

O Supremo Tribunal Federal e o federalismo cooperativo no enfrentamento à pandemia da covid-19

The Federal Supreme Court and federalism facing covid-19 pandemic

Recebido em 10.07.2024 | Aprovado em 19.08.2024

Amanda Carolina Silva Vinci

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

Resumo: O objeto deste artigo é propor reflexões, a partir do método dedutivo, sobre a formulação de Estado adotada pelo País e como tal se mostrou ao longo da pandemia. Os séculos XVIII e XIX inauguraram o modelo clássico do federalismo, caracterizado por uma separação estanque das competências – entre privativas e exclusivas. Referido sistema de repartição não foi suficiente para atender ampliações progressivas conferidas aos poderes da União. O federalismo cooperativo representou nova conformação do Estado federal, ulteriormente aperfeiçoado pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Esse sistema é compatível com o nosso federalismo cooperativo, adotado pelo constituinte de 1988, no qual se tem uma coordenação de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais, que encontra expressão na competência concorrente partilhada pela União, estados e Distrito Federal para legislar (art. 24, XII, da CF), na competência comum a todos eles e aos municípios (art. 23, II, da CF). Por se tratar de uma moléstia que atingiu o País por inteiro, o Supremo Tribunal Federal já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei n. 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde. É necessária uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central.

Palavras-chave: federalismo cooperativo; covid-19; saúde pública.

Abstract: The purpose of this project is to propose reflections, based on the deductive method, on the formulation of the State adopted by the country and how it has shown itself throughout the pandemic. The 18th and 19th centuries inaugurated the federalism's classic model characterized by the separation of competences – between private and exclusive. This distribution system was not enough to meet the progressive expansions attributed to the powers of the Union. Cooperative federalism represents the new conformation of the federal State, further improved by the Bonn's Fundamental Law, in 1949. This system is compatible with our cooperative federalism, adopted by the 1988 constituent, in which there is a coordination of competences and responsibilities at different governmental levels that finds expression in the concurrent competences shared by the Union, states and the Federal District to legislate (art. 24, XII, CF), in common competence among them and also the municipalities (art. 23, II, CF). Since we are facing a disease that affects the entire country, the Federal Supreme Court has already established that the specific competences of the Union on epidemiological surveillance, which resulted in the Federal Law no. 13.979/2020, does not inhibit the competence of other federation entities regarding the provision of health services. A strong proactive action by public agents is mainly required to fill gaps or omissions of the central government.

Key-words: cooperative federalism; covid-19; public health.

Sumário: 1 Introdução. 2 Noções iniciais – as feições do federalismo cooperativo tricotômico. 3 O federalismo e a democracia. 4 O modelo vertical de repartição de competências na Constituição Federal de 1988. 5 O Estado de Bem-Estar. 5.1 Corrigindo assimetrias de fato e de direito. 5.2 Precedentes do Supremo Tribunal Federal – ADPF 770-MC e ACO 3451-MC. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O pacto federativo encerra uma promessa do constituinte originário ao povo brasileiro ao assegurar que cada ente federado terá condições de prover o mínimo necessário à existência e manutenção da vida de cada um. Tanto é verdade que, em face de uma pandemia que assolou o cenário mundial, como é a do SARS-CoV-2, a atuação cooperada entre estados e municípios nunca foi tão imperativa, mormente se

considerarmos a omissão do ente central, na atual conjuntura, no quesito enfrentamento à covid-19.

O vírus tem assolado as realidades de milhões e, por essa razão, onde o Governo Federal deixou lacunas, o Poder Judiciário tentou colmatar alguns desses espaços. A partir da análise de dois precedentes paradigmáticos a respeito do tema, será possível observar como o federalismo é mais do que uma previsão constitucional, sendo um fundamento hábil a justificar a iniciativa de estados e municípios na proteção de suas respectivas populações, observado o peculiar interesse que guarda cada região.

A partir dos conflitos interinstitucionais, perpassaremos o resgate do direito à saúde, sobretudo sua manutenção, em um cenário que combina tensões políticas e sociais, ameaçando a efetivação do direito à saúde no contexto da pandemia no Brasil.

2 Noções iniciais – as feições do federalismo cooperativo tricotômico

Com o passar dos anos, a configuração clássica do federalismo – a dual –, originalmente inaugurada pela Constituição dos Estados Unidos entre os séculos XVIII e XIX, mostrou-se insuficiente. A repartição horizontal e estanque das competências entre os entes federativos deixou em uma zona cinzenta aquelas competências que não eram privativas ou exclusivas – as residuais. De todo modo, a função precípua dessa modalidade de federalismo foi atingida – a limitação dos poderes da autoridade central –, inspirando a formulação de Estado que adotamos hoje no Brasil: o federalismo cooperativo.

