

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS NO CONTEXTO DE PANDEMIA

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2022.57.e12517>

Submissão em: 12/7/2021

Aceito em: 28/9/2021

Jéssyca Verucy R. Barbosa

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. São Paulo/SP, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/4100260580394891>. <https://orcid.org/0000-0001-5269-6597>

Alvaro de Azevedo Gonzaga

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. São Paulo/SP, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/7014318352288628>. <https://orcid.org/0000-0002-4051-0748>

Felipe Labruna

Autor correspondente: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. R. Monte Alegre, 984 – Perdizes. São Paulo/SP, Brasil. CEP 05014-901. <http://lattes.cnpq.br/1914765767467497>. <https://orcid.org/0000-0003-3844-3301>. fe.labruna@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar a racionalização das decisões na ADPF 671 (direito universal à saúde) e na ADI 6357 (não aplicação da “regra de ouro” em respeito aos direitos fundamentais) da Suprema Corte que tratam dos “conflitos” constitucionais envolvendo a escassez dos recursos públicos e as garantias dos direitos fundamentais, tais como o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana diante do cenário de pandemia (Covid-19). Neste trabalho foram utilizadas as premissas do pós-positivismo para abordar o papel do poder Judiciário na garantia de um Estado Democrático de Direito devido à judicialização dessa celeuma no atual contexto de crise. Com isso, será enfatizada a normatização dos direitos fundamentais estabelecida na Teoria dos Princípios do jusfilósofo Ronald Dworkin e sua tese da resposta correta. A metodologia baseia-se em apreciação qualitativa de livros, de jurisprudência e de outros artigos científicos que trazem recursos sobre Teoria do Direito visando a auxiliar o poder Judiciário na garantia de direitos indispensáveis em contexto de pandemia, além de apreciação de conjunto legislativo correlacionado.

Palavras-chave: coronavírus; decisão democrática; direito à saúde; recursos públicos.

THE ROLE OF THE JUDICIARY POWER IN THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FACE OF SCARCITY OF PUBLIC RESOURCES IN THE CONTEXT OF A PANDEMIC

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the rationalization of decisions in ADPF 671 (universal right to health) and in ADI 6357 (non-application of the “golden rule” in respect of fundamental rights) of the Supreme Court dealing with constitutional “conflicts” involving the scarcity of public resources and the guarantees of fundamental rights, such as the right to health, life and the dignity of the human person in the face of the pandemic scenario (Covid-19). In this work, the premises of post-positivism were used to address the role of the Judiciary in guaranteeing a Democratic State of Law due to the judicialization of this stir in the current context of crisis. With this, the normatization of fundamental rights established in the Theory of Principles of the jusphilosopher Ronald Dworkin and his thesis of the correct answer will be emphasized. The methodology is based on a qualitative appraisal of books, jurisprudence and other scientific articles that bring resources on the Theory of Law aiming to assist the Judiciary in guaranteeing indispensable rights in the context of a pandemic, in addition to an appreciation of the correlated legislative set.

Keywords: coronavirus; democratic decision; public resources; right to health.

1 INTRODUÇÃO

A expressão Estado Democrático de Direito ultrapassa a soma da abordagem do Estado Liberal com a do Estado Social observada no decorrer dos séculos 18 e 19. Isto porque ele diz respeito a um paradigma que além de considerar e assegurar os direitos ditados pelas duas conjunturas históricas citadas, indica que o Direito tem, ainda, muito a amadurecer no seio da sociedade brasileira. No decorrer do trabalho buscaremos recursos na Teoria do Direito, mais precisamente nas premissas do Pós-Positivismo, como a normatização dos direitos fundamentais de Dworkin. Desse modo, o papel do Judiciário é relevante para a concretização do direito universal à saúde, principalmente diante da ineficiência do governo que torna mais graves as consequências trazidas pela pandemia.

A metodologia pautou-se em ampla análise dedutiva de artigos, livros, *sites* e na jurisprudência como uma forma sistemática de analisar a racionalização das decisões judiciais sob o ângulo pós-positivista na promoção de direitos fundamentais, principalmente, o direito universal à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Em nosso ordenamento jurídico, embora tenha havido alguns valorosos esforços da doutrina para que sejam garantidos os direitos fundamentais, seu exercício é tímido. O constitucionalismo contemporâneo e suas interpretações são resoluções essenciais para a consolidação e fortalecimento de nossa democracia. Em países emergentes como o Brasil, a efetivação dos direitos sociais é sempre recorrente, afinal a globalização e sua roda capitalista têm como consequência a marginalização social e o refreamento de recursos de orçamento. Em todo caso, a contemplação dos direitos sociais reflete inegável progresso da sociedade brasileira (ALMEIDA, 2007).

Em que pese a proibição ao retrocesso não estar elencada de forma explícita em nosso ordenamento jurídico, há diversos dispositivos constitucionais que vedam a violação de direitos fundamentais conquistados ao longo da nossa História, por exemplo, as cláusulas pétreas. Desse modo, diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo em colaborar na efetivação de tais direitos, deve o poder Judiciário decidir de maneira a concretizá-los, e tal papel ganha enorme relevância diante do atual cenário de crise pandêmica. Com isso, encontraremos na teoria da normatização dos princípios de Dworkin e sua tese da resposta correta as bases para a construção de uma decisão democrática.

A judicialização desses conflitos entre escassez de recursos públicos e efetivação dos direitos à vida e à saúde comprovam a necessidade de diálogo entre os três poderes, de maneira que atuem de forma conjunta na promoção dos direitos basilares de um Estado Democrático e Social de Direito. Ademais, diante da nossa realidade, a corrente pós-positivista mostra-se relevante no direcionamento da racionalização da decisão jurídica de maneira que o magistrado deve analisar o caso concreto para que haja a aplicação do Direito, sem jamais cair em ativismo judicial ou subsunções automáticas típicas do Positivismo. Com isso, toda norma jurídica deve ser interpretada conforme seu contexto, pois os enunciados normativos em si não garantem a aplicação do Direito. Dessa maneira, serão analisadas a ADPF 671 e a ADI 6357 que retratam a problemática do artigo – o papel do poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, principalmente o direito à saúde para toda população, diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo somada à escassez de recursos em meio a uma pandemia sem precedentes. Esse cenário exige, ainda mais, que todos os detentores do poder, nas três esferas de atuação, devem agir com cooperação e transparência no que se refere ao orçamento público, mas sem jamais colocar em risco a vida de pessoas acometidas pelo coronavírus.

