

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL ANTE AS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DELIMITAR AS COMPETÊNCIAS INSTITUCIONAIS NO COMBATE A COVID-19

Luís Filipe Torres Conceição¹

Mario Marcos Valente Rodrigues²

mariomarcosvr@yahoo.com.br

ÁREA DE CONHECIMENTO: Ciências Sociais Aplicadas

RESUMO

Este trabalho tem o escopo analisar as decisões tomadas pelo Pretório Excelso no momento da pandemia do Covid-19. Apresenta-se decisões anteriormente marcadas pelo excesso da função típica do poder Judiciário brasileiro. As decisões apresentadas foram relacionadas ao tema constitucional direito da Saúde, são elas: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 e o Recurso Extraordinário nº556.471. A análise foi feita através de reflexões sobre a clássica obra de Jean Jacques Rousseau, O Contrato Social. Foram apresentadas fundamentações baseadas na Carta Magna promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Procura-se criar reflexões sobre a maneira na qual os integrantes da Suprema Corte do Brasil são escolhidos e nomeados. Por fim, foram feitas ilações sobre a postura do Supremo Tribunal Federal quando respalda as decisões tomadas pelos Governadores e Prefeitos e exprime da responsabilidade o Presidente da República, desestabilizando, assim, o Estado Democrático de Direito e as instituições harmônicas e independentes entre si.

PALAVRAS-CHAVE: estado; democrático; direito; ativismo judicial.

1. INTRODUÇÃO

Integra-se ao corpo democrático de um Estado de Direito o respeito mútuo entre as instituições responsáveis pela aplicação e criação das leis, e pela administração Estatal. Trata-se aqui, de um básico princípio fundado na tripartição de Poder, criada por Aristóteles e desenvolvida logo depois por Maquiavel e Montesquieu. Na Carta Magna promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte

¹ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Vértice- UNIVÉRTIX.

² Advogado, especialista em Direito e Professor da Faculdade Vértice - Univértix

de 1988, declara, expressamente, que são poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ocasionalmente, como nas ADPF 54 e no RE 556.471, a Suprema Corte do Judiciário brasileiro, que tem como função a atuação de um legislador negativo, que é o ofício de declarar ou não a inconstitucionalidade da lei, atua como um legislador positivo, excedendo suas funções típicas e originárias, criando tipos penais e reformando legislações.

Em 2020, a pandemia do Covid-19 exigiu medidas das autoridades competentes em face ao enfrentamento da pandemia. No mundo todo as autoridades competentes estiveram a todo momento com plena capacidade para tomar as decisões nas quais seriam mais vitais para o enfrentamento do vírus.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. Estado Democrático de Direito

Em sua obra, O contrato Social, Jean Jacques Rousseau, menciona que o convênio entre indivíduos, deve em um segundo momento, além de conferir a mediação dos conflitos a um ente moderador, alcançar o consenso que permitisse a chegar-se a um bem comum (ROUSSEAU, 2017).

Contudo, assim, não seria o Estado soberano sobre os indivíduos, mas sim a vontade geral sobre o Estado. Este pensamento de Rousseau é a base do fundamento do Estado Democrático de Direito. Isto é, a primazia do poder está na soberania popular.

De acordo com o art.1º Carta Magna de 1988, o Brasil constitui-se de um Estado Democrático de Direito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Seguindo esta premissa, ensina Bonavides (2013, p. 326):

Trata-se de um status quo institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais.

Nota-se uma essência desencadeadora de uma responsabilidade em parte do ente Estatal, implicando limites à sua atuação com o incontestável intuito de evitar o abuso de poder, no qual o corolário seria um grande risco para o regime democrático de governo. Identifica-se também com Bonavides, o objetivo de garantir ao indivíduo e a sociedade, a plena capacidade de gozo pelos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

2.2. Separação dos Poderes no Brasil

Na Constituição do Império do Brasil de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I, em seu art.10, previa expressamente os poderes políticos reconhecidos eram: o poder legislativo, o poder executivo, o poder judiciário e o poder moderador. A própria constituição definia o Poder moderador como “chave de toda organização política e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes políticos.” (BRASIL, 1824).