Quando uma mesma matéria pode ser objeto legislativo de mais de um ente federativo, de forma cooperada, criam-se novas categorias destinadas a classificar as diversas espécies de competência que podem existir, ultrapassando o que se conhecia até então por privativas ou exclusivas. Abre-se espaço às competências concorrentes (legislativas) e comuns (administrativas).

Em sede de competências concorrentes, estas podem ser de duas espécies, conforme leciona Ferreira Filho. Sendo assim, elas se subdividem em cumulativas e não cumulativas. As primeiras são as que podem ser

afetas a todos os entes da federação, de maneira integral. As segundas, por sua vez, fracionam-se em níveis, cada qual numa esfera federativa. É dizer, enquanto um ente estabelece normas gerais, outro pode trazer normas específicas sobre determinado tema (Ferreira Filho, 1997, p. 182).

A Lei Fundamental de Bonn representou um grande marco nesse momento. Tal conformação de Estado federal, de atuação coordenada, demonstrou ainda maior preocupação no assentamento das bases de um Estado prestador. O indivíduo não apenas opõe seus direitos de primeira dimensão, mas exige uma atuação negativa do Estado, sua participação efetiva, em todos os níveis, como é o caso das matérias atinentes aos direitos sociais, por exemplo.

No Brasil, buscou-se por uma atuação menos centrípeta e mais centrífuga, dificultando a instituição de formas de governo totalitárias, na medida em que o ente central – a União – não é o único legitimado a pensar legislativamente sobre aquilo que é indispensável às pessoas, ainda que a tendência dominante seja centrípeta, tal qual a formulação dual (Mohn, 2010, p. 242). Além desses aspectos,

a organização federativa favorece a preservação das características locais, reservando uma esfera de ação autônoma a cada unidade federada. Por tudo isso, o Estado Federal passou a ser visto como sendo mais favorável à defesa das liberdades do que o Estado centralizado. E, invertendo a concepção inicial, passou-se a considerá-lo a expressão mais avançada de descentralização política (Dallari, 2011, p. 231-232).

A exemplo da Alemanha, entre 1945 e 1949, o processo legislativo constitucional encontrava raízes na esfera política. Inspirados pelas Recomendações de Londres, de junho de 1948, pela Convenção Constituinte de *Herrenchiemsee*, foram discutidos os pilares fundamentais da democracia, do Estado de Direito, dos direitos, do federalismo, da separação dos poderes, das competências legislativas e administrativas, entre outros (Stolleis, 2008, p. 143).

Havia uma latente preocupação em reafirmar os direitos, sobretudo os de primeira dimensão, visando assegurar as garantias fundamentais e afirmar o indivíduo perante o Estado. Essa orientação ocasionou a ruptura da ordem político-social medieval, mormente através da separação dos poderes, caracterizável a partir do conceito de lei como

a única forma de manifestação do poder soberano através da produção legislativa, por meio da qual é possível classificar as funções jurídicas do novo modelo de Estado (Medeiros, 2008).

Referido modelo, inspirado pelo federalismo contemporâneo europeu, mais precisamente a Lei Fundamental de Bonn, teve a pretensão de tirar o melhor proveito da utilização das competências concorrentes, que haviam significado um avanço na Alemanha “no sentido de propiciar um relacionamento federativo balanceado, principalmente em função do tratamento que deu à competência legislativa” (Almeida, 2005, p. 76 *apud* Mohn, 2010, p. 220).

A primeira formulação do federalismo comportou uma dinâmica ainda muito simplista de divisão de competências, o que se aprimorou e pôde assumir diversas feições, mesmo em seus primeiros anos de existência, como foi o caso da organização dos Estados Unidos, mais próxima do federalismo de configuração originária e dual, ou a da Alemanha de Weimar, em 1919, ao assumir nova roupagem.

3 O federalismo e a democracia

Existe uma forte conexão entre a democracia e o federalismo, o que nos conduz a uma configuração de Estado organizativa, distinta e independente dentro do que nossa legislação permite a cada ente, em seu âmbito de atribuição e discricionariedade. Aponta-se, por fim, um componente de segurança democrática presente no Estado federal. Nele, o poder é exercido segundo uma repartição não somente horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária –, mas também vertical, entre estados-membros e União, em benefício das liberdades públicas.

Os estados-membros dispõem ainda de uma característica importantíssima: a autonomia. A autonomia implica, necessariamente, descentralização do poder, todavia não apenas administrativa, mas também política. Cada unidade federal conta com capacidade legislativa constitucionalmente reconhecida. Há no Estado Federal dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território e sobre seus cidadãos, incidindo normas gerais da União e disposições complementares e ordinárias dos estados-membros.