2 A CONCEPÇÃO PÓS-POSITIVISTA COMO MEIO DE VENCER AS DISCRICIONARIEDADES DECISÓRIAS

O pós-positivismo não abandona o texto de lei, mas diferentemente do Positivismo, tem o enunciado normativo (lei) como um suporte em que está a hipótese de incidência, porém a norma jurídica só nascerá diante do caso concreto, com a interpretação do hermenêuta que analisará se haverá ou não a subsunção do fato à norma, tendo como resultado a aplicação do Direito. Assim, o pós-positivismo rejeita qualquer silogismo, como também não aceita discricionariedades nas decisões judiciais como ocorre no ativismo judicial, uma vez que tais discricionariedades ensejam decisões arbitrárias, pois nelas o juiz troca a aplicação

da lei pela vontade do julgador, violando, assim, todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, é relevante destacar que a aplicação dos princípios jamais pode ser entendida como uma discricionariedade judicial, pois tanto os princípios quanto as leis devem ser aplicados respeitando a integridade do Direito.

Os princípios jurídicos podem ser entendidos como a formalização de um conjunto de conceitos, pensamentos ou regras, decorrente de uma ideia pioneira norteadora de onde todas as demais concepções surgem, se reordenam e se vinculam. Assim sendo, os princípios têm enorme relevância, com ênfase na teoria dos direitos fundamentais e em virtude da progressiva complexidade dos vínculos jurídicos contemporâneos, o que ocasiona, em muitas ocasiões, problemáticas de penosa elucidação, também chamados de *hard cases* – casos difíceis. Tais casos acabam sendo apreciados no desempenho da jurisdição conferida pela Constituição Federal e possuem interpretações dependentes de meios de adequação da norma ao fato de que não existem em prescrições positivas de esteira reduzida caracterizadas como normas jurídicas (GUERRA, 2006).

Foi com o doutrinador norte-americano Ronald Dworkin por meio do artigo publicado em meados da década de 60 do século 20 sob o título *The model of rules* e mais tardiamente também pelo livro denominado *Taking Rights Seriously*, lançado em 1977, que se originaram discussões em vários países do mundo a respeito do valor da regra jurídica atrelada aos princípios, de forma que foi levantada a hipótese de ocorrência de oposição ao positivismo. Nessa esteira, segundo referido jurista, os princípios possuem função essencial na motivação e fundamentação das decisões judiciais emanadas e são regramentos jurídicos fundamentalmente diversos dos demais. A relevância da teoria sobre os princípios elaborada por Dworkin consiste na necessidade de exibição de defeitos muito graves no Positivismo Jurídico que possui grande aceitação no ramo da Filosofia do Direito. Isto porque o Positivo Jurídico por si só não é hábil para esclarecer que o Direito não é constituído somente por enunciados, comandos ou regras, mas igualmente por princípios. Dessa forma, os defeitos do Positivismo apontados por Dworkin servem para que sejam feitos nele os ajustes primordiais para que se torne o melhor memorial de nossas relações.

Ronald Dworkin buscou tecer críticas em relação ao Positivismo Jurídico, posto que segundo ele a teoria positivista apresenta três feições características: em primeiro lugar o ordenamento jurídico de uma sociedade é constituído por um grupo de normas especiais utilizadas de forma direta ou indireta com a finalidade de especificar qual postura será corrigida ou reprimida pelo Estado e que são possíveis de serem identificadas por meio do seu procedimento de origem e formação. Em segundo lugar, este agrupamento de normas é taxativo e em caso de inexistência de regras de cunho jurídico a fim de dirigir determinada circunstância e o magistrado ser invocado a dirimir uma lide, este detém a possibilidade de aplicar parâmetros extrajurídicos ao caso. Em terceiro, o Direito é constituído unicamente por ordenamentos gerados em conformidade com o regime do reconhecimento, ou seja, se um determinado sujeito possuir um dever jurídico significa que sua conduta é antevista nas regras preestabelecidas.

No sentido do que foi exposto por Dworkin, os princípios podem ser entendidos como instruções que sinalizam o decisório, sem que sejam previstas as exatas consequências para tal e sem que haja o intuito de sua utilização irrestrita em todas as situações em que estes sejam invocáveis. Os princípios podem ser entendidos em seu sentido lato, mas também podem ser vistos em sentido estrito, neste caso sendo colocados ao lado das *policies* (políticas públicas). Aqui, é importante notar a distinção entre os princípios em sentido estrito e as *policies*: enquanto aqueles são teses e argumentos que visam à proteção e salvaguarda de direitos, a manutenção de determinada situação porque é comando de justiça, moral, proporcionalidade ou equilíbrio, as *policies* são premissas em direção ao alcance de objetivos ou um avanço em algum campo da sociedade (DWORKIN, 1991).

É importante aqui salientar que há diferença entre os conceitos de pós-positivismo e de neoconstitucionalismo, embora em muitas ocasiões sejam equivocadamente encarados como a mesma coisa. Em resumo, o fenômeno do neoconstitucionalismo possibilita a aparição de conjunturas jurídicas constitucionalizadas, tendo como ponto de partida uma especificidade: a existência de uma Constituição invasiva, dotada da capacidade de vincular tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina à conduta dos personagens públicos e, também, de interferir de maneira direta nas interações sociais (STRECK, 2010).

Neste sentido, esclarece Abboud (2014, p. 88-90):

Portanto, a simples alegação de que determinada teoria está embasada no neoconstitucionalismo, em nada assegura que ela esteja desenvolvendo-se com fundamento no paradigma pós-positivista[...] Na realidade, o neoconstitucionalismo no Brasil, em diversos momentos, assemelha-se mais a uma recepção tardia da jurisprudência dos valores do que efetivamente de uma aproximação com o paradigma pós-positivista. A jurisprudência dos valores [...] não se limita a uma investigação sociológica das questões jurídicas a serem enfrentadas, isso porque jurisprudência dos valores possui uma dimensão filosófica que objetiva auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito.

