

O STF E A SOLUÇÃO DAS DISPUTAS FEDERATIVAS NA PANDEMIA DE COVID-19: UM LEGADO EM DISPUTA

THE STF AND THE SOLUTION OF FEDERATIVE CONFLICTS IN THE COVID-19 PANDEMIC: A LEGACY IN DISPUTE

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2019). *Visiting Scholar* na Boston College (2018). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – UFF (2014). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2008). Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado. *E-mail*: sousafilhoademar@gmail.com.

Clara da Mota Santos Pimenta Alves

Doutora em Direito Econômico pela USP. *Visiting Scholar* na Columbia Law School (2019). Mestre em Direito Constitucional pela UnB. Professora de Direito Econômico do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutora em Direito Econômico pela USP. Juíza Federal. *E-mail*: clara.mota@trf1.jus.br.

Resumo: Este artigo discute o papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) na solução de disputas federativas no Brasil. Historicamente, o STF produziu uma jurisprudência centralizadora de competências na União, porém, durante a pandemia da Covid-19, houve uma inflexão, favorecendo a autonomia de estados e municípios para enfrentarem a crise sanitária. Essa mudança é analisada sob a perspectiva do pragmatismo jurídico, que prioriza soluções práticas e contextuais para alcançar os melhores resultados. O STF, em uma sequência de decisões, reconheceu a competência de estados e municípios em áreas relacionadas à crise sanitária, evidenciando uma reação ao que foi chamado de “federalismo bolsionarista”, caracterizado pela descoordenação e centralização do governo federal. O artigo argumenta que essa postura descentralizadora – decisivamente influenciada pelo paradigma do pragmatismo – pode representar tanto uma resposta específica ao contexto de crise e à administração de Bolsonaro quanto um potencial novo parâmetro para o federalismo brasileiro. Por fim, o texto explora as potencialidades da influência do pragmatismo na jurisprudência do STF, destacando sua importância na promoção de um federalismo mais cooperativo e eficiente, capaz não apenas de enfrentar crises complexas como a pandemia, como também de garantir a realização dos direitos fundamentais e a participação democrática.

Palavras-chave: Federalismo. Jurisdição constitucional. Jurisprudência. Descentralização. Pragmatismo.

Abstract: This article discusses the role of the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in resolving federative disputes in Brazil. Historically, the STF has produced jurisprudence centralizing competencies in the Union; however, during the Covid-19 pandemic, there has been a shift favoring the autonomy of states and municipalities to address the health crisis. This change is analyzed from

the perspective of legal pragmatism, which prioritizes practical and contextual solutions to achieve the best results. Through a series of decisions, the STF has recognized the competence of states and municipalities in areas related to the health crisis, demonstrating a response to what has been termed “Bolsonaro federalism,” characterized by federal government discoordination and centralization. The article argues that this decentralizing stance—decisively influenced by the pragmatism paradigm—may represent both a specific response to the crisis context and Bolsonaro’s administration, as well as a potential new parameter for Brazilian federalism. Finally, the text explores the potentialities of pragmatism’s influence on STF jurisprudence, highlighting its importance in promoting a more cooperative and efficient federalism, capable not only of addressing complex crises like the pandemic but also of ensuring the realization of fundamental rights and democratic participation.

Keywords: Federalism. Constitutional jurisdiction. Jurisprudence. Decentralization. Pragmatism

Table of contents: **1** Introduction – **2** Federative disputes in addressing the Covid-19 pandemic in the context of democratic erosion in Brazil – **3** Federative conflicts in the jurisprudence of the STF and its centralizing tradition – **4** A decentralizing inflection in the jurisprudence of the STF in the context of addressing the pandemic – **5** Partial assessment of the jurisprudence on federalism during the health crisis: between weaknesses and potentialities of a decentralizing pragmatism – **6** Conclusions – References

Sumário: **1** Introdução – **2** As disputas federativas no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no contexto de erosão democrática no Brasil – **3** Os conflitos federativos na jurisprudência do STF e a sua tradição centralizadora – **4** Uma inflexão descentralizadora na jurisprudência do STF no contexto do enfrentamento à pandemia – **5** Balanço parcial da jurisprudência sobre federalismo durante a crise sanitária: entre fragilidades e potencialidades de um pragmatismo descentralizador – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

A Constituição de 1988 redefiniu as bases da federação brasileira ao instituir mais fontes de receita e um conjunto amplo de competências aos entes federados subnacionais. Com arranjos que têm feito variar no tempo os níveis de concentração e autonomia de poder, em linhas gerais, a nova Constituição buscou substituir o federalismo dual da ditadura militar – fundado na divisão rígida de competências e na sua concentração no ente federal – por um federalismo cooperativo que se baseia na premissa de que a atuação estatal em diversas áreas demanda conjugação de esforços de diferentes entes federados. Nessa concertação, ainda que o ente nacional siga detendo mais poderes para formular e coordenar as ações junto aos entes subnacionais (*policy-making*), teria surgido uma federação integrada, na qual cumpre aos estados um papel substantivo na execução das políticas públicas, inclusive mediante repasses constitucionais vinculados de receitas (*policy decision-making*).¹

¹ A distinção entre *policy decision-making* e *policy-making* é feita por Marta Arretche, para quem a categorização “permite entender com maior clareza tanto as relações verticais na federação brasileira quanto seu modelo

Para além dessa valorização normativa dos entes estaduais e municipais pela Constituição, que estabeleceu um rol generoso de competências administrativas comuns e legislativas concorrentes, o arco de competências privativas da União tem sido reiteradamente interpretado de maneira extensiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) nas últimas três décadas, ou seja, a Corte tem agido de modo a acentuar o viés de centralização federativa.² Historicamente, essa postura remonta à formação do estado brasileiro, marcadamente centralizador na sua configuração, e a um imaginário difuso sobre as relações locais de poder, que, de regra, assumiriam feições patrimonialistas e coronelistas.³ Não é de se estranhar que tenha sido necessário um cenário inédito e desafiador como o da pandemia para se alterar o enraizamento desse estado de coisas.

No presente artigo, partimos da premissa de que essa tendência da jurisprudência do STF de concentração de competências na União – que já havia dado sinais de arrefecimento em casos isolados – foi interrompida no contexto da pandemia da Covid-19.⁴ De fato, uma sequência importante de precedentes prestigiou a participação dos estados e municípios no enfrentamento da crise sanitária, o que sugere uma importante oportunidade de reflexão acerca do legado dessa jurisprudência descentralizadora produzida nos últimos anos pelo STF.

A partir da análise dos impactos federativos desencadeados pela condução da pandemia durante o governo do Presidente Jair Bolsonaro – um momento de especial colisão entre o ente nacional e os subnacionais, apontado como um

de descentralização”. Ocorre que “a descentralização de competências (*policy-making*) não equivale à autonomia decisórias das unidades constituintes para definir o modo como serão implementadas as políticas sob sua competência (*policy decision-making*). [...] Portanto, mais uma vez, a descentralização fiscal e de competências não equivale à descentralização da autoridade decisória sobre a execução fiscal ou a provisão de políticas. Atribuições de execução de políticas públicas podem ser totalmente descentralizadas ao mesmo tempo em que os governos subnacionais podem estar sujeitos a uma série de regulamentações nacionais que limitam sua autonomia sobre a forma de gasto e de implementação das políticas sob sua competência” (ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012. p. 21-22; 147-151).

² Cf.: OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. *Revista Lua Nova*, v. 78, 2010. p. 223-250.

³ Nesse domínio, é clássica a referência à obra *Coronelismo, enxada e voto*, de Victor Nunes Leal, para quem a falta de autonomia dos municípios no Brasil levava a uma aliança com lideranças estaduais e à corrupção como moeda de troca por apoio político. Segundo o autor, “a vista grossa que os governos estaduais sempre fizeram sobre a administração municipal, deixando de empregar sua influência política para moralizá-la, fazia parte do sistema de compromisso político do coronelismo. Estava incluída na carta branca que recebiam os chefes locais, em troca do seu incondicional apoio aos candidatos do governo nas eleições estaduais e federais” (LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 71).

⁴ Essa tendência foi apontada por: 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, 2020. p. 669; cf. ainda trabalho de: GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023.

“federalismo bolsonarista” –,⁵ buscamos apresentar um balanço das decisões do STF que moveram o pêndulo das relações federativas em direção à descentralização, propondo uma reflexão acerca das potencialidades dessa jurisprudência. Se, de um lado, ela pode representar uma reação circunstancial do STF ao governo Bolsonaro, de outro, ela pode expressar novos parâmetros para a federação brasileira notadamente no campo das questões sanitárias e ambientais, apartando um domínio no qual o Supremo passe a consolidar uma esfera de autonomia mais acentuada aos entes subnacionais, baseada em um pragmatismo de viés experimentalista.⁶ Apontamos, no entanto, que uma adequada fundamentação do Tribunal acerca da sua própria virada jurisprudencial é imprescindível para que o pragmatismo seja exercido com suficiente transparência e adequado sopesamento de consequências e não de modo apenas casuístico.