Democracia e federalismo, se nos ativermos aos exemplos dos Estados Unidos e da Confederação Suíça, são compatíveis, sob determinados pressupostos concretos; e o federalismo, se a organização estatal formar nessa democracia os meios mais seguros para a descentralização. Em uma coletividade estatal que é, ao mesmo tempo, organizada federalmente e governada parlamentarmente no atual Reich alemão, o federalismo obtém, por conseguinte, duas novas justificativas: primeiro, ele é um meio de autêntica descentralização territorial e, segundo, ele pode, de forma análoga às anteriormente mencionadas separações autônomas da economia pública do Reich e às tentativas de "neutralização" ainda a serem discutidas, ser visto como antídoto contra os métodos de um pluralismo político-partidário (Schmitt, 2007, p. 139-140).

Nesta senda, ensina Dallari (2011, p. 230) que a base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, de modo que todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais. A Lei Maior ainda possibilita a esses entes a autonomia necessária ao compartilhamento do poder político. Matérias de grande relevo, como é o caso da saúde, que importam a todas as unidades federadas, são partilhadas pela União com os governos estaduais, dotados de autonomia política, podendo fixar sua própria orientação nos assuntos de seu interesse, desde que não contrariem a Constituição Federal.

Em relação à pandemia, durante o longo período de inércia do Governo Federal, estados se mobilizaram para pedir auxílio externo, em um cenário de descoordenação governamental, sem prejuízo da resiliência do sistema único de saúde que, apesar de subsistir em meio ao subfinanciamento, socorreu os estados e municípios. Dentro do contexto dessa crise sanitária sem precedentes, 68,95% dos valores destinados ao enfrentamento da covid-19 foram destinados aos governos subnacionais, o que representa 84,5% do total executado (Fernandes; Pereira, 2020).

Com vistas a uniformizar e aparelhar o sistema de saúde, foi editada a Lei n. 13.995/2020, que dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União às santas casas e hospitais filantrópicos, sem fins lucrativos, que participam de forma complementar do Sistema Único no exercício financeiro do ano de 2020. A União entregaria as verbas por meio dos fundos de saúde estaduais, distrital ou municipais com os quais

estivessem contratualizados, auxílio emergencial no montante de até R\$ 2.000.000.000 (dois bilhões de reais), preparando-os para trabalhar de forma coordenada com o Ministério da Saúde e com os gestores estaduais, distrital e municipais do SUS, nos termos do art. 1º, *caput*.

Ainda, o critério de rateio do auxílio financeiro previsto seria definido pelo Ministério da Saúde, sendo obrigatória a divulgação, com ampla transparência, dos montantes transferidos a cada entidade beneficiada por meio do respectivo fundo de saúde estadual, distrital ou municipal (§ 1º).

A integralidade do valor do auxílio financeiro recebido nos termos da Lei n. 13.995/2020 deveria ser, obrigatoriamente,

aplicada na aquisição de medicamentos, de suprimentos, de insumos e de produtos hospitalares para o atendimento adequado à população, na aquisição de equipamentos e na realização de pequenas reformas e adaptações físicas para aumento da oferta de leitos de terapia intensiva, bem como no respaldo ao aumento de gastos que as entidades terão com a definição de protocolos assistenciais específicos e com a contratação e o pagamento dos profissionais de saúde necessários para atender à demanda adicional (art. 3º).

Segundo Fernandes e Pereira (2020),

[a] distribuição dos recursos foi realizada em duas parcelas, por meio das portarias 1393 e 1448, publicadas em 21 e 29 de maio de 2020, respectivamente, e teve como base o quantitativo de leitos do SUS do CNES até a data de 12 de maio de 2020, das santas casas e dos hospitais filantrópicos constantes nos Planos de Contingências dos estados e Distrito Federal, e dos situados nos municípios que possuem presídios.

4 O modelo vertical de repartição de competências na Constituição Federal de 1988

A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim. Consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria. As constituições federais preveem, ainda, uma repartição de rendas, que vivifica a autonomia dos estados-membros e os habilita a desempenhar as suas competências, garantindo a realidade

da autonomia dos estados – e o mesmo vale para o Distrito Federal e para os municípios.

O modo como se repartem as competências indica que tipo de federalismo é adotado em cada país. A concentração de competências no ente central aponta para um modelo centralizador (também chamado centrípeto); uma opção pela distribuição mais ampla de poderes em favor dos estados-membros configura um modelo descentralizador (ou centrífugo). Havendo uma dosagem contrabalanceada de competências, fala-se em federalismo de equilíbrio (Mendes, Branco, 2014, p. 849).

