

RISCOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO JUDICIAL DECORRENTE DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

RISKS OF THE STATE OF JUDICIAL EXCEPTION ARISING FROM THE CORONAVIRUS PANDEMIC

VINÍCIUS RIBEIRO CAZELLI

Doutor em Direito Processual (Universidade Estácio de Sá). Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória). Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional (Faculdade Vale do Cricaré). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Oficial de Registros de Imóveis e Anexos em Marataízes/ES. E-mail: vinicius.cazelli@hotmail.com

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGER

Livre Docente pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora de Pesquisa, Extensão e Relações Internacionais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV (Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (QUALIS A1). Coordenadora do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro da Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos e Garantias Fundamentais. Colunista de A Gazeta. Presidenta da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: eldabussinger@gmail.com

FELIPE RIBEIRO CAZELLI

Mestre em Ciências das Religiões (Faculdade Unida de Vitória). Graduado em Filosofia (Universidade Federal do Espírito Santo). Professor do Centro de Ensino Superior de Vitória. E-mail: felipecazelli@hotmail.com

RESUMO

Trata-se no presente artigo de uma análise da postura adotada pelo STF no julgamento da ADI nº 6357, avaliando-se se esta configurou o início de um Estado de Exceção Judicial. A princípio formulou-se a hipótese de que, ao permitir o descumprimento circunstancial da norma constitucional e da legislação infraconstitucional, o Supremo agiu de forma ativista, incentivando julgamentos de primeira e segunda instância com parâmetros extrajurídicos, configurando, ao fim e ao cabo, um Estado de Exceção Judicial. O trabalho teve, assim, como objetivos de pesquisa: 1) apresentar o cenário do julgamento da ADI nº 6357, na qual foi autorizado o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal enquanto durar a pandemia; 2) analisar se a postura adotada pelo STF enquanto guardião da Constituição pode ser vista como ativismo judicial; 3) analisar o julgamento da ADI nº 6357, dentro do cenário de combate à pandemia do Coronavírus; 4) contribuir para o direcionamento de uma adequada prestação jurisdicional e para a defesa da ordem jurídica, tendo como base teórica para o diálogo as ideias do professor Lenio Streck.

Palavras-chave: Judicialização; Ativismo Judicial; Estado de Exceção Judicial; ADI nº 6357; Coronavírus.

ABSTRACT

This article is an analysis of the posture adopted by the STF in the judgment of ADI nº 6357, evaluating if it configured the beginning of a State of Judicial Exception. At first, the hypothesis was formulated that, by allowing circumstantial non-compliance with constitutional norms and infraconstitutional legislation, the Supreme Court acted in an activist manner, encouraging first and second instance judgments with extra-legal parameters, configuring, after all, state of judicial exception. The work had, therefore, as research objectives: 1) to present the scenario of the judgment of ADI nº 6357, in which the breach of the Fiscal Responsibility Law was authorized while the pandemic lasts; 2) analyze whether the posture adopted by the STF as guardian of the Constitution can be seen as judicial activism; 3) analyze the judgment of ADI No. 6357, within the context of combating the Coronavirus pandemic; 4) to contribute to the direction of an adequate jurisdictional provision and to the defense of the legal order, having as a theoretical basis for the dialogue the ideas of professor Lenio Streck.

Keywords: Judicialization; Judicial Activism; State of Judicial Exception; ADI nº 6357; Coronavirus.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6357; 2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL; 3 A ADI Nº 6357 E O ESTADO DE EXCEÇÃO JUDICIAL INSTITUÍDO PELO STF; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há tempos se discutem os problemas sanitários que afligem a população brasileira, mas eles continuam e se agravam em vários pontos do território nacional. São pessoas sem condições mínimas de moradia, esgotos a céu aberto, falta de fornecimento de água potável, entre outros males que amofinam a população. E a situação se tornou ainda mais grave com a pandemia do Coronavírus, em razão da qual muitos perderam pessoas queridas, emprego, renda e até mesmo a saúde e a liberdade.

Por outro lado, cresce na população a consciência acerca de seus direitos fundamentais, notadamente por conta do crescimento dos meios de comunicação, principalmente em razão da facilidade de acesso à internet – WhatsApp e redes sociais (Instagram, Telegram, Facebook, entre outros), por meio dos quais tornou-se mais fácil e rápido o acesso às informações. Os cidadãos, então, seja individualmente ou por intermédio de órgãos representativos, batem às portas do Poder Judiciário para resolução dos mais diversos problemas sociais.

