

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 6.341 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA**
ADV.(A/S) : **LUCAS DE CASTRO RIVAS**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **FEDERACAO BRASILEIRA DE TELECOMUNICACOES**
- **FEBRATEL**
ADV.(A/S) : **FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES**
RODRIGUES

VOTO - VOGAL

SÍNTESE DO VOTO

1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 20 páginas. A síntese e a conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas

Primeira: A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito garante também o que Madison chamava de liberdade pública: o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem

ADI 6341 MC-REF / DF

melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

Segunda: O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

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

Quarta: A União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada "*presumption against preemption*" do direito norte-americano. O Congresso Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública. No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais.

Quinta: O caminho mais seguro para a identificação do fundamento constitucional do exercício da competência dos entes federados é, portanto, o que se depreende da própria legislação. A Lei 8.080, de 1990, a Lei do SUS dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e assegura esse direito, por meio da municipalização dos serviços. A diretriz constitucional da hierarquização,

ADI 6341 MC-REF / DF

constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

Sexta: É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. Como se depreende dessa Lei, o exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

Sétima: Definido no Artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais, o direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas. Interpretando esse dispositivo, o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais, em seu Comentário Geral n. 14, sublinha a importância de os Estados aderirem às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

Oitava: Entre as deliberações tomadas pela Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde está o Regulamento Sanitário Internacional que, do qual constam parâmetros regionalizados para o atendimento mínimo à necessária capacidade de vigilância e resposta. Se é certo que a União pode legislar sobre o tema, o exercício dessa competência deverá sempre resguardar a atuação própria dos demais entes.

1.2. **Base constitucional:** as competências federativas (arts. 22, 23, 24, 26 e 30, todos da CRFB), o direito à saúde (arts. 6º, 196 e 198, todos da CRFB) e o processo legislativo (art. 62 da CRFB); e **base convencional** (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito à saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), a Constituição da Organização Mundial da Saúde e o Regulamento Sanitário Internacional.

ADI 6341 MC-REF / DF

1.3. **Base em precedentes:** o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal e, especialmente, do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais; especificamente cita-se o Comentário Geral n. 14.

1.4. **Base doutrinária:** o voto faz referência ao artigo de Stephen Holmes publicado na *California Law Review*, em abril de 2009.

Conclusão do voto: Concedo parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Apenas para rememorar, o objeto deste julgamento é o referendo de medida cautelar em ação direta que, deferida em parte, explicitou a competência concorrente para a adoção de medidas de combate à emergência sanitária decorrente do coronavírus, nos termos, segundo aponta a decisão, do art. 23, II, da CRFB.

Na ação direta, o Partido Democrático Trabalhista impugna o *caput*, os incisos I, II e VI e os §§ 8º, 9º, 10 e 11 todos do artigo 3º da Lei Federal n 13.979/2020, com redação da MP nº 926/2020, veiculados nos seguintes termos:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena;

(...)

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de

Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

- a) entrada e saída do País; e
- b) locomoção interestadual e intermunicipal;
- (...)

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.”

Como bem sumariou o e. Relator, os argumentos pela inconstitucionalidade são de ordem formal, ante a edição de medida provisória em matéria reservada à legislação complementar, e material, em virtude do receio de se reduzirem desproporcionalmente as competências dos demais entes da federação (arts. 23, II; 198, I; e 200, II, todos da CRFB). Daí o pedido para a declaração de inconstitucionalidade da Lei e, por arrastamento, do Decreto 10.282/2020 que definiu as atividades tidas por essenciais.

O Advogado-Geral da União, em sede de embargos de declaração, defendeu a competência privativa da União para editar normas gerais sobre saúde pública e indica, em sua petição, três preocupações centrais:

“É absolutamente inviável que cada Estado defina o que

são serviços essenciais e, ADI nº 6341, Rel. Min. Marco Aurélio. 16 portanto, conforme sua conveniência e oportunidade, interfira gravemente no abastecimento nacional, no fornecimento de medicamentos e na circulação necessária de pessoas e bens.

Não se pode, também, permitir que Estados e Municípios invadam competências que, por fundamentais ao interesse nacional, a Constituição reservou à União, como é o caso dos serviços de navegação aérea, transporte ferroviário e aquaviário que transponham os limites de Estados e transporte interestadual e internacional de passageiros (artigo 21, inciso XII, alíneas “c”, “d” e “e”, do Texto Constitucional).