Ainda que as disputas federativas havidas no contexto da Covid-19 não superem quantitativamente as decisões do STF de matiz centralizador, elas podem impulsionar um novo equilíbrio de forças que se amolda à concepção contemporânea de federalismo, a qual, para Judith Resnik, não possui margens fixas de exercício de poder.⁷ Ao contrário, elas se forjam no próprio contexto de mediação

⁵ A expressão “federalismo bolsonarista” foi cunhada em trabalho de Fernando Luiz Abrucio e colaboradores e possui como características centrais essa lógica autocrática e confrontadora: “O segundo pilar reforça o dualismo pelo lado da concentração autocrática nas mãos da União em decisões que afetam entes subnacionais. Há pouquíssimo espaço para diálogo, negociação ou participação subnacional em programas federais. Os exemplos são vários, mas o pior ocorre em relação à região amazônica: o conselho criado para cuidar desta questão excluiu governadores da região da estrutura de governança. A concepção de federalismo bolsonarista também contempla, como último pilar, o confronto intergovernamental e a luta constante contra adversários reais ou imaginados. Mobiliza a lógica de guerra para atizar seu eleitorado e marcar posição antissistema. Os maiores inimigos são as instituições e suas lideranças, pois sua visão do presidencialismo repudia a negociação institucional e os checks and balances do Estado brasileiro, entre os quais está o federalismo. Seguindo essa lógica política, Bolsonaro confrontou a Federação por dois motivos. Primeiro, a recusa dos entes subnacionais a políticas do bolsonarismo. Como estados e municípios são os principais responsáveis pela implementação na área social, podem mudar o rumo das decisões tomadas em Brasília. Soma-se a isso a disputa da Presidência com prefeitos e, sobretudo, governadores, vistos como atores que podem mobilizar a opinião pública, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal (STF) em disputas federativas, além de poderem se tornar competidores ou aliados dos maiores adversários eleitorais do presidente. Ao longo da pandemia, esse confronto federativo disseminou-se e os governos subnacionais produziram cartas de repúdio a decisões do governo federal” (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, 2020. p. 669).

⁶ Eduardo José Grin e colaboradores consideram que é possível falar em um “laboratório de federalismo” durante a pandemia de Covid-19, ideia que desenvolveremos na última seção deste trabalho (GRIN, Eduardo José; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; SEGATTO, Catarina Ianni; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques do; SCHOMMER, Paula Chies. A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 27, n. 87, 2022).

⁷ Cf. RESNIK, Judith. Federalism(s)’s forms and norms: contesting rights, de-essentializing jurisdictional divides, and temporizing accommodations. *Nomos*, v. 55, 2014. Federalism and Subsidiarity (2014), p. 363-435. Published by American Society for Political and Legal Philosophy.

das disputas, contando com a participação de atores que transcendem a relação binária havida entre nacional e subnacional. Assim, a fotografia que teremos de federalismo seguramente terá raízes nas decisões do STF adotadas para solucionar os conflitos a ele submetidos. A nós, cabem as perguntas sobre que fotografia é essa e como ela se projeta no tempo.

2 As disputas federativas no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no contexto de erosão democrática no Brasil

Como se sabe, uma das funções da forma federativa de estado é impedir que a concentração de poder junto à União dê lugar ao arbítrio.⁸ No contexto atual, a autonomia federativa se mostrou fator determinante de moderação no exercício do poder e na contenção das mais diversas formas de arbitrariedade. Nas palavras de Cláudio Souza Neto:

como os governadores dos estados são de diferentes agremiações partidárias, a autonomia federativa funciona como garantia do pluralismo político. Enquanto os governadores de oposição se mantêm no poder, exercendo plenamente suas competências e prerrogativas, o pluralismo preserva sua sustentação institucional.⁹

Por isso que, durante o governo Bolsonaro, a preservação da autonomia dos entes federados locais ganhou enorme destaque não apenas pelo aperfeiçoamento da resposta estatal aos graves problemas sanitários, sociais e econômicos acarretados pela pandemia, mas, por um prisma mais abrangente, pela proteção garantida à própria democracia brasileira.

Em meio à empreitada governamental voltada a debilitar as mais diversas formas de controles institucionais, a divisão vertical de poderes entre os entes da federação ofereceria – como, aliás, veio a oferecer de maneira particularmente

⁸ Cf., a respeito: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 200, p. 21-54, abr./jun. 1995. p. 28-29.

⁹ Nessa linha, Cláudio Pereira de Souza Neto lembrou que, embora a associação entre descentralização e liberdade nem sempre tenha se mostrado verdadeira na história brasileira, “desde a reabertura democrática, os estados vêm exercendo o papel fundamental de prover a base material para a preservação do pluralismo. Governadores de oposição têm oferecido importante contraponto à orientação federal. É o que ocorre no contexto presente, em que governadores comprometidos com a causa democrática têm oferecido importante resistência ao arbítrio do presidente” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2020).

importante durante a pandemia – empecilho fundamental ao projeto de concentração de poder. Não por acaso, a guerra de Bolsonaro contra os governadores de estado remonta aos primeiros meses do seu governo e se intensificou à medida que a resistência democrática das lideranças locais se manifestou de maneira mais contundente. O federalismo bolsonarista, baseado na combinação da lógica federativa autocrática e confrontadora,¹⁰ começou a ganhar forma desde o início do governo¹¹ e assumiu sua forma mais ostensiva com a eclosão das disputas federativas que resultaram da pandemia.

O federalismo bolsonarista produziu impactos negativos de grande repercussão no combate à Covid-19: aumentou a descoordenação intergovernamental a desigualdade entre estados e municípios, dificultou a tomada de decisão sobre aspectos fundamentais da resposta estatal à pandemia e criou obstáculos para a transferência de recursos e equipamentos;¹² a demora anormal na transferência de recursos no âmbito do SUS, a completa desarticulação federativa produzida pelas sucessivas trocas de ministros da saúde e a sistemática reprodução de um discurso antivacina e que minimizava os riscos da crise sanitária. De acordo com José Eduardo Grin e colaboradores, o “governo Bolsonaro buscou romper com o modelo de articulação interfederativa existente no país, na contramão dos ganhos de *federative policy learning* construídos nas últimas décadas, especialmente pelos sistemas nacionais de políticas públicas”.¹³

Nesse contexto, a predisposição bolsonarista ao conflito com os entes subnacionais e à suspensão do caráter cooperativo da nossa federação se converteram em ineficiência e disfuncionalidade justamente quando a crise sanitária exigia mais coordenação, cooperação e diálogo. A interrupção do diálogo e da cooperação

¹⁰ 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, 2020. p. 669.

¹¹ Podem-se citar três exemplos importantes de como o *federalismo bolsonarista* se expressava na prática: (i) o MEC desconsiderou posições dos entes subnacionais em temas como expansão das escolas cívico-militares, alfabetização ou ações em relação à Covid-19; (ii) na política ambiental da Amazônia, os governadores foram rechaçados; (iii) na segurança pública, o Ministério da Justiça abandonou o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), reduzindo a cooperação com estados (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, 2020).

¹² 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, 2020. p. 672.

¹³ Cf. GRIN, Eduardo José; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; SEGATTO, Catarina Ianni; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques do; SCHOMMER, Paula Chies. A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 27, n. 87, 2022.

por parte da União no contexto da pandemia constitui a mais fiel expressão do fenômeno identificado pela jurisprudência alemã como “deslealdade federativa”.¹⁴

Na busca por antídotos ao federalismo “darwinista” colocado em prática pelo bolsonarismo,¹⁵ generalizou-se a compreensão de que seria necessária a formação de um “cordão de contenção sobre a tensão centralizadora” na construção de soluções mais eficazes no enfrentamento à crise sanitária.¹⁶ A essa altura, ainda que sem uma predominância quantitativa, consideramos que o STF desenvolveu uma virada jurisprudencial descentralizadora na solução dos conflitos federativos no contexto da pandemia. Uma compreensão adequada dessa orientação jurisprudencial exige um entendimento sobre a tendência centralizadora da jurisprudência tradicional do STF, a qual se baseou, ao longo do tempo, na opaca fórmula interpretativa da “predominância de interesses”.¹⁷ Na próxima seção, nos dedicaremos a promover um breve inventário desse histórico jurisprudencial.

¹⁴ Na síntese de Vinícius Magalhães, o princípio da lealdade federativa determina “um dever geral de consideração recíproca que deve ser observado pelos entes federados e que tem por papel salvaguardar o funcionamento do sistema de competências legislativas e materiais positivado no texto constitucional” (MAGALHÃES, Vinícius Cunha. *Princípio da lealdade federativa: fundamentação jurídica, critérios de aplicação, concretizações essenciais e justiciabilidade a partir da comparação com o direito alemão*. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2023. p. 210). Tal dever assume duas dimensões: “[a] dimensão negativa englobaria a proibição de abuso e a proibição do comportamento contraditório” e “[a] dimensão positiva, por sua vez, referir-se-ia aos deveres de ajuda e apoio; de informação e consulta; de coordenação e cooperação; procedimentais e às regras adicionais para os pactos interfederativos” (MAGALHÃES, Vinícius Cunha. *Princípio da lealdade federativa: fundamentação jurídica, critérios de aplicação, concretizações essenciais e justiciabilidade a partir da comparação com o direito alemão*. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2023. p. 211). Cf., sobre o tema: ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo de repartição de competências legislativas e de execução*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁵ A ideia de “federalismo darwinista” foi apresentada por Nancy Cook e Dan Diamond (A Darwinian approach to federalism: States confront new reality under Trump. *Político*. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2020/03/31/governorstrump-coronavirus-156875>. Acesso em: 28 fev. 2024 *apud* 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, 2020. p. 667). Acesso em: 28 fev. 2024.