3 DECISÃO DEMOCRÁTICA SOB O VIÉS PÓS-POSITIVISTA NO CONTEXTO PANDÊMICO

Neste texto será abordado em que consiste uma decisão democrática no atual cenário pandêmico, destacando o papel relevante do Judiciário na garantia das diretrizes basilares que compõem nosso Estado Democrático de Direito. Além disso, é importante saber como se desenvolve uma decisão democrática e para isso buscaremos nas premissas pós-positivistas, como a normatização dos princípios e a mais adequada interpretação (teoria interpretativista) na aplicação do Direito. Ademais, diante da escassez dos recursos públicos, da crise econômica e do alastramento dos casos do novo coronavírus pelo nosso país, aumentando, assim, a demanda no Sistema Único de Saúde (SUS), foi inevitável a judicialização desses problemas. Nesse aspecto, convém aprofundarmos nosso estudo nas características da judicialização e sua distinção em relação ao ativismo judicial.

a) O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito diante do agravamento da crise

Antes do surgimento dessa pandemia, o Estado já mostrava sua incapacidade em atender às necessidades básicas da população mais carente, comprovando sua ineficiência, mesmo diante da nossa Constituição-garantista, que prescreve proteção especial de cláusula pétrea aos direitos fundamentais. Convém, com isso, destacar os diversos casos que “desaguaram” no Judiciário em relação ao conflito entre saúde pública e orçamento público, chamado pelo poder Executivo de “escolhas trágicas”. A indagação sobre a qual devemos refletir é: “Se o Brasil em situações de normalidade não conseguia atender aos anseios básicos da população, como conseguirá concretizá-los no atual contexto de pandemia (Covid-19)?” E mais, qual o papel do Judiciário nesses casos?

Partindo-se do pressuposto de que o Poder Constituinte Originário estabeleceu uma proteção à saúde como direito de todos e dever do Estado, conforme o artigo 196 da CF/88, ou seja, a universalização da saúde é uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata pelo governo brasileiro, não podendo jamais ser relegada a segundo plano por nenhum dos três poderes, vale sua transcrição:

Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em que pese tal proteção, infelizmente o acesso ao atendimento em hospitais públicos tem sido o oposto do que defendido constitucionalmente, pois a realidade brasileira mostra hospitais superlotados, poucas vagas de UTI, poucos médicos e até mesmo falta de remédios básicos para doenças comuns. Isso já mostra que o Brasil antes mesmo de ser atingido pelo novo coronavírus já enfrentava uma crise na promoção e efetividade da saúde pública. Diante dessa inércia e da má gestão dos recursos públicos que possibilitassem a concretização da saúde e da dignidade da pessoa humana pelo poder Executivo, em seus três níveis (federal, estadual e municipal), é necessária a atuação do poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais, marcando assim a judicialização de uma crise já agravada e a importância do julgador na manutenção de um Estado Democrático de Direito, como estudado pelo jurista Streck (1999, p. 37-38):

[...] é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. O processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimen-

são constitucional – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, etc. – torna-se um instrumento permanente da cidadania. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é praticado, é permitido); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado do foco de poder/tensão passou para o poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil.

O pós-Positivismo, presente no constitucionalismo contemporâneo,¹ é marcado pela ruptura com o Positivismo, entretanto não se confunde com o neoconstitucionalismo,² pois essa corrente recepciona de maneira equivocada a jurisprudência dos valores. Já no pós-Positivismo, o juiz possui cautela na concretização dos direitos fundamentais, estudada pela Teoria dos Princípios (normatização dos princípios) de Ronald Dworkin.

A decisão democrática no pós-Positivismo é pautada pela racionalização da aplicação do Direito que apenas admite a fundamentação baseada em valores objetivos, ou seja, aqueles princípios estabelecidos pela comunidade política, sem jamais romper com a integridade do Direito,³ Assim, com a constitucionalização do Direito, princípios implícitos ou explícitos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, deviam ser interpretados de maneira que protegessem os direitos individuais mesmo que para isso fosse necessária a intervenção judicial nas políticas públicas, o que não permite, em hipótese alguma, a discricionariedade do juiz, a qual será analisada mais adiante.

Em que pese o fato de o juiz não ser eleito pelo povo, ele tem o papel fundamental de assegurar as garantias individuais quando estas se encontram em risco. Assim, uma decisão democrática consiste em garantir os direitos constitucionais a todos, inclusive às minorias (contramajoritária), respeitando cada indivíduo de maneira igualitária. A decisão democrática irá “sanar” os danos ou omissões de outros poderes, principalmente na judicialização das crises, quando universaliza valores indispensáveis a um Estado Democrático e Social de Direito. Nesse sentido foram as palavras de Dworkin, transcritas por Appio (2003, p. 92):

[...] não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo.

b) Judicialização da crise: onde os “fracos” não têm vez, o Judiciário é convocado

Na judicialização, tais valores são avaliados pelo julgador com fundamentos racionalizados, como os baseados na hermenêutica filosófica de Heidegger em que se vale da pré-compreensão que o ser tem do objeto de acordo com os conceitos estabelecidos na comunidade jurídica. Assim, as demandas judiciais são resolvidas com o uso da teoria interpretativista, teoria estruturante do Direito em que, além de diferenciar texto e norma, esclarece que a aplicação do Direito ocorre na análise dos casos concretos. Dito isso, a judi-

¹ [...] Constitucionalismo (Contemporâneo) deve significar uma ruptura com o Positivismo. Por tudo isso, na presente obra, parto da tese de que há uma incompatibilidade paradigmática entre o Constitucionalismo Contemporâneo (compromissório, principiológico e dirigente) com o positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas (STRECK, 2011, p. 65).

² Na realidade, o Neoconstitucionalismo no Brasil, em diversos momentos, assemelha-se mais a uma recepção tardia da Jurisprudência dos Valores do que efetivamente de uma aproximação com o paradigma pós-positivista.[...] Hodiernamente, diversos setores da doutrina e dos tribunais, a pretexto de trabalharem em um paradigma neoconstitucionalista, passam a argumentar com fundamento em valores e utilizando a proporcionalidade em detrimento da legalidade e principalmente a constitucionalidade vigente, descambando em regra para discricionariedades e arbitrariedades (ABBOUD, 2014, p. 93).

