podem determinar a “*requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa*”. Ora, tal medida possui estatura e expressa previsão constitucional (art. 5º, XXV³³), além de restar prevista no art. 1.228, § 3º, do Código Civil³⁴, consiste no uso ou na subtração temporária, unilateral e autoexecutória de certos bens e serviços, em caso de perigo público iminente. Quanto a tal instituto jurídico, trata-se de conduta administrativa que pode ser muito útil no combate do COVID-19. Contudo, duas patologias sistêmicas podem ocasionar, inclusive, desabastecimento de produtos imprescindíveis ao combate do COVID-19. Primeiramente – e aí uma crítica ao disposto no art. 3º, § 7º, III, da Lei 13.979/2020 –, ao se ter atribuído tal competência a todos os gestores locais da saúde, sem necessidade de autorização do Ministério da Saúde, viabiliza-se que milhares de entes federativos imponham requisições administrativas de modo desarticulado, podendo produzir, de um lado, o desabastecimento de produtos essenciais ao combate do coronavírus e, de outro, o desvirtuamento de uma política pública que há de ser nacionalmente articulada. Numa situação extrema, imagine-se uma requisição administrativa de equipamentos médicos, promovida por um só Município que acabe por comprometer o abastecimento a todos os demais Municípios de um Estado-membro. Parece que medida tão importante haveria de ser articulada nacionalmente de modo que o ideal é que, *de lege ferenda*, o art. 3º, VII, fosse “transferido” do art. 3º, § 7º, III para o art. 3º, § 7º, I ou para o art. 3º, § 7º, II, para fins de que as requisições administrativas fossem, respectivamente, ou de competência privativa do Ministério da Saúde ou que ao menos fosse necessária a autorização deste para que os gestores locais da saúde pudessem promovê-las.

A segunda questão relativa à requisição administrativa diz com a previsão de posterior indenização, contemplada tanto no art. 5º, XXV, da CF, quanto no art. 3º, VII, da

³³ CF, Art. 5º, XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

³⁴ CC, Art. 1.228 § 3º - O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.



Lei 13.979/2020. Ora, a *ratio* da regra pela qual a indenização seja posterior diz com o próprio fundamento da requisição administrativa, qual seja, a situação de perigo público iminente, a justificar que a medida administrativa possa ser tomada antes mesmo de discussões sobre os valores devidos pela subtração ou pela privação dos bens e serviços. Num paralelo com a desapropriação, cuja indenização há de ser justa e prévia (art. 5º, XXIV, da CF), a requisição administração mostra-se mais urgente e, portanto, relega para um momento posterior eventuais controvérsias sobre a indenização devida. No entanto, uma advertência aqui se impõe, especialmente se levada em consideração a realidade da grande maioria dos fabricantes ou importadores de bens relacionados com a saúde e, portanto, agentes econômicos imprescindíveis ao combate do COVID-19. Isso porque se as requisições administrativas forem realizadas sem que as indenizações ocorram num momento *imediatamente* posterior, em poucos dias, elas poderão descapitalizar toda a cadeia produtiva de tais produtos a ponto de se comprometer todo o abastecimento e um setor tão relevante e, ao mesmo tempo, sensível neste momento.

A outra medida administrativa aqui destacada é quarentena, consistente no instrumento mais amplo de combate ao coronavírus, entre os conhecidos até o momento, porquanto ensejador de restrições de atividades e pessoas, visando a minimizar ou mesmo retardar a proliferação do surto. Tal medida, certamente a mais polêmica em razão do potencial conflito de interesses econômicos e sanitários³⁵, suscita uma questão muito relevante: a compatibilização das medidas administrativas perpetradas pelos variados entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), a partir das normas contidas na Lei 13.979/2020. Como já apontado nas notas introdutórias deste estudo, a partir da Lei 13.979/2020 e a partir da autorização dada pelo art. 4º, § 1º, da Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020, tal medida, além de poder ser determinada pelo próprio Ministério da Saúde,

mediante ato administrativo formal e devidamente motivado [...] deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação.