¹⁶ A expressão foi utilizada por: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Impacto da pandemia da Covid-19 na federação brasileira: descentralizando a disfuncionalidade. *Opin. Jurid.*, v. 19, p. 239, 2020. p. 239. O Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, em reação à desastrosa administração da pandemia pelo Governo central, afirmou que “não devemos dar ouvidos às vozes isoladas [...] que abusam da liberdade de expressão para propagar ódio, desprezo às vítimas e negacionismo científico” (Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/12/pronunciamento-encerramento-do-ano-judiciario-2021-2-1.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022). Já o Ministro Barroso vaticinou, ao afirmar a legitimidade do “passaporte da vacina”, que “já são mais de 600 mil vidas perdidas e ainda persistem atitudes negacionistas” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-vacinas-virtual.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022).

¹⁷ Essa conclusão é de GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023. p. 2311.

3 Os conflitos federativos na jurisprudência do STF e a sua tradição centralizadora

A literatura jurídica brasileira é unânime em afirmar que a Constituição de 1988 consagra um federalismo de cooperação. Nesse modelo de federação, existe o reconhecimento de que determinadas questões, pela sua importância e complexidade, demandam a conjugação de esforços dos diversos entes federativos, e não a atuação isolada de qualquer deles.¹⁸ Daí a presença de competências comuns e concorrentes, em que uma mesma matéria se encontra na esfera de atuação de dois ou mais entes federativos.¹⁹

No federalismo de cooperação, surge a necessidade de articulação e parceria entre os entes federativos em prol do adequado desempenho das competências compartilhadas. Nesse modelo, é constitucionalmente imperativo o diálogo entre as unidades federadas, na busca de soluções para os complexos problemas comuns que devem enfrentar. Tal imperativo constitucional se liga ao que Konrad Hesse, tratando da Constituição germânica, chamou de “princípio da conduta amistosa cooperativa”.²⁰ Nas palavras de Reinhold Zippelius, em muitas questões os entes federativos “veem-se obrigados a procurar, sempre de novo, um acordo aceitável para todos e a coordenar-se entre eles”.²¹

Apesar desse amplo reconhecimento doutrinário do perfil cooperativo da federação brasileira, é certo que o texto da Constituição abre espaço para interpretações mais ou menos centralizadoras, a depender dos critérios utilizados para enquadrar as medidas administrativas e legislativas nas regras de competência e dos parâmetros aplicados para solucionar conflitos reais ou aparentes entre essas diversas matrizes de competência. São raros os casos em que uma disputa federativa pode ser solucionada com base em operação interpretativa de subsunção simples a uma só regra de competência, ou seja, mediante interpretação meramente

¹⁸ O Ministro Marco Aurélio, no mesmo sentido, em voto proferido perante o STF, sustenta que “o constituinte de 1988 adotou a técnica alemã do ‘federalismo cooperativo’, no qual se atribuem aos entes federativos competências comuns, visando que eles se articulem para o exercício conjunto” (STF. ADI nº 4.597 MC. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 30.6.2011. *DJe*, 170, 5.9.2011).

¹⁹ PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e uma solução de seus conflitos à luz do direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 158.

²⁰ Nas palavras de Hesse, “ao conteúdo da ordem estatal-federal da Lei Fundamental pertence, finalmente, como princípio de Direito Constitucional não-escrito, o mandamento de conduta amistosa federativa – muitas vezes, também qualificado de ‘fidelidade para com a federação’. Segundo ele, a Constituição pede ao estado-total e estados-membros não só correção exterior no cumprimento dos seus deveres jurídicos estatais, mas também a procura constante e a produção de uma conduta boa, amistosa, federativa” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 212).

²¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 515.

gramatical ou textual da única regra de competência com incidência *a priori* sobre a atividade estatal. Ao contrário, quase todos os conflitos federativos assumem maior complexidade e costumam opor pelo menos duas regras de competência aparentemente opostas na solução da disputa.

A rigor, o próprio desenho constitucional da repartição de competências sugere um amplo espaço para disputas federativas nos mais variados campos de atuação estatal. Quanto mais complexa é a atividade estatal, maiores são as chances de envolver múltiplas áreas do direito e distintas modalidades de atuação material do Poder Público. Além disso, embora a Constituição de 1988 seja caracterizada por uma importante ampliação das competências administrativas comuns (art. 23) e legislativas concorrentes (art. 24), ela também estabeleceu um rol bastante amplo de competências legislativas privativas da União (art. 21). Disso resultou um aumento das zonas de eventual superposição: é muito comum que a produção legislativa ou atividade material dos entes subnacionais apresente, em algum grau, conexão com temas sujeitos à competência privativa da União. Essa é a primeira grande fonte de disputas federativas no Brasil.^{22 23}

Os exemplos de conflitos federativos que apresentam superposição de regras de competência concorrente e privativa são incontáveis. A jurisprudência do STF é um repositório quase inesgotável desses casos. Como lembrou o Ministro Gilmar Mendes, uma mesma lei pode apresentar problemas complexos, por envolver tema que se divide em assunto que compõe a competência concorrente e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da federação.²⁴ Nessa

²² Como pontuou o Ministro Marco Aurélio, “[o] sistema de distribuição de competências materiais e legislativas, privativas, concorrentes e comuns, considerados os três entes da Federação, tal como estabelecido na Constituição Federal e observado o princípio da predominância do interesse, é marcado pela complexidade, não sendo incomum chamar-se o Supremo a solucionar problemas de coordenação e sobreposição de atos legislativos, especialmente federais e estaduais” (STF. RE nº 827.538. Rel. Marco Aurélio, Rel. p./ Acórdão Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 21.7.2020).

²³ José Arthur de Castillo, em diálogo com a obra de Judith Resnik, considera que essas questões superpostas são, na verdade, de caráter mais amplo, constituindo verdadeiras relações transversais que afetam o federalismo contemporâneo. Estaríamos, assim, em meio a um paradigma de “transfederalismo”, no qual processos de privatização, globalização e digitalização diluem fronteiras e dicotomias federativas, dado que os atores sociais não se organizam mais a partir de tais limites. Segundo o autor, para compreender o federalismo na contemporaneidade, precisaríamos transcender “o sentido diagonal (nível local/regional/nacional/internacional) conectando pequenos municípios a lutas altamente globalizadas” e “repensar, neste momento, a estrutura e a atuação do Estado, bem como a atuação dos diversos movimentos sociais” (CASTILLO, José Arthur de. *Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. p. 19).

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 841. No mesmo sentido, a advertência do Ministro Luís Roberto Barroso: “Os temas sociais e as questões jurídicas, com frequência, elas não são monotemáticas, cuidam apenas de um aspecto específico ou de um tema jurídico ou social específico. De modo que é esse caráter multidisciplinar que traz a nossa dificuldade aqui, porque há normas – e esse é o caso – que tangenciam competências

situação, a solução do conflito entre o ente central e o local exige mais do que precisar o sentido e alcance de cada regra de competência, pois demanda uma escolha sobre qual das competências – privativa do ente federal ou concorrente – deve prevalecer em cada disputa específica. E essa escolha pode assumir inclinação mais centralizadora ou mais descentralizadora, a depender do modo como o princípio federativo for interpretado pela jurisdição constitucional.

Nesse tipo de disputa federativa, a jurisprudência do STF, tradicionalmente, assumiu um papel centralizador ao prestigiar, na maioria dos casos, as competências privativas da União em detrimento das competências compartilhadas com os demais entes federados.²⁵ Essa diretriz centralizadora se manifestou, na história recente do STF, de diversas maneiras. Em primeiro lugar, construiu-se um critério bastante restritivo de competências locais segundo o qual elas só são consideradas válidas em face de regulamentação federal diversa se estiverem estritamente vinculadas a uma peculiaridade local precisamente identificada. Foi esse tipo de raciocínio que levou o STF, por exemplo, a declarar a inconstitucionalidade de lei municipal que proibia a queimada de palha de cana-de-açúcar, com base no fundamento de que esse era um problema que extrapolava o interesse particular de determinado município.²⁶ Em segundo lugar, consolidou-se uma diretriz jurisprudencial que interpreta de maneira extensiva as competências privativas da União em detrimento do prestígio às competências compartilhadas com os demais entes federados.

