

Controle judicial, competência concorrente e a pandemia

16/05/2020

A atual pandemia tem sido motivo de contínuos conflitos entre a presidência da república, estados e municípios. Em meio a ela, prefeitos e governadores, com maior ou menor sintonia, têm tomado medidas mais ou menos restritivas — conforme suas convicções as condições específicas de suas regiões — que por vezes divergem daquelas tomadas por Jair Bolsonaro. Em meio a essa crise, o judiciário tem sido provocado a controlar tais medidas e, diante de eventuais conflitos entre normas emitidas pelos diversos entes federativos, estabelecer qual



O primeiro ato desse conflito se deu com a edição da

MP 926/2020 pelo presidente, suspensa em parte por decisão cautelar do ministro Marco Aurélio, depois confirmada por unanimidade no plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.341. O segundo ato se iniciou com o posterior Decreto 10.344/2020, editado por Bolsonaro, estabelecendo serem “serviços públicos e atividades essenciais”, dentre outros, as “atividades de construção civil”, as “atividades industriais”, “salões de beleza e barbearias” e as “academias de esporte de todas as modalidades”, em conflito com diversas medidas municipais e estaduais mais restritivas.

Essa sucessão de decisões governamentais e judiciais tem gerado perplexidade, confusão e dúvidas, dentre as quais destaca-se a seguinte: diante de conflito entre normas mais restritivas e menos restritivas, qual delas prevalece, a mais específica ou a mais restritiva?

Responder a essa pergunta exige compreender o que foi decidido pelo Supremo nas ADI 6.341 e a relação do Decreto 10.344/2020 com ela, mas exige também compreender que, 5.570 municípios, 26 estados e um distrito federal, esses conflitos específicos serão geralmente decididos não pelo Supremo, mas pelos diversos juízes e desembargadores dos diferentes



tribunais brasileiros.

A decisão do Supremo deixou clara a competência concorrente entre a União, estados e municípios para tomar medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública. Tão clara que a única divergência foi sobre a necessidade de se explicitar isso ou não, declarando que a interpretação conforme do art. 3º da Lei 13.979/2020 (com redação dada pela MP 926) determina que apesar de a União poder legislar sobre o tema, é resguardada a autonomia de estados e municípios para decidir sobre ele. Os ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, apesar de concordarem com os demais, consideraram desnecessário explicitar essa competência, que decorre do texto Constitucional, ficando vencidos diante do voto dos demais sete ministros que votaram pela necessidade dessa didática explicitação, conforme proposto pelo ministro Edson Fachin. O tempo e o novo Decreto 10.344 aparentemente vindicam a preocupação da maioria, demonstrando que na atual crise clareza e didatismo nunca são demais.

Diante do novo decreto de Bolsonaro novas perguntas surgiram. Seria isso uma afronta à decisão do Supremo? As novas atividades incluídas na lista de serviços públicos e atividades essenciais estariam então de fato liberadas? Como resolver os conflitos entre a liberação presidencial e as restrições estaduais e municipais?

Se, politicamente, a decisão de Bolsonaro pode ser vista como uma afronta ao consenso de especialistas sobre a importância do isolamento social e uma maneira de apelar para sua base, juridicamente a decisão do Supremo ao mesmo tempo a permitia e a tornava, a priori, ineficaz. Se é verdade que a União tem competência para legislar sobre as medidas de combate a pandemia, tendo sido resguardada a autonomia dos estados e municípios, suas normas específicas mais restritivas prevaleceriam.

A lógica da competência se relaciona com a necessidade de medidas como essas se adequarem à realidade específica de cada região. Medidas mais ou menos restritivas podem ser mais ou menos necessárias dependendo da extensão da contaminação em cada ente da federação, bem como da capacidade do sistema de saúde local tratar adequadamente os doentes. Mais especificamente, decisões sobre o funcionamento do transporte público, do comércio e sobre a essencialidade de uma determinada atividade dependem do contexto social, econômico, demográfico e urbano dos estados e municípios. Prevaleceria, assim, em princípio, desde que dentro de sua competência, a norma mais específica.