Daí porque se mostra relevante a compreensão das “restrições das restrições”, ou seja, quais os limites que as autoridades administrativas deverão observar quando

³⁵ Vide nota 13, supra.



da imposição da quarentena. Como também já referido na introdução, diante da falta de uniformidade das medidas impostas, editou-se a Medida Provisória 926/2020, que trouxe os parágrafos 8º a 11, do art. 3º, da Lei 13.979/2020.

Tais regras jurídicas podem ser assim resumidas: a) ainda que adotadas, as medidas de enfrentamento ao COVID-19, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, § 8º), que devem ser definidos por decreto do Presidente da República (art. 3º, § 9º); b) no caso de medidas de isolamento, quarenta ou restrição excepcional e temporária de locomoção, 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 (art. 3º, § 10)^{36 37}; c) passou a ser vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, tal como definidas por decreto presidencial, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população (art. 3º, § 11)³⁸.

No tocante ao resguardo do exercício e do funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, restaram editados até o momento, o Decreto 10.282, de 20 de março de 2020, já alterado pelo Decreto 10.292, de 25 de março de 2020, e o Decreto 10.288, de 22 de março de 2020.

O Decreto 10.288/2020 estabeleceu, em seu art. 3º, que as medidas de enfrentamento do COVID-19

deverão resguardar o exercício pleno e o funcionamento das atividades e dos serviços relacionados à imprensa, considerados essenciais no fornecimento de informações à população, e dar efetividade ao princípio constitucional da publicidade em relação aos atos praticados pelo Estado.

Já o Decreto 10.282 traz um rol mais abrangente de serviços públicos e atividades essenciais, fazendo-o numa extensa enumeração exemplificativa contida no seu art. 3º, § 1º, pelo qual *“são serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim*

³⁶ Sobre o tema, vide: SCHWIND, Rafael Wallbach. Reflexões sobre a lei 13.979/20 e o decreto 10.282/20: descabimento de restrições a serviços essenciais sem prévia articulação com o poder concedente e a agência reguladora. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/322804/reflexoes-sobre-a-lei-13979-20-e-o-decreto-10282-20-descabimento-de-restricoes-a-servicos-essenciais-sem-previa-articulacao-com-o-poder-concedente-e-a-agencia-reguladora>. Acesso em: 28 mar. 2020.

³⁷ Também disposto no art. 3º, § 6º, do Decreto 10.282/2020.

³⁸ Também disposto no art. 3º, § 3º, do Decreto 10.282/2020.



*considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população*³⁹.

Demais disso, destaca-se o disposto no art. 3º, § 2º, do Decreto 10.282/2020, pelo qual *“também são consideradas essenciais as atividades acessórias, de suporte e a disponibilização dos insumos necessários a cadeia produtiva relativas ao exercício e ao funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais”*. Ou seja, não somente os serviços públicos e as atividades essenciais é que estão resguardadas, mas tudo o quanto seja necessário na cadeia produtiva ou na viabilização da atividade tida como essencial. Por exemplo, a fabricação de torneiras deve ser resguardada, eis que relacionada com assistência à saúde, ao tratamento de esgoto e a distribuição de água,