Na maior parte dos casos, se a matéria regulada tangenciava simultaneamente matérias submetidas à competência privativa e concorrente, o STF tendia a decidir o conflito em favor da União. Isso levou ao que o Ministro Luiz Fux chamou de “leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União” pelo STF.²⁷ De fato, pesquisas empíricas mostraram com clareza essa tendência centralizadora da jurisprudência do STF no campo das disputas federativas. A tese de doutorado de Julio Canelo mostrou que, entre a promulgação da Constituição e o ano de 2015, 81% das disputas federativas levadas ao STF foram resolvidas em favor da União e apenas 13% em favor dos estados.²⁸ Diante desse quadro,

privativas de alguns entes e tangenciam competências concorrentes de outros entes” (STF. ADI nº 5.253. Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. *DJe*, 31.7.2017).

²⁵ Cf., nesse sentido: LEONCY, Leo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento lógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, 2013. p. 1-12.

²⁶ STF. RE nº 586.224. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 8.5.2015.

²⁷ STF. ADI nº 4.060. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.4.2015.

²⁸ CANELO, Julio. *Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

o Ministro Edson Fachin assim resumiu a postura do STF no julgamento desses conflitos federativos: “havendo lei federal sobre determinada matéria não poderiam Estados e Municípios contrariarem seus dispositivos”.²⁹ É esse também o diagnóstico feito pelo Ministro Alexandre de Moraes, para quem “por cultura jurídica nossa, no embate entre leis federais, leis estaduais e leis municipais, há uma tendência de valorar mais a legislação federal”.³⁰

Apesar da existência dessa clara inclinação centralizadora da jurisprudência do STF, nos últimos anos, alguns precedentes importantes passaram a contestar essa tendência e reconhecer maior autonomia em favor dos entes subnacionais.³¹ Em 2015, o STF afirmou a constitucionalidade de lei estadual que fixava número máximo de alunos por sala de aula, afastando a alegação de usurpação da competência da União para editar normas gerais sobre educação e ensino.³² Nessa ocasião, o Ministro Luiz Fux ressaltou que acreditava ser “momento de a Corte rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição”. Algum tempo depois, o mesmo Ministro Luiz Fux avançou ainda mais ao afirmar que o “princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal”.³³

Na sequência, em 2017, o Tribunal reverteu uma tendência de interpretar de maneira restritiva a competência concorrente do município para legislar sobre proteção ao meio ambiente. Discutia-se a constitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte que fixava multa pela emissão excessiva de gases poluentes por veículos. O Ministro Cezar Peluso defendia que o município não tinha interesse local em impor requisitos para evitar a poluição produzida por veículos. Mas prevaleceu a posição divergente do Ministro Edson Fachin, que, a par de afirmar a constitucionalidade da lei municipal, criticou a excessiva centralização de poder na União e afirmou ser “necessário explorar o alcance do federalismo cooperativo esboçado na Constituição de 1988, para enfrentar os problemas de aplicação que

²⁹ STF. ADI nº 5.356. Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Marco Aurélio, Tribunal Pleno. *DJe*, 31.7.2017.

³⁰ STF. ADI nº 5.792. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.10.2019.

³¹ Para o Ministro Ricardo Lewandowski, essa “tendência” já podia ser identificada no ano de 2013: “No Supremo Tribunal Federal, considerada a sua atual composição, já há uma visível tendência no sentido do fortalecimento do federalismo, prestigiando-se a autonomia dos estados e dos municípios, a partir de inúmeras decisões, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente e do consumidor” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Revista de Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 157, 2013. p. 17).

³² STF. ADI nº 4.060. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.4.2015.

³³ STF. ADI nº 2.663. Tribunal Pleno. *DJe*, 26.5.2017.

emergem do pluralismo”. Foi a primeira oportunidade em que o Ministro Edson Fachin propôs dois parâmetros interpretativos para a solução de conflitos federativos que favorecem o perfil cooperativo da federação e conferem maior autonomia aos entes subnacionais:

1. 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*).
2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor.³⁴

Esse foi o primeiro precedente em que o Tribunal acolheu a proposta do Ministro Edson Fachin de aplicação, na solução de disputas federativas, dos parâmetros da *presumption against preemption* – *i.e.*, na dúvida se deve prestigiar o acionamento de regras compartilhadas de competência – e da *clear statement rule* – *i.e.*, a ausência de espaço para complementação dos entes federados locais só deve ser afirmada nos casos de existência de regra clara em sentido contrário. A partir desse primeiro passo na direção de uma mudança na diretriz centralizadora da jurisprudência do STF, alguns precedentes relevantes seguiram essa direção descentralizadora.

Depois de decidir várias vezes pela inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam direitos do consumidor em face de empresas de telefonia, por invasão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações,³⁵ o STF afirmou a validade de lei estadual que fixava tempo máximo de atendimento presencial a consumidores por parte de empresas de telefonia fixa e móvel.³⁶ Aplicando mais uma vez o critério da *clear statement rule*, afirmou que a lei federal não afastava de maneira clara a possibilidade de que os Estados, no exercício de sua atribuição concorrente, normatizem a respeito da prestação de atendimento a

³⁴ STF. RE nº 194.704. Rel. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.11.2017.

³⁵ Cf. STF. ADI nº 3.533. Rel. Min. Eros Grau, Plenário. *DJe*, 6.10.2006. E, mais recentemente, STF. ADI nº 5.830, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 27.11.2019.

³⁶ STF. ADI nº 6.066. Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 21.7.2020.

consumidores de serviços de telecomunicações. E, sendo assim, dever-se-ia enxergar eventual lacuna da lei federal como “possibilidade de atuação dos demais entes federativos, não cabendo ao poder judiciário, à míngua de definição legislativa, retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena de tolher-lhe sua autonomia constitucional”. Nesse mesmo julgamento, o Ministro Edson Fachin voltou a defender a importância do parâmetro *presumption against preemption* para consignar a necessidade de adoção de maior deferência em relação à legislação produzida pelos entes locais.

No ano de 2020, em sede de repercussão geral, o STF afirmou a tese de que “[o]s Estados-Membros e o Distrito Federal têm competência legislativa para estabelecer regras de postagem de boletos referentes a pagamento de serviços prestados por empresas públicas e privadas”.³⁷ Na oportunidade, consignou-se que, na análise das competências concorrentes, deve-se “priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades, de modo a assegurar o imprescindível equilíbrio federativo”. A corrente que defendia a invasão da competência privativa da União para legislar sobre matéria postal ficou vencida. E prevaleceu a visão do Ministro Alexandre de Moraes, segundo a qual, em casos de dúvida ou de aparente colisão de regras de competência, deve-se prestigiar a solução que prestigia a autonomia dos entes locais.

A despeito da relevância desses precedentes que passaram a contestar a tendência da jurisprudência de promover uma “leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União”,³⁸ não é possível afirmar que houve uma verdadeira e definitiva superação da tendência da priorização das competências federais em face das competências locais. Não é difícil chegar a essa conclusão a partir de uma visão mais ampla da jurisprudência do STF a respeito das disputas federativas.

No ano de 2020, por exemplo, o Tribunal afirmou a inconstitucionalidade de norma estadual que restringia a implantação de instalações industriais destinadas à produção de energia nuclear, por violação à competência privativa da União para legislar sobre atividades nucleares de qualquer natureza.³⁹ Ficou vencida, nesse julgamento, a proposta do Ministro Edson Fachin de aplicar o parâmetro da *clear statement rule* para reconhecer que, em não havendo na lei federal obrigatoriedade dos Estados quanto à instalação de usinas, depósitos ou rejeitos ou transporte de cargas radioativas, dever-se-ia prestigiar o poder de complementação do Estado no campo da proteção da saúde e do meio ambiente.

³⁷ STF. ARE nº 649.379. Rel. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 15.1.2021.

³⁸ STF. ADI nº 2.663. Tribunal Pleno. *DJe*, 26.5.2017.

³⁹ Cf. ADI nº 4.973. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.10.2020.

Ainda no mesmo ano, em 2020, o STF decidiu ser inconstitucional lei estadual que estabeleceu a proibição de cobrança de taxa de religação de energia elétrica, em caso de corte de fornecimento por falta de pagamento.⁴⁰ Prevaleceu a tradicional diretriz jurisprudencial da Corte no sentido de que leis dessa natureza violavam a competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica. Mais uma vez, a compreensão mais descentralizadora defendida pelo Ministro Edson Fachin – “nesses múltiplos olhares, o meu direciona-se para uma compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro” – ficou vencida.

Há muitos outros exemplos de que a tendência centralizadora da jurisprudência do STF não foi completamente abandonada.⁴¹ Em 2019, por exemplo, o Tribunal considerou inconstitucional lei estadual que estabelecia obrigação de conceder acréscimo de trinta minutos em estacionamento privados, após o pagamento da tarifa, por suposta invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito civil.⁴² Novamente, o Ministro Edson Fachin, ao defender a legitimidade da lei estadual com base na competência concorrente para legislar sobre consumo e responsabilidade por dano ao consumidor, integrou a corrente vencida. No mesmo ano, o STF, em decisão tomada pelo *score* apertado de seis votos contra cinco, considerou inconstitucional lei estadual que obrigava operadoras de planos de saúde a avisar aos consumidores sobre o descredenciamento de hospitais e médicos.⁴³ A corrente majoritária afirmou que cabia à União a disciplina do tema em razão da sua competência privativa para legislar sobre direito civil. Já a corrente vencida enfatizou que aos estados e ao Distrito Federal é dada a competência para legislar sobre relações de consumo em geral.