Por outro lado, ao pretender a suspensão do § 10 do artigo 3º da referida lei, o autor objetiva que, mesmo quando afetarem a execução de serviços públicos essenciais, inclusive reguladas, concedidas ou autorizadas, as medidas excepcionais previstas em seus incisos I, II e VI possam ser adotadas sem articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.”

Em síntese, a definição sobre a essencialidade de alguns serviços decorre da necessidade de proteção ao interesse nacional, à privatividade com que alguns serviços são atribuídos à União e à titularidade desses serviços, a exigir, por exemplo, concordância do poder concedente.

Era, brevemente, o que se tinha a lembrar.

Há dois tipos de argumentos suscitados no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade em relação às medidas que as autoridades públicas têm tomado ou deveriam estar tomando para enfrentar a emergência sanitária decorrente da epidemia do coronavírus. De um lado, o problema de saber quem é o ente público competente para realizar as ações de enfrentamento necessárias; de outro, o de saber qual é o limite constitucional para a realização dessas ações.

Não se deve pressupor que as duas ordens de argumento sejam incompatíveis. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica – nem muito menos autoriza – a outorga

de discricionarieidade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. A emergência, por mais grave que seja, não traduz incompatibilidade entre liberdade e saúde pública.

Como lembra Stephen Holmes em *In Case of Emergency*, todo profissional de saúde responsável por uma emergência sabe que é a adesão estrita aos protocolos médicos – e não a discricionarieidade para deles se desviar – que promove uma melhor coordenação entre os profissionais médicos. Além disso, os protocolos são feitos por pessoas que já tiveram experiência em outras situações, o que tende a ser mais eficiente do que a discricionarieidade completa. Finalmente, a estrita adesão retira a pressão psicológica sobre os profissionais que estão em uma situação de emergência.

A analogia feita por Holmes com uma sala de emergência é relevante porque ela é perfeitamente compatível com o sentido do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito mesmo em situações de emergência. Afinal, as regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito garante também o que Madison chamava de liberdade pública: o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las: “os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações” (HOLMES, Stephen. *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*. *California Law Review*, v. 97, n. 2, Abril de 2009, p. 354).

Princípio, pois, com essa observação porque, muito embora tenho como correto afirmar que a competência para as ações da saúde é concorrente, penso ser imperioso registrar que o exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. Passo, pois, a examinar as duas ordens de

argumentação.

Da exigência de Lei Complementar e da Ofensa à Autonomia dos Entes da Federação

Das Alegações Apresentadas

O Partido requerente defende ofensa ao art. 62, § 1º, III, da CRFB, porquanto a Medida Provisória, no que altera o *caput*, os incisos I, II e VI e os §§ 8º, 9º, 10 e 11 do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020, dispõe sobre cooperação dos entes federativos. No entanto, como exige o art. 23, parágrafo único, as normas que dispõem sobre cooperação entre os entes somente podem ser veiculadas por legislação complementar.

O Partido sustenta, sob o ângulo material, que há “subtração total de parcela da competência administrativa comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, porque as medidas de isolamento, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos e interdição de atividades e serviços essenciais deverão ser feitos por meio de autorização da Presidência da República ou órgão regulador. Afirmar que a centralização da competência esvazia uma dimensão vital da responsabilidade constitucional dos demais entes federativos. Defende a interpretação conforme dos dispositivos, para reconhecer que é inconstitucional que o exercício da competência da União possa derogar a competência dos demais entes federativos para adotar, se necessário for, medidas mais rigorosas.

O Presidente da República, por sua vez, defende que há uma diferenciação entre as competências de legislar e as materiais administrativas. Embora seja comum a competência de “cuidar da saúde”, ela não é legislativa, a qual foi exercida, *in casu*, sob o disposto no art. 24, XII, da CRFB. Daí que, em seu entender, tem a Lei 13.979, de 2020, assim como as alterações feitas por medidas com força de lei, natureza de norma geral.

Já no que tange à inconstitucionalidade material, o Presidente da

ADI 6341 MC-REF / DF

República afirma que “o artigo 3º, caput, da Lei nº 13.979/2020, dispõe expressamente a atuação de cada autoridade, no âmbito de suas respectivas competências, quanto à adoção de medidas para o isolamento, a quarentena, e restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no que respeita à trânsito e transporte por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País, bem como locomoção interestadual e intermunicipal de passageiros” (eDOC 78, p. 6).