Neste contexto se analisa o processo de judicialização como sendo a busca pelo Poder Judiciário para resolução de conflitos e garantia de direitos ao cidadão. Nota-se que, nos últimos anos, questões de larga escala vêm sendo submetidas ao crivo do Poder Judiciário, que é instado a se manifestar em razão do Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Contudo, esse processo não está imune a críticas, podendo constituir uma intervenção indevida nas funções dos demais poderes e, com isso, causar uma anomalia no processo democrático e lesão ao Princípio da separação dos poderes.

Trata-se de uma realidade que deve ser enfrentada pelos juristas e pesquisadores, motivo pelo qual se justifica o presente estudo, diante da necessidade de um olhar crítico sobre os parâmetros que

permitem uma intervenção judicial em políticas públicas, em especial no cenário de incertezas vivenciado pela população brasileira e mundial em razão da pandemia do Coronavírus.

Diante da necessidade de se proteger a população do vírus, muitas medidas foram adotadas pelos governos mundo afora, algumas delas até sem respaldo científico. Nessa linha foram, também, proferidas decisões judiciais norteadas pela emoção e pela noção de certo ou errado de cada julgador, em descompasso, contudo, com o ordenamento jurídico, criando o que enquadramos neste artigo como “Estado de Exceção Judicial”.

Essa atuação, entretanto, merece um olhar atento da academia, a fim de se exercer o constrangimento epistemológico apontado por Lenio Streck como sendo este o papel da doutrina no combate ao ativismo judicial e na defesa do Estado Democrático de Direito. Para o autor (STRECK, 2017b, p. 162), “o julgador deve se constranger ao tomar uma decisão fora dos parâmetros jurídicos (que é isso que constitui o ativismo)”.

Assim, como problema de pesquisa, o presente estudo buscou responder ao seguinte questionamento: a postura adotada pelo STF no julgamento da ADI nº 6357 configura o início de um Estado de Exceção Judicial?

De antemão, a hipótese que se apresenta é a de que, ao permitir o descumprimento circunstancial da norma constitucional e, também, da legislação infraconstitucional, o Supremo agiu de forma ativista, incentivando julgamentos de primeira e segunda instância com parâmetros extrajurídicos, configurando, ao fim e ao cabo, um Estado de Exceção Judicial.

A fim de responder ao problema de pesquisa e se colocar à prova a hipótese formulada, o presente artigo teve como objetivos: 1) apresentar o cenário do julgamento da ADI nº 6357, na qual foi autorizado o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal enquanto durar a pandemia; 2) analisar se a postura adotada pelo STF, enquanto guardião da Constituição, pode ser vista como ativismo judicial; 3) analisar o julgamento da ADI nº 6357, dentro do cenário de combate à pandemia do Coronavírus; 4) contribuir para o direcionamento de uma adequada prestação jurisdicional e para a defesa da ordem jurídica, tendo como base teórica para o diálogo as ideias do professor Lenio Streck.

Para tanto, no primeiro capítulo buscou-se contextualizar o cenário e os argumentos expostos no julgamento da ADI nº 6357 pelo Supremo Tribunal Federal, verificando, em especial, os riscos decorrentes das incertezas que permeiam as discussões acerca da pandemia do Coronavírus.

No segundo capítulo foi analisada a relação existente entre judicialização, como sendo a busca pelo Poder Judiciário para resolução de conflitos sociais, e ativismo judicial, como sendo uma postura adotada pelo magistrado ao julgar a demanda, além das implicações de uma postura ativista para o Estado Democrático de Direito.

Já no terceiro capítulo se analisou se o julgamento da ADI nº 6357 pode ser considerado ativismo judicial e enquadrado como um Estado de Exceção Judicial, bem como se a postura adotada pelo Supremo tem a possibilidade de incentivar posturas ativistas nos julgamentos de primeira instância.

1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6357

No intuito de proporcionar uma maior transparência nos casos submetidos à corte constitucional, e, com isso, conceder à população a possibilidade de acompanhar os casos de maior repercussão relacionados à pandemia, foi criado pelo Supremo Tribunal Federal o chamado Painel Covid, que, através de uma linguagem simplificada, permitiu o acompanhamento das decisões proferidas pelo tribunal, bem como o exercício crítico dos parâmetros observados, como se fará a seguir, tendo como recorte a ADI nº 6357.