Se é verdade que, nos últimos anos, o STF deu sinais de que estava disposto a revisar, em alguma medida, a sua tradicional jurisprudência centralizadora de competências na União em detrimento da autonomia dos entes estaduais e municipais, também é certo que não houve uma superação definitiva dessa perspectiva de ampliação do âmbito material das competências privativas ou exclusivas do ente central. Não é nossa intenção analisar, nesta ocasião, as razões que conduzem o Tribunal a oscilar entre a adoção de uma postura mais centralizadora e uma

⁴⁰ STF. ADI nº 6.190. Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. *DJe*, 5.10.2020.

⁴¹ Para uma síntese de vários precedentes do STF que representam uma segunda fase na jurisprudência sobre federalismo no Brasil – chamada pelos autores de “ensaios descentralizadores” –, cf. DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte? *RDP*, Brasília, v. 17, n. 96, p. 37-64, nov./dez. 2020.

⁴² STF. ADI nº 5.792. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.10.2019.

⁴³ STF. ADI nº 5.173. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.12.2019.

outra mais descentralizadora. Há um número relevante de casos fáceis nos quais a invasão da competência federal pelos entes locais é inquestionável – e.g., leis estaduais e municipais que visam ampliar o acesso ao porte de arma de fogo para além daquelas previstas do Estatuto do Desarmamento.⁴⁴ Além disso, é possível que, em temas ligados a interesses de grupos econômicos organizados que atuam em setores altamente regulados, o Tribunal tenha mantido maior preocupação com a manutenção da uniformidade da disciplina federal.⁴⁵ Também é plausível a hipótese de que, em temas de menor repercussão econômica e social, o STF esteja mais disposto a adotar uma postura de maior deferência à atividade legislativa e administrativa dos entes subnacionais.⁴⁶

Independentemente da busca por critérios que possam explicar eventuais idas e vindas do Tribunal na solução das mais variadas modalidades de disputas federativas, parece certo que, até aqui, a inclinação centralizadora da jurisprudência ainda não havia sido superada.⁴⁷ Esse cenário, contudo, sofreu grande mudança com o advento da pandemia de Covid-19, contexto em que o STF consolidou uma clara e uniforme jurisprudência favorável ao reconhecimento de ampla autonomia dos entes estaduais e municipais, mesmo quando estes entraram em rota de colisão com a União.

4 Uma inflexão descentralizadora na jurisprudência do STF no contexto do enfrentamento à pandemia

Um amplo conjunto de decisões do STF adotou uma postura favorável à descentralização na atuação estatal em face da pandemia do Covid-19. Mas essa dimensão da jurisprudência da crise sanitária em relação ao federalismo não pode ser compreendida fora de um contexto maior de drástica redução da deferência do STF ao Governo Bolsonaro em temas relacionados ao enfrentamento à pandemia.

⁴⁴ STF. ADI nº 7.569. Rel. Cristiano Zanin, Tribunal Pleno. *DJe*, 9.4.2024.

⁴⁵ Cf., por todas, as múltiplas decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas estaduais que possuem algum tipo de conexão com relações contratuais no âmbito dos serviços públicos de telecomunicações (STF. ADI nº 7.321. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 4.8.2023) e de distribuição de energia elétrica (STF. ADI nº 3.703. Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 9.5.2023).

⁴⁶ Cf., a título exemplificativo, a decisão que reconheceu que “[n]ão viola a competência privativa da União lei estadual que dispõe sobre a recomposição de saldo de conta de depósitos judiciais” (STF. ADI nº 6.859. Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.3.2023).

⁴⁷ Nas palavras de Natalia Pires de Vasconcelos e Diego Werneck Arguelhes, essas decisões que passaram a contestar a diretriz geral de centralização deveriam ser vistas como “*sinais ainda tímidos*” de transformação sobre a tendência tradicional” (ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia*: 26 vozes discutem o aprendizado para política pública. Rio de Janeiro: Autografia, 2021. p. 197).

Do total de ações diretas de inconstitucionalidade envolvendo a atuação dos entes estatais na pandemia, 61% seguiram o padrão de “autores diversos *versus* Bolsonaro”. Em 84% dessas ações, o STF deferiu os pedidos liminares contra o Governo Bolsonaro.⁴⁸ Por outro lado, a postura do Tribunal em relação aos estados foi completamente diferente: apenas 35% do total de ações diretas de inconstitucionalidade se dirigiram contra os estados e em apenas 16% desse conjunto de casos o STF deferiu os pedidos liminares.⁴⁹ O mesmo padrão foi observado em relação às arguições de descumprimento de preceito fundamental: em 73% das ações ajuizadas contra o Governo Federal, o STF deferiu os pedidos liminares, tendo deferido liminares contra os governos estaduais em apenas 17% dessas arguições.⁵⁰

Esse quadro de suspensão circunstancial do grau de deferência do STF em relação ao Governo central no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade não tem precedentes na história do Tribunal desde a promulgação da Constituição.⁵¹ A atuação do STF na defesa dos pilares da democracia – sistematicamente atacados pelo Governo Bolsonaro – explicam, em grande medida, o drástico aumento do número de derrotas da União em comparação com todos os governos anteriores.⁵²

Como anotou Fabiana Oliveira em trabalho do ano de 2020, a partir da análise de um conjunto de 85 ações de controle concentrado de constitucionalidade que versavam temas relacionados ao enfrentamento da pandemia examinadas até aquele momento, o STF efetivamente alterou o padrão de interferência no controle da legitimidade de atos do presidente da República para impor limites à sua política negacionista.⁵³ E foi nesse contexto mais amplo de intensificação da quantidade e da qualidade do controle dos atos do Governo Bolsonaro pelo STF que se inserem as decisões relativas aos conflitos federativos a respeito da atuação no enfrentamento à pandemia.

⁴⁸ OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021. p. 20-21.

⁴⁹ OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021. p. 21.

⁵⁰ OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021. p. 27.

⁵¹ Como demonstrou estudo de autoria de Oscar Vilhena, Rubens Glezer e Ana Laura Barbosa, o STF controlou mais e de maneira mais intensa os atos do Governo Bolsonaro. Os resultados sugerem que o STF adotou, ainda que sem uniformidade em relação aos mais variados setores atacados pelo Governo, uma postura de redução circunstancial do grau de deferência aos atos do Poder Executivo com o objetivo (explícito ou implícito) de proteção da democracia (VILHENA, Oscar; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura. STF decidiu mais e mais rápido em ações contra governo Bolsonaro após pandemia. *Folha de São Paulo*, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/stf-decidiu-mais-e-mais-rapido-em-aco-es-contr-a-governo-bolsonaro-apos-pandemia.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2024).

⁵² Cf., nesse sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2020. p. 271.

⁵³ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judicialização da política em tempos de pandemia. *Contemporânea*, São Carlos, v. 10, n. 1, p. 389-398, jan./abr. 2020.

Especificamente em relação aos embates federativos, quatro decisões principais espelham a mudança de trajetória da jurisprudência na direção de uma ampla descentralização da atuação estatal no contexto da pandemia de Covid-19. Ao reconhecer a constitucionalidade da obrigatoriedade da vacinação, o STF destacou que todos os entes federados tinham competência para implementar medidas indiretas, como a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes.⁵⁴ O Ministro Edson Fachin registrou de maneira explícita que a descentralização federativa admitida pelo STF a respeito da aplicação de medidas para garantia da obrigatoriedade da vacinação tinha relação com a omissão do Governo Federal na condução e coordenação dessa política sanitária. E o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento que assentou a legitimidade da obrigatoriedade da vacinação também registrou que a ampla descentralização federativa afirmada pela jurisprudência do STF estava associada à ausência de atuação adequada por parte do Governo federal.

A mesma postura descentralizadora foi adotada pelo STF no julgamento a respeito da competência para requisição de bens pelo Poder Público no âmbito do combate à pandemia. Na oportunidade, decidiu-se que as requisições a cargo dos estados e municípios não dependeriam de autorização pela União, sob pena de indevida invasão de competências que são comuns à União e aos entes federados.⁵⁵ O voto do Ministro Ricardo Lewandowski consignou que a submissão das requisições locais ao consentimento do Ministério da Saúde produzira o risco de que as medidas administrativas se revelassem ineficazes ou extemporâneas.