O chamado modelo moderno responde às contingências da crescente complexidade da vida social, exigindo ação dirigente e unificada do Estado, em especial para enfrentar crises sociais e guerras. Isso favoreceu uma dilatação dos poderes da União com nova técnica de repartição de competências, em que se discriminam competências legislativas exclusivas do poder central e também uma competência comum ou concorrente, mista, a ser explorada tanto pela União como pelos Estados-membros (Mendes; Branco, 2014, p. 804).

O federalismo cooperativo deu azo a uma maior participação de uma esfera em outra no desempenho das competências. Sua configuração e os mecanismos adotados para a cooperação entre os entes federativos não foi uniforme nos diversos estados federais. A Federação é consubstanciada em um *Zeitgeist* iluminista (Sarlet; Marinoni, 2019, p. 58) ao trazer nova configuração ao ente estatal, promovendo maior autonomia entre União e estados federados através da repartição de tarefas.

Na espécie, a repartição das competências, diferentemente do modelo dual, não é horizontal, radicalmente separada e determinada, mas vertical, inspirada nas balizas alemãs para essa configuração de Estado,

cujo funcionamento não recai sobre as mesmas bases da norte-americana, mas sim na técnica de repartição vertical de competências (distribuição funcional) entre os entes federativos. Esse modelo tem suas origens na Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e na Constituição austríaca de 1920, mas ganhou forma e aplicação nas Constituições desses países posteriores à 2ª Guerra Mundial (Mohn, 2010, p. 218).

O Brasil passou por um processo de descentralização do poder. No primeiro século (1889-1988), o federalismo ainda se mostrou pouco efetivo, vigendo de maneira meramente formal. Foi então que, em 1988,

essa formulação ganhou contornos, consolidando a redemocratização brasileira, todavia, contando com um passado bastante marcado pela concentração do poder nas mãos de poucos, a exemplo das oligarquias e, tempos depois, dos militares, fazendo do federalismo um refrigério em termos de descentralização do poder.

Conforme explica Mohn, no sistema constitucional atual,

convivem a repartição horizontal e a repartição vertical de competências. Sob a orientação de repartição horizontal, foram relacionadas as competências da União, no campo material [...], permanecendo os Estados com as competências remanescentes e os Municípios com as competências definidas indicativamente (Brasil, 1988, arts. 21, 22, 25 e 30). O Distrito Federal acumula as competências estaduais e municipais, com poucas exceções (arts. 21, XIII, XIV, e 22, XVII).

Quanto à repartição vertical, ela se aplica onde possa haver atuação concorrente dos entes federativos. Foram previstos domínios de execução comum, em que pode ocorrer a atuação concomitante e cooperativa entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988, art. 23). No campo legislativo, foram definidos domínios de legislação concorrente, nos quais a União estabelece as regras gerais a serem suplementadas pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios (BRASIL, 1988, arts. 24 e 30, II).

De forma não sistemática, também há previsão de competência legislativa concorrente em alguns domínios que a Constituição atribui como privativos da União (BRASIL, 1988, art. 22, IX, XXI, XXIV, XXVII). Ainda nas matérias privativas da União, admite-se a possibilidade de delegação aos estados do poder de legislar sobre questões específicas (BRASIL, 1988, art. 22, par. único) (Mohn, 2010, p. 219-220).

Tem-se, portanto, uma repartição de competências muito mais sofisticada. Horta (2002, p. 446) entende que a

tarefa de reconstrução e de retificação não se limitou a repor o edifício demolido na sua arquitetura anterior [...] além da edificação reconstruída, para introduzir novos fundamentos e modernizar o federalismo constitucional brasileiro.

Foi algo, de fato, positivo, em prol do equilíbrio e da atuação conjunta dos entes em matérias que envolvem diversas esferas de poder, inclusive os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará, em estudos direcionados aos impactos da pandemia no orçamento, detectou amostras da relevância do direito e do acesso à saúde no Brasil nos valores planejados pela União para o Ministério da Saúde, descontados aqueles indicados para o Fundo Nacional de Saúde e também de emendas parlamentares. O planejamento condicionado do ano de 2020 apontava para um montante de 152,4 bilhões. Todavia, houve acentuada diferença entre os valores orçados pela União e o repasse aos entes. Em certa medida, esse fator pode ser limitante à implementação das políticas públicas.

Houve diferença de R\$ 107,9 bilhões de reais entre o orçado e o efetivamente pago (valor referente apenas ao montante indicado pela União)^[1]. Tal discrepância, inclusive se pensada em uma fase inicial da pandemia, trouxe severos reflexos para os estados-membros, municípios e o Distrito Federal, dependentes de recursos financeiros da União. A demora na transferência de recursos orçamentários em um governo central majoritariamente avesso às temáticas relacionadas aos direitos humanos fez do Poder Judiciário – mais precisamente o Supremo Tribunal Federal – o garantidor do direito à saúde no País.