³ “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade [...] O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou pragmatismo” (DWORKIN, 1999, p. 273).

cialização em nada se assemelha ao “decisionismo”, típico do *Civil Law*, ou do ativismo judicial que nasceu no *Common Law*, como bem esclarecido pelo jurista Streck (2011, p. 194):

Ora, uma coisa é defender uma jurisdição constitucional efetiva, substancialista e republicana; outra coisa é aceitar decisionismos, muitas vezes – ou na maioria das vezes – feitos contra a própria Constituição (volta-se à diferença entre ativismo e judicialização). Já a hermenêutica aqui defendida é antidiscricionária e antirrelativista o que a diferencia totalmente de posturas como a teoria da argumentação jurídica, que tem a ponderação como pedra de toque.

A judicialização e o ativismo judicial são parentes próximos, são da mesma família e transitam nos mesmos locais, embora não possuam as mesmas origens. Não são criados, então, pelas mesmas causas ulteriores e são ocorrências diferentes. O ativismo judicial possui origem circundada na produção jurisprudencial dos Estados Unidos e é a postura de escolha de uma maneira própria e antecipatória de examinar e entender a Constituição, aumentando sua essência e abrangência. Habitualmente ele é exercido em momentos de recuo e retraimento do poder Legislativo e de determinada dissociação entre a ordem política e a sociedade civil, em que é impossibilitado o atendimento dos anseios sociais de forma efetiva. Para Barroso (2012), o conceito de ativismo judicial, empregado em determinadas ocasiões recentemente no Brasil, manifesta uma postura de interpretar de maneira mais abrangente o teor da Constituição, incrementando o significado e a cobertura de seus comandos, além do que previu o legislador constituinte. Trata-se de um instrumento que visa a contornar o procedimento político majoritário quando este se mostra prostrado ou impossibilitado de gerar consenso.

Aqui convém transcrever as severas críticas ao ativismo judicial traçadas por Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 59) em detrimento da judicialização:

Claro, em tempos de ativismo judicial desenfreado, instaura-se uma espécie de império da vontade. O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum costuma pensar a democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas. O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião.

Quando a população, especialmente a mais carente de recursos, não consegue uma resposta do governo quanto à violação dos seus direitos, inevitavelmente procura no Judiciário aquilo que nem a lei, por si só, e nem as políticas públicas existentes foram capazes de oferecer, seu direito fundamental à resposta correta. Esta requer a melhor interpretação do julgador na concretização do direito à saúde, como corolário do direito à vida. Nesse aspecto, a judicialização da crise causada pela Covid-19 está condizente com as diretrizes do Estado Democrático de Direito porque consiste numa decisão democrática, que decorreu de um fato (pandemia), pautada nos objetivos constitucionais indispensáveis ao bem-estar de todo e qualquer cidadão. Além disso o julgador, ao aplicar o Direito, constrói uma decisão nos moldes dos enunciados preestabelecidos na comunidade jurídica, sem jamais se valer dos próprios desejos, ideologias ou fundamentação com base em subjetivismos, típicos do ativismo judicial como enfatizado no trecho a seguir (OLIVEIRA, 2020, p. 256):

A judicialização é um reflexo de que os órgãos do poder Judiciário estão tomando decisões acerca de relevantes questões de repercussão política e social, enquanto que, quem deveria tomá-las (poderes Executivos ou o Congresso Nacional) não o fazem. Ainda que intuitivamente, a judicialização acaba por transferir, para os juízes e tribunais, o poder que deveria ser usufruído pelo Legislativo e Executivo, alterando, assim, significativamente a linguagem, a participação da sociedade e a argumentação. [...] Neste sentido, o modelo constitucional adotado no Brasil é o que reflete o fenômeno da judicialização, eis que a CRFB/88, por ser compromissória,

traz em seu bojo direitos fundamentais sociais sem efetivo cumprimento, além de um inchaço Legislativo que abarca inúmeras matérias. [...] A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Na conjuntura brasileira, a judicialização é quadro que é oriundo da sistemática constitucional adotada e não uma livre-prática de iniciativa política. Assim sendo, em decorrência da judicialização, o Poder Judiciário decide porque é o que deve ser feito por ele, porque é sua atribuição inerente, sem que haja opções ou alternativas. Assim, se um comando constitucional possibilita que dele se reconheça uma intenção, seja ela abstrata ou objetiva, ao magistrado compete apreciá-la, emitindo um *decisum* sobre ela. A judicialização é resultado do paradigma analítico da Constituição Federal e do extensivo mecanismo de controle de constitucionalidade empregado no Brasil, que fazem com que debates de grande abrangência política e moral sejam travados sob o formato de ações judiciais. Nestes termos, convém ressaltar que a judicialização não é oriunda da vontade própria do Judiciário, mas do legislador constituinte (TASSINARI, 2013).

c) ADPF 671: Universalização da saúde e a unidade de valor de Dworkin

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 671 com pedido de liminar, tem por objetivo assegurar o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde conforme previsão constitucional, visando à proteção aos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana. Para a concretização desses direitos, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a petição exigia a regulação pelo Poder Público dos leitos de UTI na rede privada durante o alastramento do novo coronavírus.

O ministro do STF, Ricardo Lewandovisk, entretanto, proferiu decisão negando a procedência dessa ADPF por entender que o Poder Executivo já dispõe de meios legais para requisitar os leitos de UTI na rede privada. Com isso, enfatizou que os pedidos elencados nessa peça ferem a Separação dos Poderes, uma vez que haveria ingerência do Poder Judiciário sobre a gestão pública do Poder Executivo. Conforme a decisão do ministro, o Poder Judiciário só deveria ser acionado quando nenhum dos outros Poderes fosse capaz de resolver a questão de vagas em leitos de UTI. A pergunta que se faz pertinente é: “seria crível um cidadão acometido por uma doença grave esperar pelo Poder Executivo decidir pelas vagas em leitos de UTI? E na omissão do governo recorrer ao Poder Judiciário?” Esperar que isso acontecesse poderia custar muitas vidas e é o que vem ocorrendo nos últimos meses em várias cidades localizadas em diferentes regiões do país.