Depreende-se deste artigo constitucional do Império do Brasil, uma postura autoritária e antidemocrática, por parte do Poder Moderador, por razões da falta de participação do principal detentor do poder, o povo, na escolha do integrante do poder em questão, principalmente pelo motivo de não ter nenhum ente regulador de tal poder, tornando-se assim, o governante supremo de um povo soberano, sem a aprovação deste.

Em 1891, com a derrubada da monarquia e a implantação da República no Brasil, a Constituição promulgada em seu art. 15, suprimiu o poder moderador, e

declarou “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si (BRASIL, 1891).

Evidente a transformação democrática atrelada ao art. 15 da Constituição da República de 1981, além da retirada do poder moderador, principalmente pela razão de estabelecer a harmonia e independência entre os poderes, isso é, freios e contrapesos (FERREIRA, 2019).

Na atual Carta Magna da República Federativa de 1988, em seu art. 2º dispõe que: “são poderes da União, harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

Nesse sentido, as funções típicas e atípicas dos poderes tornaram-se instrumentos para garantir a soberania nacional, evitando ataques ao Estado Democrático de Direito por parte de algum poder, atuando assim, nessa situação de risco à democracia, como poderes moderadores em conjunto, descaracterizados pela autocracia e antidemocrática escolha dos representantes (BARROSO, 2018).

2.3. Direito Constitucional a Saúde

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concebeu em seu art.196 que, “o direito da saúde a todos e o dever do Estado” (BRASIL, 1988). Novidade trazida pela Carta Magna de 1988, já que, anteriormente, não havia previsão expressa concedendo a todos o direito da saúde.

O Estado deve garantir por meios de políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (MORAES, 2019).

De acordo com Lenza, (2019), trata-se, a saúde, de um direito social, de segunda dimensão, que se apresentam como prestações positivas a serem elaboradas pelo Estado e voltam-se a concretizar uma isonomia substancial e social na intenção de condições adequadas e dignas de vida.

3. DECISÕES DO STF CARACTERIZADAS PELO ATIVISMO JUDICIAL

3.1. Aborto nos Casos de Anencefalia

Durante os dias 11 e 12 de abril do ano de 2012 o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, proposta pelo Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde, foi representada, pelo então atual Ministro do STF, o advogado Luís Roberto Barroso. O julgado em questão, nas palavras do ex Ministro Cezar Peluso, foi o mais importante da história da Suprema Corte (RECONDO e WEBER, 2019).

As alegações utilizadas pelo advogado e então Ministro Luís Roberto Barroso consistiam-se em uma fundamentação alinhada com a teoria da medicina, na qual, considerava o feto anencefálico um natimorto cerebral.

Outra ilação utilizada pelo advogado na ADPF 54, foi a lacuna existente na legislação pátria em relação ao momento da consideração do início da vida, portanto, não seria cometido o crime de aborto onde não há vida. Ademais, portanto, utilizaram-se do argumento do qual as normas do Código Penal que criminalizam o aborto seriam excepcionadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana (RECONDO e WEBER, 2019).

Entendeu, então, o relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio, que “o feto anencefálico é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto- que não vai sobreviver- e deixar sem proteção a saúde da mulher- principalmente a mental” (RECONDO e WEBER, 2019).

Na mesma óptica, julgou o Ministro Luiz Fux, “o Código Penal é da década de 40 e na época não era possível prever e identificar um feto anencefálico. Atualmente, trata-se de uma questão de saúde pública, que deve ser respeitada em prol da mulher” (RECONDO e WEBER, 2019).

Em divergência, afirmou o Ministro Cezar Peluso que “o feto anencefálico é um ser vivo e, por conseguinte a interrupção da gestação caracteriza o aborto” (RECONDO e WEBER, 2019).