5 O Estado de Bem-Estar

O Estado, ao deixar seu papel não intervencionista para assumir nova postura, a de agente do desenvolvimento e da justiça social, oferece prestações positivas aos indivíduos (serviços de educação, saúde, previdência), o que corresponde a um direito destes a tais prestações. Leciona Agustín Gordillo que

a diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais, e é sobre essa base que constrói seus próprios princípios (Gordillo, 1977, p. 74).

Impõe-se ao Estado o dever de atingir objetivos sociais e atribui-se aos indivíduos o correlato direito de exigí-los. Os elementos do conceito de Estado Social e Democrático de Direito são, portanto:

a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado (Sunfeld, 2010, p. 53-54).

Por assim ser, o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. Nesse contexto, foi a partir da Constituição de 1934 que o constitucionalismo social foi inaugurado no Brasil. Isso significa afirmar que os direitos sociais, visando à promoção da igualdade material, passaram a ser constitucionalizados, aumentando, assim, o compromisso estatal com a efetividade dos referidos direitos, enfatizando os direitos coletivos, inspirados pela Constituição de Weimar, de 1919.

A União, ao legislar sobre as normas gerais, permite que os estados-membros possam participar ativamente na elaboração de suas medidas e na expressão da vontade do ente global (República Federativa do Brasil). Em se tratando da legislação concorrente, que reúne matérias de grande relevância para todos os entes, a legislação federal se impõe pela necessidade de legislação uniforme. Por isso, ao estabelecer diretrizes gerais, permite que o ente central participe na busca pela redução das desigualdades.

Em “Dilemas do Estado Federal Brasileiro”, Bercovici (2004) aponta a União como o ente responsável pela redução das desigualdades regionais à luz das normas constitucionais de 1988. Nesse sentido, o ente central passa a ocupar um papel fundamental na promoção de políticas públicas para fomentar o desenvolvimento regional, inclusive em países com disparidades sociais como o Brasil, empregando os fundos em suas relações federativas.

No governo atual, a atuação ao longo da pandemia, inclusive inicialmente, remanesceu sobre três pilares (Abrucio *et al.*, 2020, p. 669). O primeiro diz respeito à divisão rígida de funções entre níveis de governo, responsabilidades paulatinamente repassadas a estados e municípios, enquanto o ente central se distanciava do problema – em

termos de financiamento e apoio à redução das desigualdades territoriais, partindo da premissa de que estados e municípios são mais eficientes nas decisões de alocação de recursos.

A despeito da autonomia conferida pela Constituição para que os entes federados legislem, administrem e executem determinadas matérias, é equivocado pensar que tal divisão constitucional de competências outorga à União o direito de intervir minimamente no caos pandêmico que assolou a população brasileira. Isso só traz maior desigualdade entre governos subnacionais na provisão de serviços.

O segundo pilar traz a lume o dualismo. Malgrado se verifique pouca ou nenhuma intervenção do Governo Federal na operacionalização da prevenção e tratamento da covid-19 no Brasil, há concentração autocrática nas mãos da União em decisões que afetam entes subnacionais, a exemplo do que ocorre na região amazônica: “o conselho criado para cuidar desta questão excluiu governadores da região da estrutura de governança” (Abrucio *et al.*, 2020).

O último é o confronto intergovernamental, de discurso beligerante, monólogos que se resumem a atizar seu eleitorado e marcar posição antissistema, politizando a crise sanitária, banalizando perdas irreparáveis, negligenciando a saúde de uma população inteira ao assumir posição temerária, ao causar conflitos interinstitucionais como ferramenta para distrair as atenções do problema da pandemia no Brasil.

5.1 Corrigindo assimetrias de fato e de direito

Ainda que a pedra axial dos estados federais seja a unidade, e sua experiência tenha se mostrado bem-sucedida, na prática, as tradições regionais exigem que sejam observadas as peculiaridades de cada ator federativo subnacional, a bem da manutenção e do respeito à diversidade. Existem assimetrias de fato e de direito, estas previstas na própria Constituição Federal, que fazem parte do nosso desenho institucional, compondo o maior desafio que se impõe a qualquer Federação.