³⁹ Decreto 10.282/2020, art. 3º, § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como: I - assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares; II - assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade; III - atividades de segurança pública e privada, incluídas a vigilância, a guarda e a custódia de presos; IV - atividades de defesa nacional e de defesa civil; V - transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros e o transporte de passageiros por táxi ou aplicativo; VI - telecomunicações e internet; VII - serviço de call center; VIII - captação, tratamento e distribuição de água; IX - captação e tratamento de esgoto e lixo; X - geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, incluído o fornecimento de suprimentos para o funcionamento e a manutenção das centrais geradoras e dos sistemas de transmissão e distribuição de energia, além de produção, transporte e distribuição de gás natural; XI - iluminação pública; XII - produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, alimentos e bebidas; XIII - serviços funerários; XIV - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, de equipamentos e de materiais nucleares; XV - vigilância e certificações sanitárias e fitossanitárias; XVI - prevenção, controle e erradicação de pragas dos vegetais e de doença dos animais; XVII - inspeção de alimentos, produtos e derivados de origem animal e vegetal; XVIII - vigilância agropecuária internacional; XIX - controle de tráfego aéreo, aquático ou terrestre; XX - serviços de pagamento, de crédito e de saque e aporte prestados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil; XXI - serviços postais; XXII - transporte e entrega de cargas em geral; XXIII - serviços relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados (data center) para suporte de outras atividades previstas neste Decreto; XXIV - fiscalização tributária e aduaneira; XXV - produção e distribuição de numerário à população e manutenção da infraestrutura tecnológica do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro; XXVI - fiscalização ambiental; XXVII - produção de petróleo e produção, distribuição e comercialização de combustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados de petróleo; XXVIII - monitoramento de construções e barragens que possam acarretar risco à segurança; XXIX - levantamento e análise de dados geológicos com vistas à garantia da segurança coletiva, notadamente por meio de alerta de riscos naturais e de cheias e inundações; XXX - mercado de capitais e seguros; XXXI - cuidados com animais em cativeiro; XXXII - atividade de assessoramento em resposta às demandas que continuem em andamento e às urgentes; XXXIII - atividades médico-periciais relacionadas com a seguridade social, compreendidas no art. 194 da Constituição; XXXIV - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência; XXXV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; XXXVI - fiscalização do trabalho; XXXVII - atividades de pesquisa, científicas, laboratoriais ou similares relacionadas com a pandemia de que trata este Decreto; XXXVIII - atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pelas advocacias públicas, relacionadas à prestação regular e tempestiva dos serviços públicos; XXXIX - atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde; e XL - unidades lotéricas.



especialmente no combate de um surto cuja primeira recomendação é justamente que lavemos as mãos. O fornecimento de tecidos e a confecção de uniformes hospitalares deverão ser mantidos, para dar suporte à ampliação de equipes contratadas para o combate do COVID-19. A locação de veículos deverá ter seu exercício e funcionamento resguardados, se considerado que o Decreto 10.282/2020 resguarda atividade de transporte de passageiros por aplicativos, sobretudo se consideradas as estatísticas no sentido de que grande parte dos veículos locados se presta a referida atividade⁴⁰.

Duas derradeiras observações se impõem quanto à sistemática acima referida.

A primeira delas consiste no fato de que na qualificação dos serviços públicos e das atividades essenciais que devem ser resguardadas, ou seja, cujo funcionamento haverá de ser preservado, o decreto presidencial necessariamente deverá, nos termos do que dispõe o já referido art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, ter como 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”*. Isso implica dizer que o Presidente da República não poderá livremente qualificar ou desqualificar os serviços públicos e as atividades essenciais que ele pessoalmente *“acha”* que devem ter o seu funcionamento mantido. Com efeito, neste momento e neste tema, as evidências científicas e as análises sobre informações estratégicas presidem mais o país do que o próprio Presidente da República. Assim, se as autoridades sanitárias, notadamente o Ministério da Saúde, recomendam, com bases científicas, a adoção de medida de quarentena mais restritivas, nem mesmo o Presidente da República poderia, *sponte propria*, flexibilizar tais as restrições tecnicamente recomendadas.

Não se pode olvidar que, uma vez determinada a quarentena, esta passa a ser a regra, e o resguardo de atividades, a exceção, razão pela qual a liberação de atividades há de ser interpretada com a devida parcimônia. Assim, o resguardo de exercício e funcionamento de certas atividades, além de observar as diretrizes científicas e as estatísticas manejadas pelos órgãos sanitários, deverá ser utilizado tão somente para *“o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”* (art. 3º, § 1º, do Decreto 10.282/2020). Ainda que tal comando normativo

⁴⁰ Estes é o objeto da ADPF 666, cujo pedido cautelar ainda pende de apreciação, diante de restrições à locação de veículos por parte de alguns Estados-membros e Municípios.



esteja situado em decreto presidencial, parece que há se servir de limitador conceitual para o próprio Presidente da República que não poderá, em razão de uma noção de autovinculação administrativa, rever tal parâmetro⁴¹.

E caso o Presidente da República venha se desgarrar dos parâmetros científicos e estatísticos, para os fins de qualificação das atividades que, em época de quarentena, devam ter o seu exercício e funcionamento resguardado, seus atos poderão – e deverão – ser sujeitos os variados modos de controle, inclusive judicial, existentes para a sindicabilidade das condutas administrativas.