A ação foi proposta pelo Presidente da República com o objetivo de conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e ao art. 114, caput, *in fine*, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020). Os dispositivos questionados tratam de uma gestão responsável dos recursos públicos, com imposição de limites a serem observados pelo administrador, em especial acerca da impossibilidade de criação ou majoração de despesas sem a respectiva previsão de receita.

O requerente justifica o pedido, em síntese, sob a alegação da necessidade de adoção de medidas excepcionais pela União, no intuito de reduzir os impactos negativos gerados pela

disseminação do Coronavírus, e da possibilidade de a incidência pura e simples desses dispositivos violar o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III, da CF; a garantia do Direito à saúde, na forma dos arts. 6º, caput, e 196, da CF; e os valores sociais do trabalho e a garantia da ordem econômica, conforme previsão dos arts. 1º, inciso I; 6º, caput; 170, caput; e 193, todos da CF.

O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, concedeu medida cautelar, posteriormente referendada pelo pleno do STF, no seguinte sentido:

[...] CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR na presente ação direta de inconstitucionalidade, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19.

O Supremo, por maioria de votos, referendando a liminar concedida, decidiu pela possibilidade de descumprimento por parte do gestor público dos limites impostos pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e da Lei nº 13.898/2019 (Lei de Diretrizes Orçamentárias) em relação à demonstração de adequação e compensação orçamentária para a criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da Covid-19.

No referido julgamento restou decidido que o afastamento das exigências aplica-se a todos os entes federados que tenham, por meio de decreto, reconhecido o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo Coronavírus (disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443281>. Acesso em 24/07/2020).

Ocorre que o próprio texto constitucional, em seu art. 167, incisos I e II, impõe, respectivamente, a vedação do início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (LOA) e a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, não havendo na Constituição dispositivo que excepcione o cumprimento dessas normas com respaldo em decisões judiciais. Assim, a questão que merece destaque é a de que

o Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa da situação excepcional, permitiu o descumprimento da Constituição, se enquadrando tal postura na crítica anotada por Cazelli (2021, p. 129):

[...] não deve o julgador se utilizar do jargão de que os fins justificam os meios e, sob uma ideia de realização de “justiça”, desconsiderar o ordenamento jurídico, utilizando-se de valores subjetivos, para uma intervenção indevida em políticas públicas, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica e da confiança depositada pelo cidadão de que todos observarão os preceitos constitucionais e legais, inclusive os entes estatais.

Posteriormente, a Lei 13.983, de 03/04/2020, alterou a LDO/2020 e a EC 106/2020 dispôs sobre a excepcionalidade dos gastos durante a permanência da pandemia, esvaziando o interesse do autor no prosseguimento da ação, motivo pelo qual o processo foi extinto sem resolução de mérito, em razão da perda superveniente do interesse de agir (artigos 21, IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e 485, VI, do CPC), sendo, entretanto, confirmada a medida cautelar, sob o fundamento de que está alinhada com a emenda constitucional mencionada e que a referida emenda convalidou os atos de gestão praticados a partir de 20/03/2020 (09 dias antes da propositura da ação), desde que compatíveis com a EC 106/2020 (art. 10).

A pergunta, então, é se o exercício legítimo pelo Poder Legislativo de sua função de alterar, quando necessário, a própria Constituição, não constitui obstáculo à atuação jurisdicional. Dito de outro modo, não deveria o Poder Judiciário exercer a autocontenção quando verificar que os demais Poderes estão, pelos meios legítimos, discutindo e implementando as medidas pleiteadas judicialmente?

2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização das políticas públicas enquanto busca pelo Poder Judiciário para resolução de conflitos e implementação de direitos sociais se apresenta como uma realidade, atraindo a atenção dos juristas para a verificação dos efeitos causados por esse processo e para a descoberta de possíveis soluções mitigadoras desse fenômeno social.

No que diz respeito à saúde, mesmo antes da pandemia relacionada ao Coronavírus, as demandas apresentavam um crescimento mais expressivo que as ações relacionadas a outros ramos do direito. Para se ter uma ideia, entre 2008 e 2017, enquanto o número de processos judiciais subiu cerca de 50% (cinquenta por cento), as demandas relacionadas à saúde tiveram um aumento de 130% (cento e trinta por cento) (INSPER, 2019, p. 13).