É imprescindível que o arcabouço jurídico desenhado no texto constitucional consiga integrar as diversas ordens governamentais na execução de um único projeto nacional de desenvolvimento. Sobrelevam-se

muito as tensões entre constitucionalismo e ciência política. Devem ser instituídas metas que visem à uniformidade, velando pela manutenção do pacto federativo sob a égide de uma mesma Carta. Certo é que

o pressuposto de todo regime federativo é permitir que as partes se completem no todo nacional, de forma que a soma dos valores comungados pelos componentes do conjunto traduza-se em comandos informadores das verídicas exigências e expectativas que motivaram a criação da organização estatal (Oliveira, 2011, p. 3).

De acordo com o exposto adrede, as assimetrias, quando de fato, conformam a existência de desigualdades culturais, socioeconômicas, geográficas, ocasionando discrepâncias entre as unidades da federação. É o que o estado do Maranhão alegou na ADPF 770-MC^[2], conforme se verá oportunamente. Noutro giro, a assimetria de direito é imanente à própria Constituição Federal. De certa forma, é mais do que a razão de ser, senão condição das assimetrias políticas – ou de fato –, haja vista repousar

em fórmulas diferenciadas de distribuição de competências entre entes federados, além de serem albergadas em múltiplas alternativas de compatibilização das heterogeneidades regionais por meio de arranjos constitucionais encarregados de definir a feição de cada um dos Estados federais existentes (Oliveira, 2011, p. 4).

É cediço que o Brasil é uma das nações mais desiguais do mundo, e a pandemia da covid-19 só fez escancarar nossas desigualdades. A ausência de um sistema integrado de enfrentamento, tanto preventivo quanto curativo, tornou disfuncional a atuação do Brasil se comparada à de outros países que já vinham atentos à crise sanitária que estava prestes a se instaurar ante o caos pandêmico. O regime federativo mostrou-se insuficiente, e a comunicação entre os entes, ruidosa. Foram ignoradas as carências e necessidades tão prementes desde a vida pré-covid-19.

Contingências territoriais, tal qual nos foram apresentadas, desde a ausência de oxigênio nos cantos mais remotos do Brasil até o descaso reprovável da autoridade máxima do País, colidem frontalmente com o desenho do nosso Estado. O pacto federativo se insere no contexto de desigualdade e *desuniformidade* como a garantia ao cidadão de que cada unidade federal mobilizará esforços para atender suas necessidades, em especial a saúde.

A implementação de uma atuação em rede, em tempos de covid-19, nunca foi tão imperativa para a manutenção da democracia e da efetividade de direitos. O Poder Público deve administrar de forma dinâmica, atento às implicações fáticas de suas decisões, que devem ser condizentes com o contexto regionalizado de cada ente, ainda mais no que se refere à indução e à execução de políticas públicas em saúde, evitando a judicialização e se fazendo presente em todas as esferas de governo.

5.2 Precedentes do Supremo Tribunal Federal – ADPF 770-MC e ACO 3451-MC^[3]

Segundo o Ministério da Saúde,

[a] covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em amostras de lavado broncoalveolar obtidas de pacientes com pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, em dezembro de 2019. Pertence ao subgênero Sarbecovírus, da família Coronaviridae, e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos^[4].

Em fevereiro de 2020,

[a] Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o Covid-19, causado pelo novo coronavírus, já é uma *pandemia*. Segundo a Organização, *pandemia* é a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma *epidemia*, *surto* que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com *transmissão sustentada* de pessoa para pessoa (Fiocruz, 2021. Grifos no original).

Na atual conjuntura,

uma vacina eficaz e segura é reconhecida [mundialmente] como uma solução em potencial para o controle da pandemia, aliada à manutenção das medidas de prevenção já estabelecidas.

O primeiro programa de vacinação em massa no mundo começou no início de dezembro de 2020, foram administradas pelo menos 13 vacinas diferentes (em 4 plataformas). [...]

- As vacinas COVID-19 distribuídas para uso, até o momento, na Campanha Nacional são: Instituto Butantan (IB): *vacina adsorvida covid-19*. Fabricante: Sinovac Life Sciences Co., Ltd. *Parceria: Sinovac/Butantan*.
- Fundação Oswaldo Cruz - Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos - BioManguinhos (Fiocruz/BioManguinhos): *vacina covid-19 (recombinante)*. Fabricante: Serum Institute of India Pvt. Ltd. *Parceria AstraZeneca/Fiocruz*.
- Fundação Oswaldo Cruz - Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos - BioManguinhos (Fiocruz/BioManguinhos): *vacina covid-19 (recombinante)*. Fabricante: Fiocruz/BioManguinhos. *Parceria: AstraZeneca/Fiocruz*.
- AstraZeneca: *vacina contra covid-19 (ChAdOx1-S (recombinante))*. Vacina oriunda do consórcio Covax Facility.
- Pfizer/Wyeth: *vacina covid-19 (RNAm) (Comirnaty) – Pfizer/Wyeth*
- Janssen: *vacina covid-19 (recombinante)*. Vacina oriunda do consórcio Covax Facility).

