

Fábio Scopel Vanin, advogado, professor, Mestre e Doutorando em Direito.

Frederico Cattani, advogado, professor, mestre em Ciências Criminais.

O sistema de bandeiras estadual e a discussão da autonomia municipal

O objeto do debate.

A análise versa sobre o conflito de competências em política sanitária entre os entes Estado e Município neste momento de *pandemia* (coronavírus/covid19). Precisamente, em que medida um Decreto Estadual limita a autonomia do Município definir uma atuação própria, inclusive em conflito com o ente regional. Ainda, se Decreto Estadual pode (por si só) limitar a competência administrativa do município.

No Rio Grande do Sul, com a implementação do sistema de bandeiras, o judiciário foi provocado a se manifestar sobre este tema e, ainda que com decisões de piso¹ reconhecendo o direito dos municípios, o Tribunal de Justiça garantiu a preponderância das regras estaduais².

Cabe verificar os parâmetros de legitimidade do Município em atuar em seu território, promovendo eventual flexibilização ou restrição sobre direitos como a liberdade de circulação e funcionamento (abertura e fechamento) do setor econômico, assim como, verificar, no caso concreto, se o município pode exercer atividade regulatória frente a existência de Decreto Estadual sobre o mesmo tema.

A competência Comum e Concorrente

A autonomia dos entes federativos está disposta nas diversas normas de repartição de competências, sendo a descentralização uma característica do exercício de poder na República Federativa. Assim, à União caberia matérias de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias do interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local.³

Para este texto cabe destacar, em recorte específico, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da

¹ “[...] juiz Gerson Martins da Silva, da comarca de Garibaldi, afirma, entre outros tópicos que ‘o poder regulamentar do Governador do Estado, previsto no artigo 82, inciso V, da Constituição Estadual, não se sobrepõe ao do Prefeito relativamente às questões de interesse local”. disponível em <http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2020/06/acao-liminar-suspende-bandeira-vermelha-em-garibaldi-12527681.html> acesso 19/06/2020.

² "Considerando que o sistema regionalizado de atendimento à saúde há muito foi estabelecido e que foi concebido a partir de critérios técnicos, descabe, em sede liminar, a determinação de retirada do município da referida macrorregião, tampouco a modificação da classificação individual do Município para bandeira laranja, à revelia do enquadramento da Macrorregião a que pertence o município", afirmou o relator". Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/justica-mantem-bandeira-vermelha-em-vacaria/> acesso 19/06/2020.

³ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. p. 331

saúde e assistência pública (art. 23, II da CF/88), assim como, a competência legislativa concorrente, prevista no art. 24, XII da Carta Magna.

Necessário destacar que tanto a União, quanto o Estado e o Município são entes federativos autônomos, não necessariamente hierarquizados, mas com posições Constitucionais próprias, sendo desta forma destacado e didaticamente exposto no art. 18 da Constituição Federal. Observe que é a união indissolúvel destes entes (autônomos) que dá forma a República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88).

Neste ponto, quando a Constituição prevê a competência comum, ela própria delimita que todos os entes tem atribuições em implementar determinada política pública, como é o caso da saúde. Ao dispor sobre a competência concorrente desta temática, define-se que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, deixando aos Estados e Municípios legislarem sobre suas especificidades, de forma suplementar. Na competência concorrente, as *especificidades* da União, do Estado e dos Municípios são, de certa forma, *autônomas* e não podem ser usurpadas *arbitrariamente*.

Posição do STF sobre a autonomia estadual e municipal

Sobre a possibilidade no exercício das atribuições dos entes Municipal e Estadual frente ao Federal, a decisão proferida pelo STF na ADI 4.060, traz importantes argumentos que devem substanciar as atribuições do Município versus Estado. O relator, Ministro Fux, destacou “que a regra geral deva ser a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas”. Entendeu o Ministro que a atuação dos Estados e Municípios “já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia” e sendo assim devem ser prestigiadas as iniciativas locais e regionais “a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988”.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que merece destaque nesta análise é o RE 194.704, onde há referência ao princípio da subsidiariedade, conceito jurídico diretamente ligado a autonomia local e descentralização federativa. Embora o princípio não esteja expresso na Constituição, a decisão reconhece sua aplicabilidade na observação das normas constitucionais de repartição de competências, assegurando uma atuação concreta dos Estados e Municípios em determinados temas, afastando o caráter centralizador na promoção de políticas públicas.