Essa prevalência se justifica juridicamente, como já explicado, pela competência concorrente, mas também por um componente pragmático: proibições tendem a prevalecer sobre autorizações enquanto não forem suspensas pelo judiciário.

Diante de proibições municipais e estaduais, sendo fiscalizadas por agentes de segurança e fiscais, desobedecer a essas normas traz o risco de uma punição. Por isso, na prática, a liberação presidencial não produziria efeitos imediatos diante de medidas mais restritivas de governadores e prefeitos. O conflito seria provavelmente levado ao judiciário, o qual teria uma tarefa dupla, em primeiro lugar, verificar se a norma estadual ou municipal está dentro da competência concorrente estabelecida pela Constituição e, em segundo lugar, verificar se há uma relação razoável entre a realidade fática e a medida local. Note-se, no entanto, que

independentemente de tal decreto o judiciário já vem sendo provocado a fazer ambas essas tarefas e que, em relação a esse exame, o novo decreto presidencial acrescenta quase nada.

O ponto até aqui é simples: seja pela competência concorrente, seja por elementos pragmáticos, sempre que a medida mais específica for também a mais restritiva, a priori, ela prevaleceria; e mesmo diante de um eventual controle judicial, desde que a restrição seja justificada por argumentos razoáveis, ela tenderia a prevalecer.

Há, no entanto, uma segunda possibilidade ainda não explorada. O que prevaleceria quando a norma mais específica (municipal) divergisse de uma norma menos específica (estatual) que fosse também mais restritiva.

Se é verdade que municípios têm competência concorrente e, com base em seu conhecimento específico das peculiaridades locais, têm autonomia resguardada para tomar medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública, poderiam então prefeitos tomar medidas menos restritivas que o governador de seu estado? É essa a questão concreta fundamental por trás da pergunta se, havendo conflito, o que prevalece é a medida mais específica ou a mais restritiva. Uma vez que, evidentemente, essa dúvida só se coloca quando a medida mais específica não for também a mais restritiva.

Quanto a isso, a resposta pragmática é a mesma: a priori, proibições prevaleceriam sobre autorizações enquanto essas não forem suspensas pelo judiciário. Mas qual seria a resposta jurídica. Ou seja, em outras palavras, uma vez provocado, qual deveria ser a decisão judicial ao diante de tais conflitos normativos?

Formalmente a resposta é a mesma, se a competência concorrente se justifica pela proximidade do governante local com o contexto fático específico, o que estaria em jogo seria, a princípio, a capacidade de o prefeito demonstrar que as peculiaridades locais justificam a medida menos restritiva. No entanto, há, no caso, duas considerações adicionais. Em primeiro lugar, no julgamento da ADI 6.341 diversos ministros salientaram a importância de coordenação entre os entes federados, criticando especificamente o desempenho do presidente quanto a essa função e, portanto, há amplo espaço para o governador argumentar que medidas descoordenadas menos restritivas dos municípios ameaçam o combate a epidemia no estado. Em segundo lugar, pragmaticamente, uma crise como a atual justifica o apelo judicial ao princípio da precaução: desde que minimamente razoáveis, decisões estatuais mais restritivas deveriam prevalecer sobre normas locais, independentemente da competência concorrente dos municípios.

Diante de uma emergência de saúde pública de âmbito nacional e da existência de 5.570 municípios brasileiros, controlar essas medidas é uma tarefa que não cabe e nem poderia caber ao Supremo, mas aos inúmeros juízes que compõem o judiciário. Ao Supremo caberia apenas a função de providenciar os parâmetros gerais para a decisão desses casos concretos. Quanto a isso, os juízes estão melhor situados para analisar especificamente a razoabilidade das medidas locais, mas isso não significa que a tarefa deles seja substituir as decisões da administração pública por suas convicções pessoais. Pelo contrário, é fundamental compreender sua função como a de controlar a legalidade dessas medidas conforme os parâmetros estabelecidos pelo Supremo na ADI 6.341, mas também imbuídos por um profundo senso de responsabilidade e precaução diante da necessidade de uma atuação coordenada no combate ao vírus e da



irreversibilidade dos efeitos do relaxamento precoce do isolamento social.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-16/observatorio-constitucional-control-e-judicial-competencia-concorrente-pandemia/>