Muitas vidas foram extintas devido à falta de leito em UTI e, infelizmente, esse quadro já era preexistente à chegada da pandemia. Por essa razão, fica a pergunta: “a melhor resposta que o STF poderia dar à sociedade era preservar a Separação de Poderes em detrimento do direito fundamental à vida?” Uma decisão democrática requer a proteção de toda e qualquer vida, principalmente daqueles que possuem menos recursos. Escolher vidas por falta de recursos públicos, ou para preservar a harmonia entre os Poderes, comprova a falência do nosso Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, estamos entrando num retrocesso já previsto, em que nossa Constituição-compromissória pode ser chamada de Constituição-simbólica (STRECK, 1999):

Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos poderes públicos que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte –, a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição. Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais. Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por majorias políticas eventuais, que, legislando na

contramão da programaticidade constitucional retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. Veja-se, nesse sentido, a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal⁴ que aplicou a cláusula da “proibição do retrocesso social” imanente/inerente ao Estado Democrático e Social de Direito (p. 38-39).

Uma decisão democrática tem o dever de prestar a melhor resposta à sociedade. Com isso, o julgador deve valer-se da melhor interpretação diante do caso concreto, e esta interpretação se constrói respeitando os princípios constitucionais. Assim, o Estado, ao não proporcionar o acesso universal à saúde, coloca em risco a vida de muitos. Na ausência de um sistema igualitário de tratamento médico e hospitalar, ocorre o que é mais incoerente em um Estado Democrático de Direito: a valoração de vidas conforme os recursos que cada pessoa possui. Segundo a teoria da unidade de valor de Dworkin, o valor justiça não pode confrontar o valor igualdade; tais valores unem-se de maneira que a justiça tenha por fim a concretização da igualdade (MOTA, 2017:

Dworkin avalia que é muito fácil formular definições de valores políticos como liberdade, igualdade, democracia e justiça que acabem conflitando entre si. O difícil é demonstrar por quais razões nós deveríamos aceitar essas definições. Dworkin sugere que não as aceitemos – pelo menos não assim, tão facilmente. E que nos engajemos na tarefa de formular concepções que unifiquem, de alguma forma, esses valores políticos importantes, preservando-os naquilo que há de bom em cada um deles. A intenção é que a liberdade, bem compreendida, não conflite com a igualdade. Que a melhor interpretação do que seja a democracia, por exemplo, seja harmônica e coerente com a melhor definição do que seja a justiça. [...] Avançando para um campo bem mais familiar à filosofia moral do que ao direito, o autor norte-americano começa seu *Justice for Hedgehogs* afirmando que as verdades a respeito das noções de bem viver, de ser bom, ou do que é maravilhoso, são não só coerentes, mas também se apoiam reciprocamente. Isto é, o que pensamos a respeito de qualquer uma dessas coisas pode aparecer como um argumento decisivo em qualquer discussão sobre as demais. Há harmonia e não conflito. Seguindo essa linha, Dworkin visa a ilustrar a unidade entre os valores morais e éticos: descreve uma teoria sobre o que é viver bem (Ética) e sobre aquilo que, se quisermos viver bem, nós devemos fazer e deixar de fazer pelos outros (Moral) (p. 25).

Ao negar a procedência dessa ADPF, a Suprema Corte, como guardiã dos preceitos fundamentais da Constituição, ao invés de proteger acabou por violar a Magna Carta ao “lavar as mãos” para um tema de suma importância – possibilitar uma chance de sobreviver para aqueles que não têm condições de pagar um plano de saúde ou custear um leito de UTI. Apesar de haver convênios entre o SUS e alguns hospitais da rede privada, isso não é o suficiente para enfrentar tamanha crise na saúde pública. Como é sabido, o Plano Nacional de enfrentamento da Covid-19 não possui eficácia, uma vez que, com a falta de cooperação entre as três esferas do Poder Executivo (União, Estados e municípios), há um aumento nas filas de espera por pacientes que precisam de leitos de UTI.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ACCOUNTABILITY E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fato de suspender alguns dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) durante o estado de calamidade pública não afasta os deveres dos chefes do Executivo, em âmbito municipal, estadual e federal, de prestarem contas em relação aos gastos públicos. A prevalência dos direitos fundamentais, tais como o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana não podem eximir prefeitos, governadores e o presidente do dever de Accountability. O Judiciário não pode deixar de fiscalizar os atos do Executivo por causa de argumentos políticos e consequencialistas. Em que pese o Poder Judiciário não poder controlar a conveniência e a oportunidade no mérito do ato administrativo, os atos discricionários emanados pelo Poder Executivo devem estar em consonância com a legalidade e com a Constituição Federal. Uma decisão democrática preza pela transparência e pela legalidade, mas sem jamais abandonar os direitos fundamentais tão caros e defendidos constitucionalmente.

⁴ “[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social” (Acórdão n. 39/48 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).

Na concessão da liminar em sede da ADI 6357, temos um exemplo de uma decisão coerente com os preceitos Constitucionais e com o Pós-positivismo. Uma vez que o juiz, ao fazer controle de constitucionalidade dos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conjuntamente com o artigo 114, §14, da lei de Diretrizes Orçamentárias, possibilitou a eficácia das políticas públicas e funcionamento dos serviços públicos essenciais, principalmente nesse tempo adverso de Covid-19. Isso, entretanto, não afasta o dever dos Poderes Executivo e Legislativo na organização e transparência na gestão das finanças públicas (ABBOUD, 2020):

É preciso que estructuremos um sistema de accountability, do contrário, estaremos sempre um passo aquém da democracia efetiva. Não basta que a escolha dos governantes seja democrática, se a democracia permear o agir do governo eleito. O governo que não presta contas age de forma não democrática, porque a negação do accountability escamoteia constante confusão e diluição entre o público e privado. O eleito que não presta contas trata como coisa própria a coisa alheia e o eleitor que não as exige acaba por compactuar com a subversão da lógica democrática (p. 6).