Não constitui interesse adentrar profundamente em questões de mérito do julgado da ADPF 54, mas sim, aprofundar em uma reflexão acerca do Estado Democrático de Direito e da Separação dos Poderes e suas funções.

A ilação pretendida é justamente esposar o afastamento do chamado Legislador Negativo, no qual o Judiciário apenas tem a legitimidade de excluir normas incompatíveis com a Carta Magna de 1988. Trata-se aqui, nesta ADPF, a atuação de um Legislador Positivo por parte do Pretório Excelso, no qual acrescentou com a decisão proferida uma nova modalidade que exclui a hipótese do crime de aborto no Código Penal.

A competência de fato para a apreciação da matéria é o Congresso Nacional. É incoerente com a tripartição do poder e suas funções, que o poder judiciário se exceda em relação a suas funções originárias.

3.2. Recurso Extraordinário número 556.471

Na manhã de quarta-feira, 22 de maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal formou maioria para impor restrições ao fornecimento de medicamentos de alto custo que não tenham sido registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Porém, houve divergência entre os membros da Suprema Corte em relação à quais seriam os requisitos a serem preenchidos para o fornecimento do medicamento de alto custo sem o registro da Anvisa. Contudo, a tese defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso foi acompanhada pela maioria do colegiado (RECONDO e WEBER, 2019).

Fora estabelecido que os medicamentos de alto custo sem registro no Brasil poderão ser fornecidos pelo Sistema Único de Saúde quando houver pedido de registro no Brasil, salvo em substâncias órfãs raras e ultra raras, quando houver pedido de registro em agências renomadas no exterior e quando não existir substituto terapêutico da substância em questão (RECONDO e WEBER, 2019).

Também foi fixado que as ações para o pedido desses medicamentos de alto custo sem registro sejam propostas em face da União e não dos Estados e municípios.

Há, sem resquícios de dúvidas, uma evidente exceção de função pelo Pretório Excelso. É matéria de fato para o Congresso Nacional e tema de debate entre os políticos eleitos democraticamente pelo único e exclusivo detentor da soberania nacional, o povo.

4. METODOLOGIA

4.1. Apresentação de conceitos básicos

Pretende-se enaltecer com o presente trabalho o avanço contínuo da manifestação denominada ativismo judicial, a qual é uma realidade cada vez mais presente no Brasil, como alternativa ao cidadão que tem como pretensão o abrigo aos novos direitos ainda não alcançados pela letra da lei.

É necessário analisar conjuntamente ao tema proposto o princípio da separação dos poderes e funções do Estado como mandamento constitucional de exercício pleno da democracia, de forma a averiguar se o fatídico fenômeno não estaria em rota de colisão com esse dispositivo, ou seja, se haveria eventual afronta do judiciário em suas competências.

Nesta esteira, para melhor compreensão do exegeta, o estudo necessita de uma conceituação minuciosa em suas ideias basilares, para que sejam aclaradas as análises finais quando se comparar o ativismo judicial com a separação dos poderes.

Por essa razão, a metodologia básica consiste na revisão bibliográfica, partindo do método qualitativo, colacionando os entendimentos de renomados juristas e doutrinadores, analisando suas divergências e convergências, com objetivo de enriquecer o estudo em apreço.

4.2. Exposição prática e exemplos de decisões do STF que levam ao ativismo judicial

Noutro giro, para melhor compreensão da proposta, apresentam-se alguns casos práticos de ações de repercussão geral julgados no Supremo Tribunal Federal, ante a ausência de norma específica, como exemplos da atuação do judiciário que culmina no já debatido ativismo.

Tal medida se justifica para que o campo teórico seja melhor referenciado ante situações reais ocorridas no Brasil, as quais possuem o condão de proporcionar melhor visualização do problema, bem como apurar conclusões mais precisas.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

4.1. A Postura do Supremo Tribunal Federal frente à pandemia do Covid-19

Em meados do primeiro quadrimestre do ano de 2020, a pandemia do vírus do Covid-19 estabilizou a população mundial e brasileira.