No mesmo sentido, ainda, as alegações trazidas pela Advocacia-Geral da União. Acrescenta que as normas, por terem caráter geral, não tolhem a autonomia dos demais entes. Aduz que, se admitida a possibilidade de intervenção de Estados, Distrito Federal e Municípios, “tal providência, decerto, causaria uma enorme instabilidade na prestação dos serviços públicos, além de clara invasão da competência do ente que titulariza o serviço, inclusive em matérias de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos” (eDOC 71, p. 20).

Exame das Alegações

No que tange ao aspecto formal das competências dos entes da federação, não há dúvidas de que a Lei 13.979, de 2020, é uma norma complexa. Editada com o objetivo de dar ferramentas ao Estado para o enfrentamento da emergência sanitária, ela contém elementos que ultrapassam o tema da saúde pública e se espraiam para questões ligadas à concessão de serviços públicos e à exploração de bens e serviços de titularidade de outros entes da federação.

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

da CRFB.

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

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

A posição do Supremo Tribunal Federal deve ser, assim, a de exigir o cumprimento integral das obrigações do Estado: obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos fundamentais. Deve também, desde que não haja violação material à Constituição, abster-se de declarar a nulidade de leis estaduais e locais apenas por ofensa à competência dos demais entes. A União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada "*presumption against preemption*" do direito norte-americano.

Essa forma de entender o papel do Supremo Tribunal Federal promove uma deferência com as escolhas políticas do Poder Legislativo. O Congresso Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma

harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública. No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais.

É evidente que essa proposição incentiva a produção normativa dos demais entes da federação, não como forma de descentralização que facilita a cooptação do poder pelas elites locais, mas como verdadeiro experimentos democráticos, isto é, o federalismo como um “laboratório social da democracia”, na feliz expressão do Justice Louis Brandeis.

A expressão democrática do federalismo realiza-se pela estrita adesão às regras constitucionais e, em especial, aos direitos e garantias fundamentais. O federalismo de fato promove maior profusão de normas, mas seja qual for o nível de governo que as promova têm sempre a mesma razão de existir: a concretização ampla dos direitos e liberdades fundamentais.

Em termos práticos, isso significa que o papel do Supremo Tribunal Federal nos conflitos federativos deve ser o de abster-se de declarar a inconstitucionalidade formal à míngua de legislação federal editada de forma nítida e precisa. O *locus* da atuação concentrada da Corte muda, conseqüentemente, de foco, para minuciosamente examinar as ofensas materiais à Constituição. Afinal, mais relevante do que saber quem é o ente competente para lidar com a emergência sanitária é saber como União, Estados e Municípios devem agir.

A hipótese dos autos trata precisamente desse problema.

Supondo que a Lei 13.979, cuide, a um só tempo, de questões afetas à seguridade social, à defesa e ao cuidado da saúde, a interpretação constitucional irá apontar que legislar sobre o tema posto nas ações diretas submetidas a julgamento pode ser tanto da competência privativa da União (art. 22, XXIII, da CRFB), quanto da concorrente entre Estados e União (art. 24, XII, da CFB), quanto da comum (art. 23, II, da CRFB).

Assim, se couber ao Supremo escolher sobre qual dessas modalidades deve se encaixar o exercício dessa competência, ou os atos dos Estados são formalmente inconstitucionais, ou a União deveria ter fixados apenas normas gerais, ou ainda apenas legislação complementar

ADI 6341 MC-REF / DF

poderia dispor sobre o assunto. Há, ainda, outro complicador: acolher a tese de inconstitucionalidade formal proposta pelo requerente poderia implicar não apenas declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória, mas também de toda a lei, porque ordinária, de combate à emergência sanitária. E mais: se a competência desse tema for de natureza comum, a própria Lei do Sistema Único de Saúde seria inconstitucional.

O caminho mais seguro para a identificação do fundamento constitucional do exercício da competência dos entes federados é, portanto, o que se depreende da própria legislação. A Lei 8.080, de 1990, a Lei do SUS, por exemplo, “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde” e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”. Proposta com fundamento no art. 59 do ADCT, a lei visava dar concretude ao direito, único na experiência constitucional brasileira, previsto no art. 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Visava, ainda, respeitar a diretriz constante do art. 198, I, da Constituição Federal que prevê que o Sistema Único de Saúde será descentralizado, com direção única em cada esfera de governo.