Nestes casos, a utilização das competências comuns e concorrentes, como idealizada, atende aos desígnios de se chegar a maior descentralização e permitir a melhor gestão de necessidades específicas de seus entes, sem prejuízo da direção constitucionalmente uniforme que se deva imprimir a certas matérias. Ou seja, no caso da saúde pública, parâmetros de prevenção e precaução devem ser

atendidos⁴, tanto pelos Estados e Municípios, evitando-se erros grosseiros na atuação dos entes.

Uma questão que permanece em aberto e é objeto de análise deste texto é se um Decreto Municipal, ainda que devidamente embasado, leia-se motivado, em dados científicos e técnicos, que não contrarie Lei válida, e voltado sobre as peculiaridades de seu interesse local, pode se sobrepor as medidas gerais do Estado e da União, em questão de saúde e enfrentamento da pandemia.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a questão do interesse local, referindo que ele não poder ser confundido como um interesse exclusivo de sua localidade, devendo haver uma interpretação conforme, pois não há interesse local que não ressoe na União ou no Estado-membro, resultando em conflitos que são resolvidos pela interpretação constitucional sobre competência legislativa. Neste sentido:

Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*)⁵.

Pretende-se observar a autonomia dos Municípios para além da competência legislativa concorrente, para não somente suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, mas ao ponto de ter iniciativa e autonomia para ajustá-las frente as *peculiaridades locais* (flexibilização/restrição) no exercício de sua competência administrativa de implementar uma política pública de saúde frente a pandemia.

Competência no caso do Coronavírus

Inevitável que haja conflito entre os entes sobre a atribuição no enfrentamento a pandemia do coronavírus. De início, cabe destacar que a posição do STF, na relatoria do Min. Marco Aurélio (ADI nº 6341) não é um ato político as circunstancias atuais, mas reflexo inegável da posição de julgados recentes do STF, conforme tratamos anteriormente.

Não pode haver verticalização daquilo que não foi assim previsto pela carta Magna. Dito assim, deveria ser afastada qualquer dúvida sobre a competência municipal, uma vez que não invadiria a competência da União ou do Estado, nos casos em que: a) se mantenha adstrita ao âmbito do interesse local (ainda que com reflexos nos outros entes) e, b) respeite a harmonia do interesse-fim de proteção a saúde e a vida.

⁴ Inclusive sendo este o posicionamento do Ministro Barroso sobre a MP 966/20.

⁵ RE 194.704, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 29-6-2017, P, DJE de 17-11-2017.

Neste ponto, após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6341, restaria superada hipótese contrária ao direito municipal de exercer sua autonomia, pois que ficou consignado a competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios em adotar medidas frente à pandemia de coronavírus, em conformidade aos ditames do art. 23, II, da Constituição Federal.

Dito de forma diferente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência e nem a tomada de providências normativas e administrativas dos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios⁶. Ao se posicionar, ficou assegurada a posição horizontal entre os entes federativos no enfrentamento a pandemia.

Competência não é liberdade irrestrita

Deve nortear o Gestor Público que, toda e qualquer medida frente ao enfrentamento da Pandemia, conforme as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nºs 6341 e 6443 devem ser precedidas de "*recomendação técnica e fundamentada*", somando-se que os gestores devem agir com observância de "*normas e critérios científicos e técnicos*"⁷.

Deve haver sólida demonstração do interesse local frente a medidas regionais ou federais que estejam sendo adotadas, não bastando somente alegar o direito balizado na competência comum ou concorrente. Até, porque, na primazia da prevenção e da precaução, poderá ser questionada a constitucionalidade (validade) de uma norma Municipal que não atente para a preservação da vida e da saúde.