[...]

Considerando a transmissibilidade da covid-19 [...], cerca de 60 a 70% da população precisaria estar imune (assumindo uma população com interação homogênea) para interromper cadeias da circulação do vírus. Desta forma, seria necessária a vacinação de 85% ou mais da população para redução considerável da doença, a depender da efetividade da vacina em prevenir a transmissão.

Portanto, em um momento inicial, no qual não existe ampla disponibilidade da vacina no mercado mundial, o objetivo principal da vacinação passa a ser focado em reduzir a morbimortalidade causada pelo Covid-19, bem como, proteger a força de trabalho para manutenção do funcionamento dos serviços de saúde e dos serviços essenciais (Brasil, 2022).

À guisa de exemplo, trazemos à luz a ACO 3.451:

Trata-se de ação cível originária, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada pelo Estado do Maranhão contra a União, alegando que o Governo Federal, por razões de índole política ou ideológica, [havia] deixado de adotar medidas necessárias à promoção do direito fundamental à saúde, em especial no que tange a elaboração e execução de um plano de imunização da população brasileira^[5].

Em suas razões, alega o Estado do Maranhão que sua localização geográfica e as dificuldades de acesso às populações indígenas, ribeirinhas, assentados, quilombolas, entre outras, são fatores que precisam ser considerados pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI) e que a inconstitucional omissão da União em frente à crise sanitária causada pela pandemia da covid-19 legitima a atuação dos entes na efetivação do direito à saúde, com arrimo no art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.259/1975.

Assim, requereu à Excelsa Corte o deferimento da tutela provisória de urgência antecipada para declarar e, após, confirmar a ordem liminar para: I) conferir a possibilidade de o Estado do Maranhão deflagrar a elaboração e execução de plano de imunização no âmbito do seu território, inclusive buscando a celebração de acordos para aquisição direta de vacinas nos termos previstos pelo art. 3º, inciso VIII, alínea a, da Lei n. 13.797/2020, (*vide* ADPF 672 e ADI 6341); II) determinar que a União concedesse auxílio financeiro ao estado para a aquisição das vacinas ou, alternativamente, permitir a compensação das despesas com a implementação de sua política regional de imunização a partir das dívidas com a União; III) que fosse determinado à União que se abstivesse de praticar qualquer ato no sentido de restringir a adoção das providências necessárias para garantir a imunização da sua população, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000.000 (um milhão de reais).

Acordaram os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, por unanimidade, em referendar a medida liminar pleiteada em favor do Estado do Maranhão. Em seu voto, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, defende uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação. Lembrou, por oportuno, que o Brasil, nos termos da Constituição de 1988, adotou a forma federal de Estado (art. 1º, *caput*).

Pontuou o ministro a existência de um dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos os que se encontrem sob sua jurisdição. Referida obrigação do ente público apresenta uma dimensão objetiva e institucional, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), compatível com o federalismo cooperativo de 1988, que encontra expressão, quanto à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, estados e Distrito

Federal para legislar sobre a “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos municípios de “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, da CF).

A despeito da competência inafastável da União para tratar de uma moléstia que atinge todo o País (art. 21, XVIII, Constituição Federal) e da incumbência do Ministério da Saúde de coordenar o PNI, definindo as vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações, tal atribuição não exclui a competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para adaptação às peculiaridades locais, no típico exercício da competência comum de que dispõem para “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, da CF) (vide ADI 6.341-MC-Ref/DF; ADPF 672-MC-Ref/DF).

O federalismo cooperativo, antes mencionado, longe de ser mera peça retórica, exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da calamidade pública causada pelo novo coronavírus. [Por essa razão], os entes regionais e locais não podem ser alijados do combate à Covid-19, notadamente porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência sanitária resultante do alastramento incontido da doença^[6].

Ademais, a Lei n. 13.979/2020, ao fazer menção às “autoridades”, não fez qualquer distinção entre os diversos níveis político-administrativos da federação.

Concluiu o ministro que a defesa da saúde incumbe não apenas à União, mas também a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, respeitadas as suas competências, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm a obrigação de preservar. Nesse mesmo sentido, acordaram os ministros, por unanimidade, na ADPF 770, acompanhando o voto da lavra do ministro relator Ricardo Lewandowski.

A função primeira e objetivo último de qualquer Estado é utilizar-se de sua autoridade para tutelar, da maneira mais integral possível,

os direitos, mormente os que se concentram na esfera social, que demandam prestações positivas. No caso da saúde, a tutela é preocupação inclusive na ordem internacional, em larga escala. É matéria objeto de tratados e convenções, mediante cooperação sanitária. É direito formalmente previsto e reconhecido como o direito humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); na Declaração de Viena (1993); na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1966); e no Protocolo de San Salvador (1988).