A segunda observação diz com o papel dos demais entes federados (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) no tocante aos serviços públicos e atividades essenciais cujo exercício e funcionamento devem ser resguardados.

A partir da sistemática decorrente da conjugação do art. 3º, § 8º, da Lei 13.979/2020 com os decretos presidenciais já editados (Decreto 10.282/2020 e Decreto 10.288/2020), impõe-se conclusão de que os demais entes federativos, ao decretarem a quarentena, somente poderiam liberar atividades em parâmetro diversos do que as resguardadas pelo ato normativo federal, se houvesse igualmente fundamento científico e estatístico a justificar tal liberação, a partir da customização das medidas restritivas com suas respectivas realidades regionais e locais.

Explica-se: considerado o fato de que a legislação impõe sejam resguardados o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais (trata-se, pois de um verdadeiro “limite do limite” ou “restrição da restrição”), os quais são exemplificativamente indicados em decretos do Presidente da República⁴², os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios até podem se valer de suas respectivas autonomias administrativas para resguardarem (liberarem, portanto) mais ou menos serviços públicos e atividades essenciais, desde que fundamentados seus atos em critérios

⁴¹ Neste sentido, lembre-se do disposto no art. 30, da LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018, pelo qual “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. Daí porque se impõe concordar com Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira, para quem “por meio do art. 30, torna-se patente o dever de incrementar a segurança jurídica por meio de atos regulamentares e não regulamentares, formalizando a segurança e a estabilidade indispensáveis para o Estado de Direito. Demais disso, é celebrada a Administração autovinculante – em verdadeira proibição do *venire contra factum proprium* – e se confere legitimidade reforçada às suas decisões” (MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018, p. 270).

⁴² Aqui, pressuposto o fato de que os decretos presidenciais se valeram adequadamente dos critérios científicos e estatísticos manejados pelos órgãos sanitários.



científicos e estatísticos e desde que observadas suas respectivas realidades regionais e locais.

Há de ser esclarecido que isso não significa que os Estados-membros e os Municípios possam qualificar como essenciais quaisquer atividades. Além da necessidade de que sejam observados os critérios científicos e estatísticos manejados pelos órgãos sanitários (art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020), há de ser observado, quanto ao ponto, uma racionalidade sistêmica, também de índole material no sentido de que sejam resguardadas somente aquelas atividades que venham a conferir concreção ao disposto no já referido art. 3º, § 1º, do Decreto 10.282/2020, pelo qual *“são serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”*. Evidentemente, eventual qualificação, como essencial, de atividade que não se enquadra em tal noção de *“atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade”* mostrar-se-á antijurídica e, por conseguinte, sujeita a controle, inclusive judicial.

Por fim, um derradeiro ponto que já vêm surgindo com elevado grau de complexidade no tocante à competência comum de todos os entes federativos: como devem ser interpretados os casos em que há normas administrativas – sejam normas gerais e abstratas emitidas no típico exercício do poder regulamentar do poder de polícia, sejam normas com efeitos concretos e destinatários específicos – que impõem restrições diversas sobre uma mesma atividade. Imagine-se, por exemplo, que um determinado Estado-membro autorize atividade que é vedada pelo Município situado em sua circunscrição territorial⁴³. Tais conflitos, que evidentemente também repercutem no ambiente político⁴⁴, precisam ser solucionados do modo mais compatível com a Constituição Federal, que até preceitua, no art. 23, parágrafo único, que *“leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar*

⁴³ Pode-se indicar, quanto ao ponto, um exemplo real: o Decreto Estadual 55.154, de 1º de abril de 2020, do Estado do Rio Grande do Sul não cria vedação à construção civil (ainda eu proibido o atendimento ao público que importe aglomeração ou grande fluxo de clientes), ao passo que o Decreto Municipal 20.534, de 31 de março de 2020, do Município de Porto Alegre, proíbe a atividade de construção civil ressalvadas somente as obras realizadas para fins de saúde, segurança e educação.