Nesse trecho observa-se a importância das regras fiscais, pois o poder constituinte originário teve como objetivo proteger o orçamento público visando à manutenção das atividades inerentes a um Estado Democrático de Direito, o que deveria ser respeitado até mesmo diante da decretação de estado de sítio ou estado de defesa, de acordo com os artigos 136 e 137 da Magna Carta. O Sistema de Freios e Contrapesos é fundamental no equilíbrio entre os Poderes. Sua essência consiste em evitar abusos cometidos por outro Poder e o controle a esses abusos está na Constituição Federal. O sistema de *Check and Balances* é essencial para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, pois a decisão de um Poder não pode impedir o funcionamento da administração de outro Poder conforme os limites constitucionais. Foi o que ocorreu na ADI 6357, uma vez que, sem a declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, seria praticamente impossível a atuação dos chefes do Poder Executivo na garantia do direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana (auxílio emergencial).

O Estado Democrático de Direito, no atual contexto pandêmico, requer um diálogo e cooperação entre os três Poderes na busca pela concretização de direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Essa cooperação é realizada de forma harmônica e necessária para a realização de objetivos constitucionais entre os diferentes níveis de governo e ocorre dentro dos limites da cada poder, tais como: o Poder Legislativo na criação de leis que minimizem os danos causados na economia e na saúde, por exemplo com a criação da PEC do Orçamento de Guerra (EC 106/2020); o Poder Executivo, que administra a crise de maneira que prevaleça os direitos fundamentais mais caros como a proteção da saúde, com a ampliação de leitos de UTI e testes para o diagnóstico do Covid-19, além da concessão do auxílio emergencial para garantir o mínimo existencial e a dignidade do ser humano; o Poder Judiciário, que atua na judicialização dessa crise de maneira a se coadunar com os outros dois Poderes com a concessão de liminar em sede da ADI 6357, que possibilitou a suspensão da aplicação de alguns dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias para tornar possível e legítima a atuação dos atos executivos no combate ao avanço da doença e seus efeitos negativos no país.

No atual cenário, a aplicação do artigo 65 da LRF, por si só, não foi suficiente para viabilizar o governo nas atividades inerentes à continuidade de serviços públicos essenciais. Assim, as contratações em diversos setores, tais como a compra de remédios, o aumento no número de vagas de leitos de UTI, contratações de profissionais e aquisições de equipamentos de proteção hospitalar, ensejaram o aumento de despesa que foi feito sem apresentar a respectiva fonte de receita. Para isso, foi necessária a suspensão de alguns dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias que previam o equilíbrio econômico e financeiro do Estado, não incidindo, também, a chamada “regra de ouro” estabelecida no artigo 167, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 167. São vedados: (...)III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.

Utilizando a teoria da normatização dos princípios criada por Ronald Dworkin, precursor do Pós-Positivismo, é relevante esclarecer que a Moral (objetiva) e o Direito estão interligados na construção de uma

decisão que faça a melhor interpretação nos moldes da Constituição. Desse modo, não há dúvidas que o direito à vida e à dignidade da pessoa são fundamentais na existência do Estado Democrático e Social de Direito em detrimento das regras fiscais, mas sem extinguir o dever de prestação de contas do governo. A seguir apresentamos uma crítica à discricionariedade do Positivismo que dá prevalência às regras de Hart e deturpa os princípios (STRECK, 2011):

A prevalência da regra em face de um princípio significa um retorno ao positivismo, além de independentizar a regra de qualquer princípio (ou vice-versa), como se fosse um objeto dado (posto), que é exatamente o primado da concepção positivista do direito, em que não há espaços para os princípios (no sentido que os compreendemos nesta quadra da história). Isso implica a discricionariedade – característica do positivismo, cerne, aliás, das principais críticas feitas por Dworkin a Hart –, ficando, assim, a cargo do intérprete (no caso mais específico, o juiz) a “escolha das hipóteses” em que uma regra é independente de um princípio e em que a regra prevalecerá diante do princípio.[...] Logo fazer da regra uma tábula rasa é correr um risco positivista, ignorando que a lei ordinária deve ser concretizada à luz da Constituição (p. 177-178).

É inegável a proteção constitucional atribuída aos direitos fundamentais que foram elencados no §4º do artigo 60 da Magna Carta como cláusula pétrea, tais como a proteção da saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, toda e qualquer regra prevista tanto em ato infraconstitucional quanto na própria Constituição, como a “regra de ouro”, deve ser interpretada à luz da teoria da concretização dos princípios constitucionais de Dworkin. É relevante observar que, diante de tais fatos inseridos no contexto pandêmico, o julgador afastou a incidência de alguns enunciados das leis orçamentárias, uma vez que, ao interpretar, percebeu que não haveria subsunção dos fatos à norma.

5 A RELEVÂNCIA DO CONTEXTO NA APLICAÇÃO DO DIREITO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LRF NO CENÁRIO DE CRISE – ADI 6357

Ao longo deste capítulo serão abordadas a hermenêutica filosófica de Gadamer e Heidegger, precursores do giro-ontológico, e a importância da linguagem e da compreensão do *ser* na interpretação do direito. Com isso, serão aprofundados os estudos sobre a teoria estruturante do direito de Friederich Müller na distinção entre texto e norma como elemento essencial para o pós-positivismo. Dentro dessa corrente doutrinária, analisaremos como deve ser feita a construção de uma decisão judicial tal como a liminar concedida em sede da ADI 6357 e sua aplicação na análise do caso concreto. Ademais, abordaremos como uma decisão democrática surge ao seguir as lições de jus-filósofos, como a tese da resposta correta de Dworkin.

a) O papel do *ser* e a linguagem na interpretação do direito

As hermenêuticas filosóficas de Heidegger e Gadamer foram de grande contribuição para a interpretação do direito. O pensamento de Heidegger consiste na relação do *ser* com o mundo em que ele vive, chamado de *Daisen (Ser-ai)*. Para esse filósofo, toda interpretação feita pelo homem tem como pressuposto a sua compreensão de mundo. Dessa forma, se deu o giro-ontológico em que a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, o homem deixa de estar no mundo para ser-no-mundo, e sua compreensão antecede e direciona a interpretação. Antes de adentrar no papel do *ser* na aplicação do direito, se faz relevante enfatizar a impossibilidade de defini-lo porque o *ser* transcende o ente, sem com ele se confundir, nas diversas possibilidades de presença no mundo, como bem explicado a seguir (STRECK, 2011):

O conceito de *ser* é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição. Não se pode derivar o *ser* no sentido de uma definição a partir dos conceitos superiores nem os explicar através de conceitos inferiores. Por outro lado, visualizar, compreender, escolher são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de *ser* de um determinado ente, daquele ente que nós mesmos somos. Elaborar a questão do *ser* significa tornar transparente um ente em seu *ser*. Esse ente em que cada um de nós somos e que, entre outras coisas, possui em seu *ser* a possibilidade de questionar, é designado como termo *pre-sença*. O *ser* não pode ser concebido como ente, logo, o *ser* não é um ente (p. 365-366).