A forma pela qual a Lei 8.080, de 1990, realiza esse direito é por meio da municipalização dos serviços de saúde, tal como proposta na III Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1963, porque “a convicção era a de que as comunidades a sua representação política e o Poder Executivo nos municípios poderiam (...) melhor avaliar as necessidades da população” (Mensagem n. 360, de 1989, do Poder Executivo, DCN de 02.08.1989, p. 6508).

De acordo com a justificativa do PL 3110, de 1989, que depois transformou-se na Lei Geral do SUS, a estrutura do Sistema Único de Saúde está assim disposta:

“Competirá, pois, a nível federal, a formulação de políticas de saúde aptas a reduzir os desequilíbrios entre segmentos populacionais e entre regiões do País, seja no que diz respeito

ao seu perfil sócio-epidemiológico, seja quanto ao acesso universal e igualitário aos serviços. De igual modo, será de sua atribuição a elaboração de normas técnicas, bem como o estabelecimento de critérios para a efetuação de repasses de recursos a Estados e Municípios.

À direção do sistema no plano estadual caberá a elaboração da política de saúde para a respectiva jurisdição administrativa, em consonância com as indicações daquela que for estabelecida no âmbito da União. Dentro dessa concepção inovadora, o Estado-Membro exercerá, em articulação com o governo federal, a implementação da municipalização dos serviços de saúde, além de responsabilizar-se pela gestão dos sistemas de referência regional e de alta complexidade.

O município representará uma instância integradora de todo o sistema de saúde, exercendo as funções de organização, gestão, execução e fiscalização das ações e serviços que serão postos à disposição da comunidade. O ritmo e a intensidade das transferências de competências e de atribuições dependerão de critérios técnicos e gerenciais, que o projeto contempla.

(...)

Além de ir ao encontro dos reclamos da população brasileira quanto à melhoria de suas condições de saúde, o projeto em questão buscou ser coerente com a visão moderna do Estado brasileiro, com evidência para a prática do verdadeira federalismo para se oferecer como instrumento, no âmbito setorial, da construção de uma sociedade realmente democrática e justa”.

(Mensagem n. 360, de 1989, do Poder Executivo, DCN de 02.08.1989, p. 6508).

De fato, a diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

No que tange ao objeto da presente ação, entre as atribuições do SUS, está a de realizar ações de vigilância epidemiológica, isto é, o conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou

ADI 6341 MC-REF / DF

prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos (art. 6º, § 2º, da Lei 8.080, de 1990).

A distribuição de competências para a realização de ações de vigilância epidemiológica está atribuída da seguinte maneira. À direção nacional do Sistema Único de Saúde compete definir e coordenar os sistemas de vigilância epidemiológica e coordenar e participar das ações na referida área. Ainda de acordo com a Lei, “a União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional” (art. 16, parágrafo único da Lei 8.080, de 1990). Aos Estados, por sua vez, cabe a coordenação, em caráter complementar, da execução de ações e de serviços de vigilância epidemiológica e, aos Municípios, a execução dos serviços propriamente ditos.

É preciso, assim, ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. Como se depreende dessa Lei, o exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. Tudo isso está a indicar ser possível o exercício pela União da competência legislativa sem lhe exigir o quórum qualificado da legislação complementar.

Não fossem as questões de ordem formal, também não se pode descurar que, sob o ângulo material, o exercício das competências próprias dos Estados, Distrito Federal e Municípios devem sempre ter parâmetros mínimos de exercício.

Esses parâmetros decorrem do próprio direito de fundo, que legitima a atuação do poder público, qual seja, o direito à saúde. Definido no Artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos, Econômicos, Sociais e

Culturais, o direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas. Interpretando esse dispositivo, o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais, em seu Comentário Geral n. 14, sublinha a importância de os Estados aderirem às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

É evidente que assim deve ser. Tal como na poluição, em essência um problema que afeta o direito à saúde na dimensão do meio ambiente, o controle de epidemias impõe graves obrigações aos Estados, afinal o controle mal realizado por um pode provocar novos focos de epidemia em outros. O problema causado pela epidemia do coronavírus é comum a todos os Estados. A irresponsabilidade de um traz graves consequências para todos.