⁴⁴ Quanto ao ponto, vide matéria jornalística que evidencia comportamentos bastante diversos do Presidente da República e Governadores do Distrito Federal e dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/03/21/interna_politica,835720/pandemia-de-covid-19-agrava-a-criese-politica-entre-bolsonaro-e-governa.shtml



em âmbito nacional”. Mas o que fazer se inexistente, em matéria de combate ao COVID-19, lei complementar que fixe a desejável cooperação? Aliás, embora seja evidente a conveniência de soluções tomadas num ambiente de cooperação, o que fazer se as pessoas que capitaneiam as instituições não parecem ter vocação para uma atuação articulada e cooperativa? Como se aplicar, em conflitos entre medidas de enfrentamento ao COVID-19, a ideia da preponderância dos interesses⁴⁵, costumeiramente referido na jurisprudência do STF?

Embora as particularidades de uma crise sanitária como esta, somada à rapidez como que os fatos se sucedem nesta temática, inviabilizem a apresentação segura de hipótese e, sobretudo, de conclusões sobre tal questão, seja no plano dogmático seja no plano sociológico, apresenta-se, como proposta teórica, a utilização sucessiva dos seguintes critérios decisórios: a) maior embasamento em base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde (art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020); b) maior compatibilidade das medidas impostas com as realidades regionais ou locais; c) maior restrição em prol da proteção à saúde e da proteção da coletividade (art. 1º, § 1º, da Lei 13.979/2020).

Assim, se houver um conflito entre restrições impostas por mais de um ente federativo, predominará aquela que demonstrar, por meio da sua fundamentação, o maior embasamento em evidências científicas e em análises sobre informações estratégicas em matéria de saúde. Se tais restrições forem igualmente embasadas, ou – o que é pior – igualmente não embasadas, ou, ainda, não fundamentadas, haverá de predominar aquela restrição mais compatível com a realidade social sobre a qual incide, priorizando-se as particularidades regionais e locais⁴⁶. Mas se tais critérios forem ineptos à solução do problema, sustenta-se a adoção da medida mais restritiva, porquanto tal é a postura de prevenção e de precaução⁴⁷ recomendável em casos como tais (lembre-se que o art. 23, II, da CF, que reconhece competência comum de todos os entes federativos, o faz mencionando que se trata de uma atribuição incumbida de “cuidar da saúde”).

⁴⁵ V.g. ADI 5.521, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09/05/2019.

⁴⁶ O comércio não é igual em todos os Municípios, por exemplo, tampouco é a construção civil. Daí o critério pelo qual se leva em conta a realidade da comunidade sobre a qual a restrição incide.

⁴⁷ Sobre a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução ao Direito Administrativo, vide: FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



Todas estas decisões administrativas e os seus respectivos fundamentos sujeitam-se a todo o conjunto de mecanismos de controle, inclusive judicial, que recaem sobre a função estatal de administração pública.

De qualquer modo, ainda que diante do predomínio de uma restrição determinada por um dos entes federativos, não estará subtraída dos demais entes federativos, a autonomia administrativa ou a competência material concorrente prevista no art. 23, II, da CF, uma vez que a eles se preservará ainda o modo de executar o resguardo do exercício e do funcionamento da atividade essencial. Um exemplo poderá ilustrar o que aqui está sendo referido: o comércio de alimentos está resguardado pelo art. 3º, § 1º, XII, do Decreto 10.282/2020, de modo que determinado Município não poderia restringir tal atividade em sua circunscrição territorial, mas poderia, em razão das suas competências administrativas, determinar que os supermercados reservassem determinado horário para o acesso privativo de pessoas integrantes dos grupos de risco.

Desta forma, a título de conclusão deste tópico, propõe-se o seguinte: a) o art. 23, II, da Constituição Federal reconhece a competência administrativa (ou material) concorrentes a todos os entes federativos para o cuidado da saúde; b) o exercício de tais competências concorrentes haverá de observar as normas gerais contidas na Lei 13.979/2020; c) o art. 3º, § 7º, da Lei 13.979/2020 estabelece que, em todos os casos, as medidas administrativas de enfrentamento ao COVID-19 podem ser impostas pelo Ministério da Saúde, em outros por gestores locais de saúde desde que autorizados pelo Ministério da Saúde e, por fim, há casos em que algumas medidas podem ser levadas a efeito por gestores locais de saúde independentemente de autorização; d) quanto à requisição administrativa, prevista no art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020, deve-se atentar para que o emprego de tal instrumento não cause desabastecimento de bens e serviços imprescindíveis ao combate ao coronavírus, seja pela atual desarticulação dos entes federativos na sua imposição, seja pelo demasiado atraso no pagamento das ulteriores indenizações, o que importará descapitalização de um dos setores econômicos mais relevantes para a superação de tal crise; e) quanto à quarentena, medida mais abrangentes de enfrentamento do COVID-19, ainda que necessária a adoção de tal medida, devem ser resguardados o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais; f) as autoridades administrativas não poderão se desgarrar dos dados científicos e estatísticos manejados pelos órgãos sanitários, fundamentalmente o Ministério da Saúde, quando da qualificação ou desqualificação de serviços públicos e