Nota-se, entretanto, que há nesse processo uma disfuncionalidade, conforme anota Perlingeiro (2020, p. 110), pois “trata-se de uma inversão de papéis: as autoridades administrativas deixam de exercer o seu poder de autoexecutoriedade; as cortes deixam de julgar conflitos e proteger direitos, para executar decisões administrativas”.

Com o advento da pandemia, o Poder Judiciário foi ainda mais instado a se manifestar sobre questões de alta complexidade, como a limitação de Direitos Fundamentais, a definição da competência dos entes federados para adoção de medidas sanitárias, dentre outros assuntos envolvendo o combate ao Coronavírus. A postura adotada para definição de tais hipóteses deve ser observada com parcimônia, de forma que não configure uma intervenção indevida na atribuição dos demais poderes.

Assim, uma das questões a serem consideradas quando se discute o assunto judicialização de políticas públicas é a diferenciação que deve ser feita entre a busca pelo Poder Judiciário, e sua necessária manifestação em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, e a postura adotada pelo julgador ao analisar a demanda que lhe é submetida à apreciação.

Nesse contexto se diferenciam judicialização e ativismo judicial. Enquanto a primeira está relacionada ao aumento da busca pelo Poder Judiciário para resolução dos conflitos sociais, o segundo diz respeito à atitude do julgador ao analisar a demanda que lhe é apresentada.

Assim, uma vez submetida a causa à apreciação judicial, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o julgador deverá proferir uma decisão, a fim de resolver o conflito. Essa decisão, porém, pode ou não ser considerada como ativismo judicial, dependendo do comportamento adotado pelo magistrado.

Tem-se por ativismo uma postura de maior intervenção do Poder Judiciário no espaço de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. O ativismo é, pois, “uma atitude, a escolha de um modo

específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance [...]. O oposto de ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes” (BARROSO, 2018, p. 50).

Conforme ensina Barroso (2018, p. 24), “judicialização identifica a possibilidade de ingressar em juízo para debater qualquer direito ou pretensão; ativismo, por outro lado, designa um modo proativo e expansivo de atuação judicial”. Para o autor (BARROSO, 2018, p. 24):

[...] o Judiciário deve ser autocontido quando estejam em discussão temas referentes à economia, à Administração Pública e a escolhas políticas em geral. Regulação econômica, regime jurídico de servidores, escolha de Ministros ou demarcação de terras indígenas são bons exemplos de situações em que o Judiciário deve se ater a verificar se houve devido processo legal, evitando interferir no mérito das decisões.

Não se desconhece a contribuição da própria Constituição de 1988 para o aumento da judicialização, por conta da amplitude de temas tratados no texto constitucional, bem como a ampliação do espaço de interpretação do julgador, abarcando assuntos que ficariam, a princípio, restritos à esfera política. Nesse sentido, Novelino (2021, p. 108), menciona que o texto constitucional:

[...] mostra-se um conjunto de normas materialmente abrangente e extremamente prolixo que contempla diversos assuntos tradicionalmente tratados no âmbito infraconstitucional. Essa amplitude material tende a potencializar a judicialização de temas que tradicionalmente ficariam restritos à esfera política e, por conseguinte, amplia o espaço interpretativo e “criativo” dos juízes.

A decisão judicial deve, contudo, encontrar o equilíbrio necessário entre a proteção dos direitos fundamentais sociais e a contenção judicial, em respeito ao princípio da separação dos poderes e, ao final das contas, em atenção à própria Constituição. Além disso, uma decisão deve ser a mais razoável possível, considerando as suas consequências práticas e a necessidade de preservação do ordenamento jurídico, no sentido pragmático exposto por Novelino (2021, p. 46):

O juiz deve buscar proferir a decisão mais razoável possível, sopesando todas as vantagens e desvantagens (“all things considered”). Isso significa levar em conta não apenas as consequências específicas da decisão, mas também o material jurídico

convencional, a preservação dos valores do Estado de Direito, além de outras considerações de ordem psicológica e prudencial.

Outrossim, deve o julgador observar o que dispõe o art. 21, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”.

Desta forma, a verificação das consequências da decisão deve ser objeto de consideração do julgador, eis que tal conduta, além de atender ao princípio da razoabilidade, corresponde a uma imposição legal. Ademais, a princípio, o texto normativo, em especial o texto constitucional, deve servir de parâmetro e limite para julgamento, até que, pelos processos deliberativos típicos, através de emendas constitucionais, seja substituído por outro. Caso contrário, conforme aponta Streck (2017c, p. 30) “[...] a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que ‘o juiz pensa acerca da lei’”.