Entre as deliberações tomadas pela Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde está o Regulamento Sanitário Internacional que, embora não fosse necessário, foi promulgado pelo Presidente da República, por meio do Decreto 10.212, de 30 de janeiro de 2020. Do Anexo do Regulamento Sanitário constam parâmetros mínimos de atendimento à capacidade de vigilância e resposta, que estão estruturados da seguinte maneira:

“1. Os Estados Partes utilizarão as estruturas e os recursos nacionais existentes para satisfazer às exigências de capacidades básicas, nos termos desse Regulamento, inclusive relativas a:

- (a) suas atividades de vigilância, informes, notificação, verificação, resposta e de colaboração que lhe competem; e
- (b) suas atividades referentes a portos, aeroportos e passagens de fronteira terrestre designados.

2. Cada Estado Parte avaliará, no período de dois anos após a entrada em vigor desse Regulamento para aquele

Estado, a capacidade das estruturas e recursos nacionais existentes de satisfazer às exigências mínimas descritas neste Anexo. Como resultado dessa avaliação, os Estados Partes desenvolverão e implementarão planos de ação, a fim de garantir que tais capacidades mínimas estejam presentes e funcionando em todo o seu território, conforme estabelecido no parágrafo 1º do Artigo 5º e no parágrafo 1º do Artigo 13.

3. Os Estados Partes e a OMS apoiarão processos de avaliação, planejamento e implementação, nos termos deste Anexo.

4. No nível da comunidade local e/ou nível primário de resposta em saúde pública

Capacidades para:

(a) detectar eventos que apresentem níveis de doença ou óbito acima dos esperados para aquele dado tempo e local, em todo território do Estado Parte;

(b) repassar imediatamente todas as informações essenciais disponíveis ao nível apropriado de resposta de atenção à saúde. No nível comunitário, a notificação será feita às instituições locais de atenção à saúde ou aos profissionais de saúde apropriados. No nível primário de resposta em saúde pública, a notificação será feita aos níveis intermediário ou nacional de resposta, dependendo das estruturas organizacionais. Para os fins deste Anexo, informações essenciais incluem as seguintes: descrições clínicas, resultados laboratoriais, fontes e tipo de risco, número de casos humanos e óbitos, condições que afetem a propagação da doença e as medidas de saúde empregadas; e

(c) implementar imediatamente medidas preliminares de controle.

5. Nos níveis intermediários de resposta em saúde pública

Capacidades para:

(a) confirmar a situação dos eventos notificados e apoiar ou implementar medidas adicionais de controle; e

(b) avaliar imediatamente o evento notificado e, se considerado urgente, repassar todas as informações essenciais

ao nível nacional. Para os fins deste Anexo, os critérios de urgência incluem impacto grave sobre a saúde pública e/ou natureza incomum ou inesperada, com alto potencial de propagação.

6. No nível nacional

Avaliação e notificação. Capacidades para:

(a) avaliar todas as informações de eventos urgentes num prazo máximo de 48 horas; e

(b) notificar imediatamente à OMS, por meio do Ponto Focal Nacional para o RSI, quando a avaliação indicar que o evento é de notificação compulsória, consoante o parágrafo 1º do Artigo 6º e o Anexo 2, e informar a OMS conforme exigido consoante as disposições do Artigo 7º e do parágrafo 2º do Artigo 9º.

Resposta de saúde pública. Capacidades para:

(a) determinar rapidamente as medidas de controle necessárias para evitar a propagação nacional e internacional;

(b) prestar apoio, por meio de pessoal especializado, análise laboratorial de amostras (nacionalmente ou por meio de centros colaboradores) e assistência logística (por exemplo, equipamentos, material de consumo e transporte);

(c) prestar assistência no local, conforme necessário, para complementar as investigações locais;

(d) fornecer um elo operacional direto com as autoridades superiores de saúde e de outras áreas, a fim de aprovar rapidamente e implementar medidas de contenção e controle;

(e) fornecer ligação direta com outros Ministérios relevantes;

(f) fornecer, pelos meios de comunicação mais eficientes disponíveis, ligações com hospitais, clínicas, portos, aeroportos, passagens de fronteiras terrestres, laboratórios e outras áreas operacionais chave para a disseminação de informações e recomendações recebidas da OMS referentes a eventos no território do Estado Parte e nos territórios de outros Estados Partes;

(g) estabelecer, operar e manter um plano nacional de

resposta a emergências de saúde pública, incluindo a criação de equipes multidisciplinares/multisetoriais para responder a eventos que possam constituir emergências de saúde pública de importância internacional; e

(h) fornecer todas as capacidades acima durante 24 horas por dia.”