Cabe destaque, igualmente, que não são somente medidas de flexibilização que devem ser tecnicamente embasadas, isto, pois, para validar obrigações restritivas também há de haver necessária e prévia apreciação técnica para sua exigência. Isto é, nem todo ato com maior restrição significa direito preponderante na proteção à saúde e a vida, devendo ocorrer o qualificado embasamento técnico e científico que justifique (e motive) a adoção de uma medida diversa em determinada localidade, seja por flexibilizações ou restrições diferenciadas daquelas em *conflito legislativo*.

No caso do sistema de bandeiras do Rio Grande do Sul⁸, poderia haver uma primeira hipótese de que ao município somente caberá adequar ou contrapor tal orientação, frente à existência de um plano estruturado de enfrentamento da pandemia, com base em critérios técnicos e científicos, que garantam a prevenção e precaução que se demonstrante tão eficaz (ou mais) que aquele proposto pelo

⁶ STF, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 24/03/2020.

⁷ Conforme se depreende da decisão plenária STF face as ADIs nºs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427 e 6428 (ajuizadas contra a Medida Provisória 966/2020).

⁸ Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020 Estado do RS.

Estado. Não se trata de dizer que é *mais* restritivo, pois poderá haver pontos de flexibilização, desde que haja contrapartidas (para assim ilustrar) ou decisões administrativas qualificadas que garantam uma proteção mais efetiva à saúde da população.

Da mesma forma, em sede de tutela jurisdicional buscando contrapor a orientação estadual, a argumentação do Município não deve tomar como base uma colisão de princípios fundamentais de saúde × economia, ou simples argumento de direito concorrente de legislar, mas a demonstração que o ente local possui um plano e ações estruturadas, baseado na técnica e na ciência, que garantam a prevenção e precaução da pandemia, afastando sua tomada de decisão do que o STF define como erro grosseiro.

O Judiciário como mediador de conflitos

Neste diapasão, não é qualquer decisão normativa da União, dos Estados, Distrito Federal ou Municípios que deve ser conhecida pelo poder judiciário, a título de triagem ou resguardo ideológico, respeitando-se a separação dos poderes e reservando aquele somente flagrantes desvios ou contrariedades objetivas a proteção a vida e a saúde (grosseiros).

O Judiciário do Rio Grande do Sul, por seu Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade se manifestou pelo “[...] caráter excepcional e dos limites da intervenção do Judiciário na esfera do Poder Executivo⁹”, a qual coaduna com recente decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo qual não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da administração pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa¹⁰.

Não foi de forma diferente a posição do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao afirmar que: “Não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões administrativas, mormente no atual momento vivenciado pelo país, não podendo substituir prévias avaliações técnicas do Poder Executivo¹¹”.

Conclusão

À proteção e à defesa da saúde, de interesse comum de todos os entes federativos (art.23, II da CF/88), tem por competência legislativa, conforme art.

⁹ Apelação Cível, Nº 70083060392, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em: 27-02-2020.

¹⁰ Suspensão de Segurança 5395/PB, Rel. Ministro Dias Tofoli, pub. 16/06/2020.

¹¹ Suspensão de Execução 0036361-16.2020.8.19.0000, Gabinete da Presidência Tribuna de Justiça do RJ Des. Claudio de Mello Tavares, j. 09/06/2020.

24, XII, da Constituição Federal, a modalidade concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Logo, o ente local tem a autonomia para cuidar da saúde e, com base na posição do STF, assegurada a competência administrativa de sua atuação, desde que calcada em parâmetros constitucionais.¹²

Assim, ao ser analisada a atuação do Município frente ao Estado no enfrentamento do coronavírus, devem ser considerados os critérios observados pelo gestor Municipal, que devem seguir os parâmetros dados pelo Supremo Tribunal Federal, sem retirar a posição que lhe foi alçada em 1988 pela Constituição Federal.

Conclui-se, sendo interesse do ente local tomar caminho distinto daquele definido em normas estaduais de parametrização, caberá ao Município, com base na sua autonomia e competência material, demonstrar que possui um plano de ação estruturado, baseado na técnica e na ciência, que garanta coerente prevenção e precaução da saúde e da vida da população frente a pandemia, afastando sua atuação do denominado erro grosseiro, sob pena de responsabilizações.

¹² Cabe ressaltar que o próprio artigo 30 da Constituição Federal trazem seu inciso VII a competência de prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.