Além disso, há que mencionar o risco de uma atuação ativista do Poder Judiciário transformar a democracia brasileira em uma juristocracia, conforma aponta Streck (2017b, p. 161):

Quando judicializamos em vez de fazer políticas, temos o Judiciário com as rédeas do governo. Quando o juiz decide através de argumentos pessoais, temos o Judiciário legislando. A situação é complicada e merece críticas. Não estou negando a importância histórica do Judiciário no Brasil; mas afirmando que vivemos sob uma democracia, não juristocracia ou judiciariocracia.

Não se quer dizer que juízes e tribunais não possam interpretar e dar sentido à legislação e ao texto constitucional, especialmente quando há elementos vagos e cláusulas abertas, mas, de qualquer forma, a fim de evitar que se crie uma juristocracia, como mencionado, qualquer interpretação deve partir dos parâmetros impostos pelo próprio texto da Constituição.

Partindo dessas premissas, passa-se a analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 6357, apresentada no primeiro capítulo, a fim de se confirmar, ou não, a hipótese de que tal julgamento pode ser enquadrado como ativismo judicial e, até mesmo, instituído um Estado de Exceção Judicial.

3 A ADI Nº 6357 E O ESTADO DE EXCEÇÃO JUDICIAL INSTITUÍDO PELO STF

Conforme dito, o STF, no julgamento da ADI nº 6357, autorizou o descumprimento circunstancial da Constituição ao conceder interpretação conforme aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, permitindo o descumprimento dos mesmos enquanto durar a pandemia, na medida em que desconsiderou o texto expresso do art. 167, incisos I e II, da Carta Magna, que vedam o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (LOA) e a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

A questão que se impõe, então, é a seguinte: o Supremo Tribunal Federal se constitui no ordenamento jurídico brasileiro como guardião e intérprete final da Constituição ou se apresenta como um tribunal que está à mercê das forças políticas e de elementos morais que permitem a flexibilização do texto da Constituição de acordo com esses fatores?

Nesse ponto cumpre citar Streck (2017c, p. 24), para quem “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é [*sic*]”. Nesse sentido, qualquer interpretação deve respeitar, no mínimo, os limites impostos pelo texto constitucional.

Trata-se de um problema que já vem sendo apontado pela doutrina, segundo a qual alguns julgadores estão buscando a correção do direito, tendo como parâmetro elementos morais, o que possibilita a fragilização da autonomia do direito, eis que a legislação e até a própria Constituição ficam à mercê de discursos corretivos com base em elementos morais, políticos e econômicos, com ênfase na primeira forma (STRECK, 2017a, p. 116).

Sendo permitido tal comportamento, o risco que se corre é o de que a consciência do juiz sobre certo e errado, moral e imoral, passa a nortear o resultado do processo, de forma que a condução

da produção probatória não mais observe os parâmetros legais, passando a ser gerida de acordo com as subjetividades de cada magistrado, criando o juiz inquisidor, em descompasso com o devido processo legal (CAZELLI, 2021, p. 132).

Soma-se a isso o fato de que os julgamentos do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, além de serem de observância obrigatória, na forma do art. 927, I, do Código de Processo Civil, norteiam a postura adotada pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Assim, uma postura mais ativista do STF serve de norte e incentivo para a ampliação de comportamentos judiciais com consideração de elementos extrajurídicos, inclusive excepcionando normas legais e constitucionais.

Essa é a postura que ora se critica e se procura evitar, pois a correção das decisões judiciais “pressupõe o respeito à autonomia do direito, na medida em que este foi produzido democraticamente, e este respeito é materializado na fundamentação desta decisão, que deve ser detalhada, íntegra e coerente, tendo como base a Constituição e a legislação” (CAZELLI, 2021, p. 133).

Ao decidir de forma ativista e excepcionando circunstancialmente normas constitucionais, o Supremo dá azo a julgamentos como o que ocorreu na justiça federal do Estado do Rio de Janeiro, no qual a magistrada determinou o remanejamento dos recursos destinados ao fundo eleitoral para ações de combate ao Coronavírus, justificando sua decisão ao argumento de “ser ‘irrazoável’ a destinação dos recursos para o fundo em meio a um cenário de ‘total incerteza’ em razão da pandemia” (Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/31/tribunal-anula-decisao-que-destinava-verba-do-fundo-eleitoral-para-combate-ao-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 11 jan. 2021).