Embora cada Estado deva adaptar as normas à luz de seu ordenamento, não é difícil reconhecer que as competências de nível local, intermediário e nacional, tal como dispõe o regulamento sanitário, correspondem, no Estado brasileiro, às atribuições, respectivamente, dos Municípios, dos Estados e da União, pois elas estão elencadas na Lei do Sistema Único de Saúde.

Além das competências próprias de cada um dos entes da federação de adotar as medidas de controle, existe ainda a possibilidade de adotar medidas complementares, desde que observadas as diretrizes dos Artigos 42 e 43 do regulamento:

“Artigo 42 Implementação das medidas de saúde

As medidas de saúde tomadas consoante este Regulamento serão iniciadas e concluídas sem demora e aplicadas de maneira transparente e não discriminatória.

Artigo 43 Medidas adicionais de saúde

1. Este Regulamento não impede que os Estados Partes implementem medidas de saúde, em conformidade com sua legislação nacional relevante e as obrigações decorrentes do direito internacional, em resposta a riscos específicos para a saúde pública ou emergências de saúde pública de importância internacional, que:

(a) confirmam um nível de proteção à saúde igual ou superior ao das recomendações da OMS, ou

(b) sejam proibidas em outras circunstâncias, nos termos do Artigo 25, Artigo 26, parágrafos 1º e 2º do Artigo 28, Artigo 30, parágrafo 1º (c) do Artigo 31, e Artigo 33, desde que tais medidas sejam, em outros aspectos, consistentes com este

Regulamento.

Tais medidas não deverão ser mais restritivas ao tráfego internacional, nem mais invasivas ou intrusivas em relação às pessoas do que as alternativas razoavelmente disponíveis que alcançariam o nível apropriado de proteção à saúde.

2. Ao decidir implementar ou não as medidas de saúde de que trata o parágrafo 1º deste Artigo ou as medidas adicionais de saúde contempladas no parágrafo 2º do Artigo 23, parágrafo 1º do Artigo 27, parágrafo 2º do Artigo 28 e parágrafo 2º(c) do Artigo 31, os Estados Partes basearão suas determinações em:

(a) princípios científicos;

(b) evidências científicas disponíveis de risco para a saúde humana ou, quando essas evidências forem insuficientes, informações disponíveis, incluindo informações fornecidas pela OMS e outras organizações intergovernamentais e organismos internacionais relevantes; e

(c) qualquer orientação ou diretriz específica da OMS disponível.”

Todo o arcabouço normativo diretamente incidente para o tratamento da emergência sanitária está a indicar, tal como assentou o e. Ministro Alexandre de Moraes na decisão monocrática da ADPF 672, que *“As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20”*

A conclusão quiçá pudesse ser a de rejeitar a alegação. A dúvida suscitada pelo Partido requerente, contudo, traz legítima expectativa sobre o fundamento pelo qual a competência é exercida, sobretudo em relação à atribuição, delegada ao Presidente da República, para a definição de atividades essenciais, nos termos do art. 3º, § 9º, da Lei 13.979, de 2020. Se é certo que a União pode legislar sobre o tema, o exercício dessa competência deverá sempre resguardar a atuação própria dos demais entes. Nesse sentido, ao menos do que se tem do atual estágio processual, essa ordem de ideias dá amparo à ressalva então feita pelo e. Ministro Marco Aurélio, no que assentou a competência concorrente para legislar sobre o tema.

ADI 6341 MC-REF / DF

De fato, no âmbito do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição da República, a delegação de competência a um dos poderes do Estado não pode implicar, sob o ângulo material, a hierarquização dos poderes ou das esferas de Governo. Por isso, defiro a medida cautelar para dar interpretação conforme à Constituição relativamente ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, reconhecendo que, “preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais”.

No que tange às demais impugnações, é preciso observar que, no que toca ao § 10 do art. 3º decorrem diretamente do poder da União de preempção de normas que afetem a regulação de serviços por ela tidos com essenciais. Já no que se refere ao § 11, as garantias dadas ao transporte de cargas estão, em essência, em consonância com o que dispõe o regulamento sanitário, em particular quanto à necessidade de serem organizadas diretamente em comunicação com a OMS, nos termos do Artigo 43. Repise-se que, em relação à suspensão de competência dos demais entes pela União é, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, perfeitamente possível, desde que esteja, tal como *in casu*, amparada nos compromissos internacionais do Estado (v.g., RE 229.096, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe 10.04.2008).

Ante o exposto, concedo parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

É como voto.