Dando continuidade à hermenêutica filosófica, temos em Gadamer o entendimento de que a compreensão, juntamente com a linguagem, forma a interpretação e essa se constitui conforme os conceitos preestabelecidos numa comunidade histórica e jurídica. Além disso, Gadamer revelou que a hermenêutica é a aplicação da interpretação por meio da linguagem, não podendo jamais separá-las. Nesse sentido, tanto a compreensão quanto a interpretação do direito são aplicadas por meio de uma linguagem produzida em um determinado contexto. Nas palavras do filósofo Gadamer (1999, p. 459-460):

A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso, está também o fato de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidos como um momento estrutural interno da compreensão, com o que até mesmo o problema da linguagem passa de uma posição ocasional e marginal para o centro da filosofia. [...] a fusão interna da compreensão e da interpretação trouxe como consequência a completa desconexão do terceiro momento da hermenêutica, o da aplicação do contexto da hermenêutica. [...] na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação.

O juiz, como um ser-no-mundo, aplica ao Direito parte de sua compreensão de mundo e o expõe por meio da linguagem na interpretação dos textos de lei. Desse modo, a construção de sentido parte da linguagem, não podendo, assim, o julgador interpretar conforme sua consciência, uma vez que ele não pode criar o objeto do conhecimento. O magistrado deve sempre se utilizar da linguagem dada (códigos, leis, Magna Carta) para, a partir dela, e conforme a análise do caso concreto, aplicar o direito (STRECK, 2013).

b) O abandono aos silogismos na separação entre texto e norma

Com a teoria estruturante do direito, Friedrich Müller foi destaque no pós-positivismo, uma vez que esse filósofo separou o texto normativo da norma jurídica. Para ele, o texto, chamado de *programa normativo*, são os dados linguísticos, os enunciados de lei e são abstratos. Já a realidade, denominada de *âmbito normativo*, são os elementos não linguísticos, é o contexto. Assim, a norma jurídica é a junção do *programa normativo* com o *âmbito normativo*, de maneira que ela só se concretiza diante da análise do caso concreto (STRECK, 2013). A relevância dessa teoria consiste na inclusão da realidade na racionalização da decisão: para a teoria estruturante do Direito não há raciocínio jurídico criado para um direito puro desassociado da realidade, isso porque a realidade é elemento integrante da composição da norma jurídica (âmbito normativo) em conjunto com os dados linguísticos representados pelo programa normativo (STRECK, 2013).

O silogismo implica automática incidência da lei na subsunção, o que é criticado por Friederich Müller em sua teoria estruturante do Direito. Para Müller, é impossível uma norma ser abstrata, uma vez que a norma é concreta, pois a aplicação do direito consiste na interpretação do juiz ante o caso em análise.

c) A análise do caso concreto (ADI 6357): entre o texto (LRF) e o contexto (pandemia)

A decisão do STF ao conceder a liminar na ADI 6357 consiste em uma decisão democrática que não aplicou simplesmente a LRF e a LDO, evitando o silogismo tão criticado pelo pós-positivismo, pois, se assim o fizesse, não estaria aplicando o Direito, mas apenas o texto de lei sem considerar as circunstâncias desse tempo de crise.

Apesar de a imprevisibilidade da pandemia não ensejar por si só a suspensão das regras fiscais, a subsunção automática da Lei de Responsabilidade Fiscal, sem levar em consideração o contexto, incorreria em impossibilidade lógica, uma vez que as autoridades não tiveram como colocar no orçamento o aumento das despesas ocasionadas pela crise. Assim, observa-se, na prática, a importância em separar texto normativo de norma jurídica, evitando o silogismo, como descrito na Petição da ADI6357: “Embora a ausência de previsibilidade de um contexto fático de incidência da norma não seja motivo suficiente para o simples afastamento da lei, há que se reconhecer à impossibilidade de sua incidência pura e simples”. Além disso, o Supremo Tribunal

Federal também não se valeu de um ativismo judicial, mas de uma judicialização exigida nos moldes de um Estado Democrático de Direito, como já explicado em capítulos anteriores.

Os artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conjuntamente com o artigo 114, §14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, consistem em instrumentos de fiscalização essenciais para o planejamento dos gastos públicos e a formação orçamentária. Sua inconstitucionalidade, entretanto, foi declarada pela Suprema Corte devido ao atual cenário de vertiginoso aumento dos casos de coronavírus no país. Ou seja, é crível que durante o período em que ainda se alastra esse vírus, é necessária a suspensão das “regras de ouro” previstas nessa lei infraconstitucional. Fica, evidente, assim, que a constitucionalidade de uma lei varia conforme o contexto ao tempo da decisão.

Apesar de a Constituição não prever a possibilidade de alterar o regime fiscal num contexto de pandemia, o artigo 65 da Lei de Responsabilidade fiscal previu esse caso, porém continuou sendo pouco eficaz:

Artigo 65 – Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I – serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70;

II – serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º; (Lei Complementar 101/2000).

Desse modo, nem o artigo 65 da LRF, nem o decreto legislativo nº 6, de 20/3/2020, que declarou o estado de calamidade, foram suficientes para garantir os direitos à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana. Com o aumento do número de casos de Covid-19, o governo precisou ampliar suas contratações tanto de médicos quanto de materiais hospitalares, dentre outros setores essenciais para a continuidade dos serviços públicos. Assim, o ajuizamento da ADI 6357, prevendo a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, foi imprescindível.

Diante desse contexto, surge o papel relevante do Judiciário em afastar a aplicação dessas regras fiscais, tais como a exigência de fonte de receita diante de nova despesa ou até mesmo a estimativa do impacto orçamentário-financeiro. Como já abordado em capítulo anterior, a concessão da liminar nessa ADI pode ser considerada uma decisão democrática, uma vez que o juiz não aplicou automaticamente essas leis infraconstitucionais e buscou concretizar os princípios supraelencados de acordo com uma interpretação constitucionalista na análise desse caso. Isso também não afasta o dever do chefe do Executivo de prestar contas aos órgãos de fiscalização quanto ao destino das verbas no combate ao coronavírus (accountability).