Esses dois precedentes acima referidos – ADIs da vacinação obrigatória e da requisição de bens – basearam-se expressamente nas duas primeiras decisões que marcaram essa diretriz descentralizadora da jurisprudência do STF no período da pandemia. A primeira decisão-marco foi aquela tomada no julgamento da ADI nº 6.341, ajuizada pelo PDT contra vários dispositivos da lei nacional que tratou do enfrentamento da pandemia de Covid-19 (Lei nº 13.979/20, na redação conferida pela MP nº 926/20), com o objetivo de garantir que a atuação de estados e municípios não estaria limitada pela ação ou pela omissão da União. A lei estabelecia, por exemplo, que medidas de restrição à locomoção interestadual e intermunicipal dependeriam da recomendação técnica e fundamentada da Anvisa e que as medidas adotadas pelos entes subnacionais não poderiam prejudicar atividades essenciais e serviços públicos (que seriam definidos em decreto do presidente da República).

A decisão liminar proferida pelo então Ministro Marco Aurélio manteve a lei intacta, mas registrou, para fins pedagógicos, que a sua interpretação não

⁵⁴ STF. ADI nº 6.586. Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. *DJe*, 6.4.2021.

⁵⁵ STF. ADI nº 6.362. Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. *DJe*, 9.12.2020.

poderia se distanciar da natureza concorrente da competência para atuar no campo da proteção à saúde. O Plenário do STF avançou um pouco mais para conferir interpretação conforme à Constituição ao §9º do art. 3º da Lei nº 13.979/20, de modo a explicitar que a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inc. I do art. 198 da Constituição, o presidente da República poderia dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos.⁵⁶ Poucos dias antes desse primeiro julgamento pelo Plenário do Tribunal, o Ministro Alexandre de Moraes já havia reconhecido e reconhecido, em caráter liminar,

o exercício da competência concorrente dos Governos Estaduais e Distrital e suplementar dos Governos Municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.⁵⁷

Nessa decisão, tomada pelo Ministro Alexandre de Moraes logo depois da intensificação do tom de confronto no discurso do presidente,⁵⁸ esclareceu-se que tal intervenção do STF se fazia necessária justamente pelo fato de a União não ter atuado de maneira eficaz na resposta à pandemia:

Lamentavelmente, contudo, na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato

⁵⁶ STF. ADI nº 6.341 MC-Ref. Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 13.11.2020.

⁵⁷ STF. ADPF nº 672-MC. Rel. Alexandre de Moraes, decisão monocrática. *DJe*, 15.4.2020.

⁵⁸ A propósito: “A ação dos estados aumentou o tom de confronto no discurso do presidente, que disse ‘tem certos governadores que estão tomando medidas extremas, que não competem a eles, como fechar aeroportos, rodovias, shoppings e feiras’. E segue provocativamente numa entrevista coletiva: ‘Tem um governo de Estado que só faltou declarar independência’. [...] Optando pelo confronto, Bolsonaro ameaçou flexibilizar as medidas de isolamento adotadas pelos governadores, mas foi desautorizado pelo STF em medida cautelar proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A decisão baseou-se nas competências compartilhadas em Saúde (artigo 23 da CF/88), presentes no federalismo cooperativo subjacente à Constituição” (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, 2020. p. 669).

notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.

A segunda decisão-marco do Plenário do STF a respeito da repartição de competências federativas na pandemia foi tomada no julgamento da ADI nº 6.341, oportunidade em que a mesma Lei nº 13.979/20 (alterada pelas MPs nºs 926/20 e 927/20) foi objeto de interpretação voltada a excluir estados e municípios da necessidade de autorização da União ou obediência e determinações de órgãos federais para adoção de medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia de Covid-19.⁵⁹

As decisões proferidas pelo Plenário do STF no julgamento das ADIs nºs 6.341-MC e 6.343-MC produziram uma nova diretriz jurisprudencial segundo a qual os entes locais não precisam de autorização da União, ou de ação prévia do ente central, para agir no contexto da pandemia.⁶⁰ Se é certo que esse legado possui algumas fragilidades derivadas da sua fundamentação ainda pouco transparente, também não podemos deixar de constatar que ele apresenta potencialidades no que se refere à sua capacidade de, a partir do pragmatismo, fomentar experiências plurais e democráticas em âmbito local.

5 Balanço parcial da jurisprudência sobre federalismo durante a crise sanitária: entre fragilidades e potencialidades de um pragmatismo descentralizador

Uma das vertentes mais influentes do pensamento contemporâneo, o pragmatismo evita as especulações filosóficas muito abstratas e desvinculadas da realidade concreta, tendo como características o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.⁶¹ O antifundacionalismo é a rejeição da busca de qualquer

⁵⁹ STF. ADI nº 6.343 MC-Ref. Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 17.11.2020.

⁶⁰ Na síntese de Gilmar Mendes e Georges Abboud, essas decisões deixaram a lição de que “em momentos de crise, o Poder Executivo federal não pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais tomadas no âmbito de suas respectivas competências constitucionais que venham a adotar medidas restritivas contrárias à orientação geral do Governo” (ABBoud, Georges; MENDES, Gilmar. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 1022, dez. 2020).

⁶¹ Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 23-62.

fundamento último para as teorias e para os argumentos. O contextualismo enfatiza a importância do contexto histórico e das experiências humanas de cada sujeito nas investigações científicas e nas decisões a serem tomadas. Já o consequencialismo preconiza que se priorizem sempre as soluções que produzam os melhores resultados práticos para a sociedade.

No âmbito do direito, o mais conhecido defensor do pragmatismo é Richard Posner,⁶² para quem o principal critério para a correção de uma decisão judicial diz respeito à sua capacidade de produzir boas consequências, não só para o caso concreto, como também para o sistema como um todo. O pragmatismo jurídico é igualmente empirista, por atribuir mais importância aos dados da realidade do que às construções teóricas.⁶³ Para o pragmatismo jurídico, enfim, o direito não é um fim em si mesmo. O compromisso central do magistrado pragmático é com o atendimento das necessidades humanas e sociais a que o direito, como instrumento, visa a promover.

A preocupação com o mundo real e com as consequências práticas das decisões judiciais são contribuições relevantes do pragmatismo para o direito.⁶⁴ Tanto que, no Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi alterada para prever que, “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (art. 20, *caput*). Conforme ressalta Carlos Ari Sunfeld, um dos idealizadores da reforma pragmática da LINDB, dispositivos como esse “trazem a realidade para dentro dos jogos de aplicação da lei”,⁶⁵ condicionando a atuação de todos os órgãos públicos brasileiros, em qualquer instância.

O pragmatismo também vem ganhando tração no Supremo Tribunal Federal. Como afirmou o Min. Luiz Fux em prefácio a livro sobre o tema, “o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo, como vertentes do pragmatismo, assumiram relevância na jurisdição constitucional e, por isso mesmo, revolucionaram

⁶² Cf.: POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003; POSNER, Richard. Um manifesto pragmático. In: POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 607-627.

⁶³ Na formulação de Thomas Grey, “pragmatismo significa liberdade da culpa teórica” (What is good in legal pragmatism. In: BRINT, Michael; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; MENDONÇA, José Vicente de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: o estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 179-198, 2014.

⁶⁴ Cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al.* (Org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; MENDONÇA, José Vicente de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: o estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 179-198, 2014.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 44.

o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados”.⁶⁶ Em julgamento ainda não finalizado pelo STF, disse o Min. Luís Roberto Barroso que “o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”.⁶⁷

A jurisprudência descentralizadora desenvolvida pelo STF na solução das disputas federativas entre os anos de 2020 e 2022 foi decisivamente determinada não só pela gravidade da crise sanitária, mas também pela exigência de contenção da arbitrariedade que marcou a postura do Governo Bolsonaro durante a pandemia. Com relação aos dados que resultam da comparação entre a jurisprudência do STF anterior à pandemia da Covid-19 e aquela construída durante a crise sanitária, as decisões Tribunal adotadas no contexto da pandemia foram decisivamente influenciadas pelo pragmatismo jurídico nas suas três dimensões, a saber, a do consequencialismo (preocupação com a obtenção dos melhores resultados no enfrentamento à pandemia), contextualismo (consideração do quadro de absoluta ineficiência do Governo Federal na construção de respostas sanitárias eficazes) e antifundacionalismo (refutação à afirmação de teorias abrangentes sobre a legitimidade da atuação dos entes federados locais).

Como destacaram Natalia Vasconcelos e Diego Werneck, “o problema que o tribunal identificou nessas decisões é o de um poder central que, por incapacidade ou escolha, não assume o papel central que a Constituição lhe confere no enfrentamento da crise”.⁶⁸ E isso, na visão desses autores, comprova o fato de que essa diretriz jurisprudencial descentralizadora produzida na pandemia foi sustentada por um fato político contingente: o tipo de reação do Governo Bolsonaro diante da Covid-19. Ou, como concluíram:

para os ministros, o ideal seria a centralização – mas, se o poder central parece incapaz de reconhecer a gravidade do problema e tomar decisões tecnicamente fundamentadas, é preferível deixar que os municípios e estados exerçam mais poder, desde que tecnicamente fundamentado.⁶⁹

⁶⁶ FUX, Luiz. Prefácio. In: MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 2.

⁶⁷ LEIA as anotações do ministro Barroso para seu voto sobre o porte de drogas. *Conjur*, 10 set. 2015.