Com isso, as autoridades, como a Organização Mundial da Saúde, viram-se na obrigação de posicionarem-se diante da insegurança e a forte crise, de saúde, econômica e psicológica, instaurada pela pandemia com dimensões mundiais, adotando fortes medidas preventivas com o escopo de reduzir, quiçá estabilizar, a transmissão do vírus Covid-19.

Preliminarmente, nas primeiras semanas, a medida adotada pelo chefe do poder Executivo do Brasil, foi o fechamento de todos os comércios e atividades, isto ocorreu devido a imprevisibilidade e a excentricidade da pandemia.

Subsequentemente, o Presidente sanciona a lei decretada pelo Congresso Nacional Lei Nº13.979/20, positivando as medidas preventivas para o enfrentamento da pandemia causada pelo vírus Covid-19.

Ulteriormente, o Presidente da República Federativa do Brasil no ano de 2020, no exercício constitucional de sua função, decretou a Medida Provisória Nº926/2020, que alterou alguns dos dispositivos da Lei Nº13.979/20, pretendendo alcançar um equilíbrio entre a proteção da saúde e a estabilidade econômica (BRASIL, 2020).

A Medida Provisória 926/2020 também positivou que as autoridades poderão adotar, no âmbito de sua competência, medidas restritivas, entre elas, de restringir excepcional e temporariamente, a entrada e saída, ou locomoção interestadual ou intermunicipal, conforme recomendação técnica e fundamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária por aeroportos e portos, incluindo rodovias. (Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020).

A posteriori, algumas agremiações políticas ajuizaram Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Nº6.341 no Supremo Tribunal Federal. Referida ação, além de acarretar grande polêmica e repercussão, foi a primeira audiência do colegiado por meio de vídeo transferência, por razões preventivas (STF, 2020).

Julgada no dia 15 de abril de 2020 ação, por unanimidade, referendou a decisão liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, que depreendeu que as competências estabelecidas pela Lei Nº13.979/20 à Agência Nacional de Vigilância Sanitária pela MP Nº926/2020 não afastam a competência concorrente dos municípios e estados sobre saúde pública (STF, 2020).

Para o Ministro Gilmar Mendes, a decisão “foi uma forma de restaurar positivamente uma política de governadores, que passam a ter voz sistemática, isso é constitucional” (STF, 2020).

Por nove votos a zero, o Supremo Tribunal Federal respaldou as decisões que seriam tomadas pelos governadores e prefeitos pelo enfrentamento da pandemia do Covid-19, com exceção dos Ministros Celso de Mello, que não participou do julgamento, e Luís Roberto Barroso, que se declarou suspeito para julgar a ação, todos os outros ministros acompanharam o relator Ministro Marco Aurélio. (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.341 (STF, 2020).

5. CONCLUSÕES

Pelos julgados antecedentes evidenciados na corpulência do artigo é notório o corolário da atuação como legislador positivo do Pretório Excelso. Observa-se, um conflito entre a necessidade de efetivar um direito constitucional consagrado na Carta Magna, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988, e o fenômeno do ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal extrapola as esferas funcionais dos demais poderes quando atua como o legislador positivo, desacatando, assim, o Estado Democrático de Direito.

Não é de interesse adentrar no mérito dos julgados expostos, mas sim analisar a forma como os atos ocorreram dentro do Estado Democrático de Direito, e como as origens tornaram as decisões visivelmente caracterizadas pelo fenômeno do Ativismo Judicial, pois, eram de competência originárias do Congresso Nacional.

Deveria os integrantes do Congresso Nacional, eleitos democraticamente pelo único detentor da soberania, o povo, propor, debater e criar as Leis que foram positivadas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente, por se tratando de uma área fundamental, o direito à Saúde.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8ª. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30. ago. 2020.

_____. Governo Federal. **Subchefia para assuntos jurídicos**. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 05 de set. 2020.

FERREIRA, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.341.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo>. Acesso em: 05 de set. 2020.