Com isso, há uma inversão da lógica do ordenamento jurídico, pois os julgamentos do STF passam a ter mais valor do que a lei e a própria Constituição. Ou seja, a norma está em vigor, mas não se aplica, em razão da decisão judicial. Assim, na decisão proferida na ADI ora analisada, restou claro que a justificativa da necessidade decorrente do combate à pandemia autorizou o descumprimento da própria Constituição, tornando constitucional o inconstitucional. Sobre a necessidade como justificadora do estado de exceção, anota Agamben (2004, p. 41): “mais do que tomar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção”.

Ocorre que essa autorização para que o Supremo, diante de uma situação excepcional, autorize o descumprimento da Constituição pode dar margem à erosão do sentimento constitucional nacional e, até mesmo, causar a derrocada do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Entretanto, essa preocupação com o respeito à Constituição e com a necessidade da consolidação de um pensamento constitucional na sociedade brasileira encontra obstáculos “externos [argumentos morais, de política e de economia] e internos [mercadologização do ensino, standardização das decisões, discursos de eficiência no lugar de efetividades qualitativas]”, conforme aponta Streck (2017b, p. 158). Para o autor “eles são os responsáveis pela grande dificuldade que têm os juristas/juízes de levar o direito a sério, isto é, de cumprir a Constituição” (STRECK, 2017b, p. 158).

Diante do cenário de incertezas acerca dos efeitos, sejam econômicos ou sociais, que a pandemia causou e ainda gerará na população, a certeza que fica é a de que a cautela deve nortear as decisões, sejam administrativas ou judiciais, para que a solução não se torne o problema. Assim, a verificação de que os Poderes Executivo e Legislativo se mobilizaram e envidaram os esforços necessários e possíveis à solução dos problemas vivenciados pela população se apresenta, a princípio, como obstáculo à atuação jurisdicional. Por outro lado, a inércia desses Poderes, com a possibilidade de tal conduta ocasionar lesão a direitos fundamentais dos cidadãos, se apresenta como fundamento para uma legítima atuação do Poder Judiciário.

Não se desconhece que, muitas vezes, a inércia dos demais poderes atrai uma maior intervenção do Poder Judiciário, com respaldo na própria Constituição. Entretanto, a postura ativista do Poder Judiciário deve ser adotada com cautela, para que não se torne, também, ilegítima, conforme aponta Cazelli (2021, p. 127):

Apesar das críticas que são feitas ao ativismo judicial, há de se reconhecer que, muitas vezes, a inércia do legislador pode ocasionar lesão a determinado direito do cidadão, atraindo a necessidade de uma postura proativa do Poder Judiciário, legitimada pelo próprio sistema constitucional, que impôs ao referido Poder a defesa do ordenamento jurídico. Contudo, tal intervenção deve ser limitada e criteriosa, sob pena de tornar-se, também, ilegítima.

Com isso, garante-se o Estado Constitucional de Direito, pois, conforme anota Streck (2017b, p. 160), “a democracia é assegurada quando a Constituição é cumprida, caso contrário teremos um regime de exceção, que, por exemplo, pode ser formado pela postura do Judiciário em julgamentos nos quais assume um protagonismo indevido”.

O julgamento da ADI ora analisado foi, mesmo que não tenha o STF se manifestado de forma expressa nesse sentido, a criação de um Estado de Exceção, justificado na teoria da necessidade, na forma exposta por Agamben (2004, p. 41):

A teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei. A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma.

Na própria Constituição há previsão de situações excepcionais em que se permite o descumprimento de preceitos constitucionais, a exemplo do Estado de Defesa e do Estado de Sítio e a Intervenção Federal (CF, art. 21, V), considerados Estados de Exceção Constitucional. Ocorre que tais institutos têm requisitos e competências próprias definidas no texto da Constituição, não havendo previsão no sentido de autorizar o Poder Judiciário a determinar o descumprimento das normas constitucionais, quando entender necessário, conveniente ou justificável.

Por conseguinte, quando o Poder Judiciário assume uma postura ativista através de um indevido protagonismo, corre-se o risco de se estabelecer uma hipótese de Estado de Exceção não previsto no texto Constitucional, além de enfraquecer a democracia, uma vez que o Poder Judiciário, não eleito democraticamente, passa a conduzir a política em substituição aos demais Poderes. Aí está o problema: da mesma forma que não se quer uma interferência política nas decisões judiciais, também não há que se admitir uma indevida interferência judicial nas decisões políticas.