⁶⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia: 26 vezes discutem o aprendizado para política pública*. Rio de Janeiro: Autografia, 2021. p. 201.

⁶⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia: 26 vezes discutem o aprendizado para política pública*. Rio de Janeiro: Autografia, 2021. p. 204.

Passados pouco mais de dois anos do fim do estado de emergência em saúde pública em razão da Covid-19, parece cedo para afirmar que os precedentes do STF a respeito da autonomia dos entes subnacionais em relação à União no contexto da pandemia produziram uma superação consistente da tradicional tendência centralizadora da jurisprudência do Tribunal.⁷⁰ Ao contrário, algumas decisões bastante recentes sugerem que a postura centralizadora da jurisprudência ainda dá sinais de persistência. Recente decisão do STF, por exemplo, reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual estabelecia normas em prol dos adolescentes em formação educacional ou profissionalizante. A maioria do Tribunal entendeu que a lei invadia competência federal para legislar sobre direito trabalho, enquanto o voto vencido do Ministro Edson Fachin sustentava que a lei tratava do tema da proteção à infância e à juventude, inserido entre as competências concorrentes.⁷¹

Em outro caso que pode sinalizar essa tendência centralizadora, o Tribunal entendeu que lei municipal que proibia a construção de usinas hidrelétricas em seu território invadia competência para legislar sobre energia e águas, tendo ficado vencida a visão segundo a qual a lei tratava de proteção ao meio ambiente.⁷² Seguindo a mesma diretriz, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade formal, por invasão da competência federal para legislar sobre direito do trabalho, de norma estadual que determinava aos hospitais públicos e privados do Estado a criação de uma sala de descompressão, para ser utilizada pelos enfermeiros, técnicos de enfermagem e auxiliares de enfermagem. Ficou vencida, mais uma vez, a posição defendida pelo Ministro Edson Fachin no sentido de que a lei não tratava de matéria trabalhista, mas sim de implementação de uma política de saúde pública.⁷³

É possível que essa inconstância jurisprudencial derive, em alguma medida, da vagueza da fundamentação que caracteriza tais decisões. Miguel Gualano de Godoy e Renata Naomi Tranjan apontam que, “mesmo havendo motivos para a alteração no modo sobre como se vinha decidindo conflitos federativos, é preciso fundamentar essa virada jurisprudencial”.⁷⁴ De fato, não parece haver espaço para a consolidação de um legado substantivo a partir da experiência jurisprudencial descentralizadora do período de crise sanitária sem que o Tribunal saia da zona de

⁷⁰ Cf., nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 166-181, set./dez. 2020.

⁷¹ STF. ADI nº 3.093. Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.10.2023.

⁷² STF. ADPF nº 979. Rel. Min. Edson Fachin; Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 27.6.2023.

⁷³ STF. ADPF nº 979. Rel. Min. Edson Fachin; Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 7.6.2023.

⁷⁴ GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023. p. 25.

reafirmação casuística do desenho da federação a partir da ideia de predominância de interesses e de outras cláusulas demasiado abertas que não oferecem parâmetros materiais seguros que prestigiem a pluralidade democrática das soluções alternativas locais para desenhar políticas públicas.

Embora o paradigma do pragmatismo jurídico se apresente como a melhor chave de leitura para compreender essa circunstancial tendência descentralizadora da jurisprudência do STF, essa valorização do pragmatismo pouco contribuirá para a afirmação perene de um experimentalismo local democrático se não for acompanhada de um sopesamento transparente das consequências em jogo e sem que elas sejam consideradas de modo sistêmico. Tal como advertiu Jane Reis, as variadas correntes do pragmatismo jurídico possuem “como referencial comum, a noção de que a melhor forma de testar as hipóteses construídas é identificar suas consequências práticas e compará-las com os efeitos concretos das teses adversárias”.⁷⁵ Esse é um ônus de justificação do qual o STF não pode se descolar se estiver disposto a investigar o potencial de realização dos objetivos estatais a partir da verificação das condições práticas de atuação dos diversos entes federativos no desenvolvimento das melhores soluções aos desafios impostos pelo projeto constitucional brasileiro de 1988.

Sabe-se que o pragmatismo jurídico não está imune a críticas.⁷⁶ Talvez as principais se liguem ao receio de que a adesão a essa corrente jusfilosófica distancie a atividade judicante de normas jurídicas vinculantes ou aceite a relativização de valores morais universais. O direito ostenta forte caráter deontológico, que não deve ser ignorado, sobretudo em questões eminentemente constitucionais. Contudo, há casos em que o pragmatismo e a deontologia caminham de mãos dadas, como nas hipóteses em que uma proposta descentralizadora de competências federativas favorece a fruição de direitos fundamentais por parte dos administrados.

Sob essa perspectiva, ainda que as decisões do STF adotadas no contexto da pandemia tenham sido influenciadas pelo pragmatismo jurídico, é possível que elas sirvam como anteparo a um projeto mais amplo, tanto jurisprudencial quanto de experimentação federativa democrática, o que exige melhor aproveitamento do legado jurisprudencial do período de crise sanitária como parâmetro de discussão das futuras disputas federativas. Num primeiro plano, mostra-se problemática a circunstância de o STF, até o momento, não ter adotado uma linha autorreflexiva e clara quanto ao alcance e termos da sua inflexão jurisprudencial no contexto da

⁷⁵ Cf. REIS, Jane Reis. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-73, jul./dez. 2016.

⁷⁶ Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 232-233.

pandemia da Covid-19. Em outras palavras, ainda que se aponte que o Tribunal vem delineando a ideia de que há uma “presunção contra preempção” e que a inação do ente nacional, no contexto da pandemia, precisava impulsionar o agir dos entes subnacionais, a falta de um reconhecimento claro quanto à superação do quadro jurisprudencial até então vigente torna insegura a estabilização de uma nova diretriz descentralizadora.

Por outro lado, se bem aplicado, o pragmatismo é uma caixa de ferramentas necessária para aperfeiçoar o modo pelo qual o STF trata as disputas federativas em sua jurisprudência. Afinal, na acepção clássica encontrada na obra de John Dewey, a dimensão empírica do pragmatismo é estreitamente vinculada à noção de democracia. A inteligência social se cria a partir das falhas percebidas em processos que supúnhamos conhecidos e sabidos; o conhecimento se molda pelo erro e pela experiência. Assim, a democracia nasce das circunstâncias novas que nos levam à resolução de problemas,⁷⁷ sendo próprio do saber e agir democráticos uma mútua determinação entre meios e fins.⁷⁸

É possível – e até natural – uma associação entre a visão pragmatista *deweyana* e as teorias que se debruçam sobre as formas contemporâneas de federalismo. Charles F. Sabel rememora a objeção que Dewey fazia à centralização burocrática operada, nos Estados Unidos, pelas políticas do *New Deal*, pois, num modelo federativo democrático, o que é esperado dos oficiais locais e dos atores privados, de todos os níveis, destinatários da regulação federal, não é simplesmente aderência à norma, mas sim investigação ativa das soluções superiores a partir de uma perspectiva crítica.⁷⁹ Se, de um lado, na obra *Public and its Problems*, Dewey prioriza claramente o localismo,⁸⁰ de outro, Judith Resnik defende a emergência de um federalismo fluído, permanentemente renegociado a partir dos seus conflitos. Na ótica da autora, o próprio apelo do federalismo decorre da ideia a ele subjacente

⁷⁷ Essa leitura da obra de John Dewey é encontrada em: SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 35-55.

⁷⁸ Charles F. Sabel resume que, na concepção de Dewey sobre democracia, está é “a forma de governo que mais incentiva e que melhor responde à formação da coisa ou esfera pública e, ao fazê-lo, permite à sociedade de indivíduos transatores, naturalmente interdependentes e gregários, reflectir deliberadamente sobre as suas trocas espontâneas, canalizando-as no interesse de todos, para se tornar uma comunidade autoconsciente” (SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 38).

⁷⁹ SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 45.

⁸⁰ Segundo Charles F. Sabel: “To understand Dewey’s affinity for this kind of communitarian localism – ‘the local is the ultimate universal, as near an absolute as exists,’ he wrote in *The Public and Its Problems* – it is helpful to see it in relation to the continuing influence on his thought and political formation of the republican populism and the associated movement for producer cooperatives of his youth, and especially his admiration for Henry George, one of the most radical defenders of the small holders and their local communities” (SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 42).

de que “mais de um regime jurídico é permitido, que os indivíduos têm múltiplas afiliações políticas e identidades de cidadania em camadas, e que as fontes do direito são plurais”.^{81 82}

Em linha com essa compreensão, e aprofundando a interação entre o paradigma do pragmatismo jurídico na solução de disputas federativas, o Ministro Edson Fachin assinalou, em voto vencido por meio do qual defendia a competência estadual para legislar sobre aspectos consumeristas da relação contratual estabelecida com operadoras de planos de saúde, “a assunção de competência pelo ente maior deve fundar-se no princípio da subsidiariedade, ou seja, na demonstração de que é mais vantajosa a regulação de determinada matéria pela União ou pelo Estado, conforme for o caso”.⁸³ A preocupação enfatizada pelo Ministro Edson Fachin de verificar a juridicidade da assunção da competência por cada ente federado a partir de uma avaliação da vantajosidade dos resultados constitui típica expressão da dimensão consequencialista do pragmatismo jurídico. Tal perspectiva é integrada, na visão do Ministro Edson Fachin, por uma visão antifundacionalista acerca dos critérios formais que devem orientar a solução de disputas federativas para prestigiar um “modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências”.⁸⁴

A adoção do pragmatismo jurídico como parâmetro para a solução de disputas federativas não conduz, inequivocamente, à valorização de uma postura descentralizadora de competências. Prova disso é que o STF tem se valido de diferentes dimensões do pragmatismo jurídico para invalidar normas locais que colocam em risco direitos fundamentais de alta relevância axiológica. Parece claro que, em casos de dúvida sobre a legitimidade da atuação legislativa dos entes locais, o STF tem adotado intensificado controle formal de constitucionalidade de leis estaduais cujos resultados são claramente lesivos a direitos e valores constitucionais fundamentais.