No Estado Social e Democrático de Direito, poderes e entes devem orientar-se pela efetividade máxima dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário exerce função para além da fiscalizatória. Auxilia a mover as engrenagens dos demais poderes, malgrado esteja constitucionalmente vinculado à política estatal (Ferraz Junior, 1994, p. 12-14)^[7].

6 Considerações finais

Em governos com fortes tendências ao totalitarismo, o papel do Judiciário ganha relevo quanto à efetivação de direitos. Isso porque a centralização não coaduna com o desenho do Estado federal, pensado, precisamente, para coibir práticas que tais. A divisão de tarefas oriunda da repartição de competências é pressuposto da cooperação em que está calcado o federalismo. Em razão disso, a crise político-institucional também se tornou uma realidade no enfrentamento à pandemia. A vacinação, nesse contexto, é a única medida preventiva que temos. Estados e municípios se desdobraram para desafogar o sistema de saúde, fazendo as vezes do Governo Federal.

A repartição das competências constitucionais deve ir além do que há formalmente previsto; é preciso colocar os mandamentos constitucionais em prática, observadas as realidades de cada região do País. Todos os entes federados devem, em certa medida, se auxiliar, seja mediante cooperação direta, seja a partir de consórcios. O Poder Judiciário, quando acionado, consignou a autonomia dos subnacionais para estabelecerem as suas diretrizes no combate à covid-19, enquanto a

União permaneceu silente. Louváveis as decisões do Supremo Tribunal Federal ao conceder aos subnacionais a oportunidade de estabelecerem suas próprias diretrizes no enfrentamento à doença.

Na ausência de um plano uniforme e coordenado, restam poucas opções, senão a atuação autônoma dos entes em face da pandemia, em nome da nossa configuração de Estado – uma República ativa e de bem-estar. Nossa excelsa Corte devolveu e nos reaproximou do federalismo ao afastar os ideais totalitaristas que ameaçam nossa forma de Estado e a democracia.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, jul./ago. 2020. [on-line].

AGUIAR, Severiano José Costandrade de; SANTOS, Júlio Edstron S. O coronavírus e a necessidade dos tribunais de contas incentivarem o aprimoramento do federalismo cooperativo brasileiro. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 42-76, jul./dez. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a covid-19**. 12. ed. Brasília: Secretaria Extraordinária de Enfrentamento à covid-19, 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Gustavo Andrey de Almeida Lopes; PEREIRA, Blenda Leite Saturnino. Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 595-613, jul./ago. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz. O que é uma pandemia. Notícias e Artigos. **Fiocruz**, Rio de Janeiro, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdf4pe9a> . Acesso em: 17 jan. 2022.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, p. 195-205, abr./jun. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa - RIL**, Brasília, v. 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7j59s8>. Acesso em: 7 mar. 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. Contornos teóricos do conceito de assimetria federativa: relevância e aplicabilidade da tese do federalismo assimétrico em estados compostos heterogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 914, p. 117-156, dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham/London: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha**: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. Coordenação de Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

Notas

- [1] “Os dados orçamentários foram gestados em apenas três meses de ação, sendo, portanto, uma virtude contida na indicação de vultosos recursos de mais de 223 bilhões de reais. Porém, não se deve deixar de perceber que há um hiato entre o autorizado e o efetivamente pago de mais de 300%, mesmo com a edição de leis e medidas provisórias que flexibilizaram os processos de contratação pública” (Aguiar; Santos, 2020, p. 62).
- [2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 770-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 24.2.2021. Publicação: **DJe** 1º mar. 2021.
- [3] Pesquisa elaborada em 2 de outubro de 2021, no indexador do Supremo Tribunal Federal. Filtros de busca: “federalismo cooperativo” e “vacina”. Disponível em: www.stf.jus.br.
- [4] BRASIL. Ministério da Saúde. Covid-19. Brasília: Ministério da Saúde, [2019?]. Disponível em: <https://tinyurl.com/syp2jnpv>. Acesso em: 23 ago. 2024.
- [5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cível Originária: ACO 3.451-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicação: **DJe** n. 238 de 23 nov. 2022.
- [6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.586-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 17.12.2020. Publicado em: **DJe** 7 abr. 2021.
- [7] Nesse sentido, fazemos menção ao Tema 793 da repercussão geral em Recurso Extraordinário n. 855.178/SE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 855.178-RG/SE. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 5.3.2015. Publicação: **DJe** 16 mar. 2015).