atividades essenciais, a terem seu exercício e funcionamento resguardados (mantidos), sob pena de violação ao art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020; g) da sistemática normativa que se extrai do art. 3º, § 8º e 9º, da Lei 13.979/2020 e dos decretos presidenciais já editados, tem-se que as atividades neles exemplificativamente referidas não podem ser ampliadas ou restringidas por Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios, os quais igualmente devem ser fundamentados em critérios científicos; g) havendo divergência entre medidas de quarentena impostas por diferentes entes federativos, devem predominar aquelas que tenham a maior fundamentação científica; se forem igualmente fundamentadas (ou mal fundamentadas) quanto aos aspectos científicos, devem predominar aquelas mais compatíveis com as respectivas realidades locais; não sendo possível aferir quais as mais compatíveis com as respectivas realidades locais, devem predominar aquelas medidas mais restritivas, em nome da precaução e prevenção recomendáveis neste momento.

4. Considerações finais

O Mundo passa por uma grave crise, causada pela pandemia do COVID-19. Ainda não é possível compreender os impactos que tal surto ocasionará, embora já se possa cogitar de que as soluções aos inúmeros problemas advindos da pandemia dependerão de interpretações jurídicas que revisitarão inclusive institutos já aparentemente sedimentados.

Neste artigo, tratou-se da questão que diz com a distribuição constitucional de competências legislativas e administrativas (ou materiais).

Buscou-se demonstrar que a competência da União para editar normas gerais em matéria de saúde (art. 24, XII, CF) deve ser devidamente articulada com a competência administrativa comum de todos os entes federados (art. 23, II, da CF). No exercício das competências administrativas, os entes federativos devem primar por uma atuação cooperada, mas havendo divergências entre as medidas empregadas, sobretudo as medidas de quarentena, devem predominar aquelas que estiverem mais bem fundamentadas em critérios científicos, atendendo-se para as respectivas realidades regionais ou locais sobre as quais incidem, minimizando, pois, interferências pessoais e ideológicas.

Porto Alegre, RS, 02 de abril de 2020 (em quarentena).



5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Comentários ao Art. 24**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação – transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. **Coronavírus e o "Direito Administrativo da crise"**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/carvalho-maffini-coronavirus-direito-administrativo-crise>. Acesso em: 28 mar. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações**. Acessível em <http://www.saude.mppr.mp.br/pagina-359.html>.

DELLA GIUSTINA, Vasco. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**, Del Rey, Belo Horizonte, 1995.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre. **Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/competencias.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. **Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 8. Ed. São Paulo: RT, 2019.



SCHWIND, Rafael Wallbach. **Reflexões sobre a lei 13.979/20 e o decreto 10.282/20: descabimento de restrições a serviços essenciais sem prévia articulação com o poder concedente e a agência reguladora.** Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/322804/reflexoes-sobre-a-lei-13979-20-e-o-decreto-10282-20-descabimento-de-restricoes-a-servicos-essenciais-sem-previa-articulacao-com-o-poder-concedente-e-a-agencia-reguladora>. Acesso em 28 mar. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador.** 1^o ed. 2^a tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. **A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil / The emergency of the new coronavirus and the “quarantine law” in Brazil.** Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>>. Acesso em: 19/03/2020.

Sober o autor

Rafael Maffini

Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS, Professor Adjunto na UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil. Advogado. E-mail: rafael.maffini@rmmgadogados.com.br

O autor é o único responsável pela redação do artigo.