⁸¹ DEWEY, John. *The public and its problems: an essay in political inquiry*. [s.l.]: Ohio University Press., 2016. Edição do Kindle. p. 5.

⁸² Para Resnik, “In the last several decades, federalism theory and practice helped to bring attention to ideas of competition, diversity, autonomy, demos, community, voice, participation, and exit—with governance mapped onto vertical and horizontal dimensions as well as centers and peripheries and puzzled about the relationship of federalisms to democracy. The new governance/experimentalism literature speaks in other terms—about the degrees to which processes are open, transparent, participatory, accountable, effective, and coherent. Once the diagonals and webs of that literature are added to the federalism grids, new inquiries are needed to assess—at the micro and macro levels—federalism discounts, jurisdictional assignments, and temporizing accommodations. Federalism literature often aspires for more—a hope of a relationship between jurisdiction and justice. The pull to such a cheerful federalism is powerful, as its pluralism recognizes the value of community and of collective identities, and its liberalism attends to human flourishing through protection of dignity and equality and the just” (RESNIK, Judith. *Federalism(s)’s forms and norms: contesting rights, de-essentializing jurisdictional divides, and temporizing accommodations*. *Nomos*, v. 55, 2014. p. 409).

⁸³ STF. ADI nº 7.376. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.10.2023.

⁸⁴ STF. ADI nº 7.376. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.10.2023.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a declaração de inconstitucionalidade formal, por invasão de competência federal, de lei estadual que proibia o uso de linguagem neutra em escolas públicas,⁸⁵ de leis estaduais e municipais que proibiam o ensino sobre questões de gênero e sexualidade na rede pública⁸⁶ ou, igualmente, com a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que proibia destruição de bens apreendidos em operações ambientais.⁸⁷

Como se vê, embora esse pragmatismo jurídico que favoreça a realização de direitos fundamentais não tenha sido perenemente incorporado à prática do STF como guia para a solução de disputas federativas, a jurisprudência construída no período da crise sanitária pode funcionar como mecanismo impulsionador desse tipo de reflexão que aprofunde as possibilidades de um federalismo aberto ao experimentalismo e à inovação.

6 Conclusão

Apesar da valorização dos entes estaduais e municipais pela Constituição, que estabeleceu um rol generoso de competências administrativas comuns e legislativas concorrentes, o amplo rol de competências privativas da União tem sido, tradicionalmente, interpretado de maneira extensiva pela jurisprudência do STF nas últimas três décadas. Essa tendência da jurisprudência do STF de concentração de competências na União – que já havia dado sinais de arrefecimento em casos isolados – foi interrompida no contexto da pandemia da Covid-19. De fato, uma sequência importante de precedentes prestigiou a participação dos estados e municípios no enfrentamento da crise sanitária. Tais decisões foram decisivamente influenciadas pelo paradigma do pragmatismo jurídico nas três dimensões que detalhamos neste texto (consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo).

É possível que alguma dose de consequencialismo e contextualismo já tivesse influenciado tanto a tendência geral descentralização como os episódios de descentralização eventual da jurisprudência do STF. De um lado, a especial preocupação dada pelo Tribunal à liberdade de iniciativa e à garantia da racionalidade regulatória em determinados setores da economia, por exemplo, podem ter contribuído para a afirmação da prevalência da competência privativa da União em face das competências locais. Por outro lado, o crescente valor da proteção ao meio ambiente pode ter contribuído para uma recente tendência da jurisprudência de prestigiar as

⁸⁵ STF. ADI nº 7.019. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 10.4.2023.

⁸⁶ Cf., por todos, STF. ADI nº 5.537. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.9.2020; e STF. ADPF nº 461. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe*, 22.9.2020.

⁸⁷ STF. ADI nº 7.203. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 3.5.2023.

competências estaduais e municipais nesse campo. Mas as decisões que resolveram as disputas federativas no contexto da pandemia da Covid-19 constituem, em seu conjunto, o exemplo mais destacado do modo como todas as dimensões do pragmatismo jurídico foram aplicadas pela jurisprudência do STF.

A análise da nova jurisprudência do STF à luz do diálogo entre esses aportes teóricos parece-nos indicar que, desde a promulgação da Constituição de 1988, nunca tinha ficado tão evidente a importância do princípio federativo para a proteção da democracia brasileira. Esse princípio emerge aqui de forma concreta e contingente, moldado pela experiência das disputas federativas vividas no contexto da pandemia da Covid-19. Esse material simboliza uma inovação jurisprudencial destacada no tempo e na trajetória do Tribunal, a qual, a um só tempo, reverbera de modo mais destacado as dimensões do pragmatismo jurídico, mas também apresenta a potencialidade de se estabelecer como uma mudança de postura mais ampla e capaz de produzir efeitos irradiantes.

A perspectiva pragmática que orientou a jurisprudência do STF no contexto da crise sanitária não permite antecipar, com segurança, se esses precedentes que reconheceram maior liberdade de atuação em favor de estados e municípios podem traduzir um sinal de superação definitiva da tendência de centralização. É possível que a dramática crise sanitária – que secundou e aprofundou uma crise mais profunda da própria democracia brasileira – e a experiência bem-sucedida de valorização das competências locais deixem um legado que transcenda a importância do *federalismo cooperativo* como mero vetor de contenção da arbitrariedade e do autoritarismo e o potencialize como ferramenta de fomento ao autogoverno e à participação democrática local na tomada de decisões e busca por soluções.

Referências

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 1022, dez. 2020.
- 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, 2020.
- ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia*: 26 vezes discutem o aprendizado para política pública. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.
- ARRETICHE, Marta Teresa da Silva. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 200, p. 21-54, abr./jun. 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 166-181, set./dez. 2020.

CANELO, Julio. *Judicializando a Federação?* O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

CASTILLO, José Arthur de. *Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Impacto da pandemia da Covid-19 na federação brasileira: descentralizando a disfuncionalidade. *Opin. Jurid.*, v. 19, p. 239, 2020.

COOK, Nancy; DIAMOND, Dan. A Darwinian approach to federalism': States confront new reality under Trump. *Político*. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2020/03/31/governorstrump-coronavirus-156875>. Acesso em: 28 fev. 2024.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte? *RDP*, Brasília, v. 17, n. 96, p. 37-64, nov./dez. 2020.

DEWEY, John. *The public and its problems: an essay in political inquiry*. [s.l.]: Ohio University Press., 2016. Edição do Kindle.

GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023.

GRIN, Eduardo José; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; SEGATTO, Catarina Ianni; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques do; SCHOMMER, Paula Chies. A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 27, n. 87, 2022.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, 2013.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEONCY, Leo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento lógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Revista de Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 157, 2013.

MAGALHÃES, Vinícius Cunha. *Princípio da lealdade federativa: fundamentação jurídica, critérios de aplicação, concretizações essenciais e justificabilidade a partir da comparação com o direito alemão*. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judicialização da política em tempos de pandemia. *Contemporânea*, São Carlos, v. 10, n. 1, p. 389-398, jan./abr. 2020.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. *Revista Lua Nova*, v. 78, 2010.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-73, jul./dez. 2016.

PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e uma solução de seus conflitos à luz do direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

POSNER, Richard A. Legal pragmatism. *Metaphilosophy*, v. 35, 2004.

RESNIK, Judith. Federalism(s)'s forms and norms: contesting rights, de-essentializing jurisdictional divides, and temporizing accommodations. *Nomos*, v. 55, 2014.

SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2020.

VILHENA, Oscar; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura. STF decidiu mais e mais rápido em ações contra governo Bolsonaro após pandemia. *Folha de São Paulo*, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/stf-decidiu-mais-e-mais-rapido-em-aco-es-contra-governo-bolsonaro-apos-pandemia.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2024.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA FILHO, Ademar Borges de; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. O STF e a solução das disputas federativas na pandemia de Covid-19: um legado em disputa. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 50, p. 167-195, jan./jun. 2024.

Submissão: 21.5.2024

Pareceres: 22.6.2024, 21.6.2024

Aceite: 24.6.2024