Apesar do ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, ter se manifestado no sentido de que “a pandemia da Covid-19 gerou um ‘momento de exceção’, mas não vivemos um ‘Estado de exceção’, e que por isso decisões judiciais devem sempre respeitar a Constituição Federal”¹, a decisão

¹Informação disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-vivemos-num-momento-de-excecao-mas-nao-estamos-em-um-estado-de-excecao-27072020>. Acesso em 25/01/2020

proferida na ADI nº 6357 diz o contrário, eis que autorizou justamente a desobediência da norma constitucional.

Assim, a princípio, não cabe ao Poder Judiciário, como também não constitui função do STF, decidir quando uma norma constitucional deve deixar de ser cumprida, considerando que, a partir do momento em que as mudanças sociais exigirem, o próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade de alteração das normas constitucionais, através do processo legislativo da emenda constitucional, como, de fato, ocorreu na hipótese ora analisada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que o combate ao Coronavírus acarretou e ainda gera muitas discussões não somente na área jurídica como também na saúde, na economia e em outras áreas do conhecimento. Muitos estudos ainda são necessários para a proteção contra as variantes e futuras mutações do vírus e sobre seus efeitos a longo prazo na saúde da população, bem como esforços no sentido de promover uma maior e melhor cobertura vacinal. Diante disso tudo, a cautela se apresenta como melhor alternativa.

Assim, verificando que já tramita projeto de lei ou proposta de emenda constitucional regulamentando o objeto de determinada demanda, antes de adotar uma postura ativista, deve o Poder Judiciário prestar deferência à atuação do Poder Legislativo, no mínimo ouvindo o referido poder e avaliando o tempo necessário à conclusão das discussões antes de qualquer decisão.

Dito isso, a fim de contribuir para uma melhor prestação jurisdicional, o que se propõe é que a legitimidade das decisões judiciais em sede de políticas públicas relacionadas ao combate à pandemia, bem como a ampliação do âmbito de atuação do Poder Judiciário, tenha como medida o grau de atuação dos demais Poderes. Ou seja, a decisão terá mais legitimidade quando se apresentarem lesões a direitos fundamentais diante de uma atuação equivocada ou da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo. Ao revés, quando os Poderes Executivo e Legislativo envidarem todos os esforços e atuarem dentro do possível e nos limites constitucionais de suas funções para garantir o bem-estar da população, a autocontenção deverá nortear as decisões judiciais.

Observa-se, porém, que tais parâmetros não foram observados no julgamento ora analisado. Verificou-se que, por meio de uma determinação judicial foi autorizado o descumprimento da Constituição pelo gestor público, tendo como justificativa o combate à pandemia. Ocorre que não há na Constituição a autorização para se afastar a aplicação da norma constitucional tendo como fundamento uma situação de excepcionalidade, além dos já mencionados Estado de Sítio, Estado de Defesa e Intervenção Federal. Uma interpretação como essa pode, inclusive, dar margem a outras interpretações de excepcionalidade, eis que se trata de um conceito aberto.

Assim, por todo o exposto, conclui-se que a decisão proferida pelo STF na ADI nº 6357 pode ser considerada como ativismo judicial, bem como se enquadrar em um Estado de Exceção Judicial não previsto no ordenamento jurídico brasileiro, pois a corte superior autorizou de forma circunstancial o descumprimento de normas constitucionais, sem analisar a questão acerca das discussões em andamento, pelos meios deliberativos típicos, que originaram, posteriormente, a EC 106/2020.

Com tal postura, o STF, além de incentivar julgamentos com parâmetros extrajurídicos na primeira e segunda instância, conforme demonstrado, enfraquece o sentimento nacional de obediência à Constituição, podendo, até mesmo, causar a erosão do Estado Democrático de Direito, confirmando-se, pois, a hipótese inicial.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à judicialização da saúde pública**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, 2021.

INSPER. **Judicialização da saúde no Brasil:** perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajudiciais nas decisões do STF.** Salvador: Editora JusPodivm, 2021

PERLINGEIRO, Ricardo. **Funções administrativas (executivas e de solução de conflitos) guiadas pela supremacia dos direitos fundamentais.** Revista de Direito Administrativo– RDA. Lisboa, v. 9, p. 103-112, set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição:** diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017c.

Recebido em: 26/06/2023 / Aprovado em: 01/08/2023