Ao afastar a incidência dos artigos 14, 15, 17 e 24 da LRF⁵ e do artigo 114, §14º, da LDO⁶, essa liminar abandonou os silogismos, típicos do Positivismo, mas sem se valer de “decisionismos” que pudessem gerar

⁵ Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições (Vide ADI 6357):

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: (Vide ADI 6357)

I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios (Vide ADI 6357).

Art. 24. Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17 (Lei Complementar 101/2000).

⁶ Art. 114. As proposições legislativas e as suas emendas, conforme o disposto no art. 59 da Constituição, que, direta ou indiretamente, importem ou autorizem diminuição de receita primária não tributária ou de receitas financeiras com impacto primário ou aumento de despesa primária da União deverão estar acompanhadas de estimativas desses efeitos no exercício em que entrarem em vigor e nos dois exercícios subsequentes, e detalharão a memória de cálculo respectiva e a compensação correspondente para fins de adequação orçamentária e financeira e a compatibilidade com as disposições constitucionais e legais que regem a matéria (Redação dada pela Lei nº 13.983, de 2020).

uma discricionariedade judicial. Desse modo, a concessão da medida cautelar referendada pelo plenário do STF concedeu a melhor resposta para a sociedade. A interpretação desse Tribunal pautou-se nos princípios explícitos e implícitos da Constituição, tornando possível que o Poder Executivo realizasse novos programas no combate a essa pandemia, além de permitir que, com essa decisão, o governo brasileiro concedesse o auxílio emergencial à população mais carente, concretizando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto é relevante a opinião de Abboud (2020):

Não pretendemos, com isso, nos posicionar de forma contrária à suspensão de um ou outro artigo de lei, tampouco à criação de novas regras que auxiliem no combate. Nosso apelo é este: não o façamos às custas dos direitos fundamentais. [...] Qual a nossa proposta? Apostar no constitucionalismo como solução. Momentos extraordinários dão novos contornos às circunstâncias concretas. O importante é aplicarmos a lei, atentos às consequências práticas das decisões judiciais, mas com um só objetivo em mente: superar a crise sem abandonarmos os direitos fundamentais.

O direito fundamental à resposta correta, como defendido pelo jurista Lenio Streck, está em consonância com a teoria substancialista⁷, ou seja, pautada na concretização dos princípios constitucionais, mesmo que isso implique afastamento do texto de lei, mas sem que o julgador caia num “decisionismo” jurídico, refutando, assim, todo e qualquer tipo de discricionariedade judicial, uma vez que esse caso decorreu de um fato (pandemia) e sua fundamentação se deu conforme as premissas de um Estado Democrático de Direito, não de uma ideologia ou qualquer ato advindo da consciência do magistrado.

Posteriormente à propositura da ADIn 6357 no STF, foi promulgada a PEC do “Orçamento de Guerra”, que irá reger o regime fiscal enquanto durar a pandemia. Com isso, além da atuação do Judiciário em afastar tais dispositivos da LRF e LDO, o Poder Legislativo atuou no mesmo sentido em tornar possível a efetivação de direitos básicos que asseguram a vida, a saúde e a dignidade de milhões de brasileiros.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 10/2020, conhecida como “Orçamento de Guerra”, foi pensada para instaurar um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações a fim de que pudesse ser enfrentada a calamidade pública no Brasil causada pela pandemia da Covid-19. Assim sendo, tal mecanismo permitirá que o governo federal institua processos simplificados de contratação de pessoas, execução de empreitadas, prestação de serviços e aquisições públicas. Ademais, o Banco Central terá autorização para compra e venda de títulos e, dessa forma, tornar possível a liquidez no mercado. A referida Proposta de Emenda Constitucional origina um regime extraordinário a fim de que seja facilitada a consumação orçamentária de condutas de emergência, afastando dispositivos da Constituição Federal e da legislação ordinária utilizados em situações de normalidade. Assim sendo, haverá maior agilidade na execução de gastos com pessoal, empreitadas, serviços e aquisições do Poder Executivo na constância do estado de calamidade pública declarada (MARANHÃO; SENHORAS, 2020).

6 CONCLUSÃO

Diante da imprevisibilidade da pandemia da Covid-19, o Estado se viu diante de uma majoração da crise gerada pela escassez de recursos públicos e o aumento da despesa pública devido à necessidade de manter a prestação de serviços essenciais, principalmente no que se refere à saúde pública. Com isso, a judicialização dessas demandas foi inevitável, o que comprovou a importância do papel do julgador na concretização de direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, tais como o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana. A judicialização está em consonância com o Estado Democrático de Direito, uma vez que, diante das falhas dos Poderes Legislativo e Executivo em promover medidas eficazes contra a pandemia, cabe ao Poder Judiciário intervir na efetivação dos direitos à saúde para as vítimas da Covid-19.

⁷ [...] a corrente substancialista – que, insisto, não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou a ativismos judiciais – entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais (STRECK, 2011, p. 87).

A relevância deste trabalho repousa na importância da atuação do Poder Judiciário que deve se valer tanto da teoria estruturante do Direito de Friederich Müller quanto da normatização dos princípios de Dworkin para a construção de uma decisão democrática. Assim, quando as omissões do governo colocam em risco a saúde coletiva, seja na prevenção ou no tratamento do coronavírus, é essencial a interferência do Poder Judiciário, que deveria ter dado provimento à ADPF 617 e não ter se esquivado do seu papel de concretizar direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde. Por outro lado, a decisão do STF na ADI 6357 foi um exemplo de decisão democrática, posto que afastou o silogismo de alguns dispositivos da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Responsabilidade Fiscal para viabilizar recursos essenciais no setor público diante de tal situação emergencial. Nessa direção, é necessário ponderar que a não aplicação de alguns dispositivos legais quanto ao orçamento se deve em relação à primazia dos direitos fundamentais e que tal interpretação foi conforme a Constituição Federal. Nesse aspecto, observou-se que o afastamento de enunciados dessas leis encontrou respaldo e limites constitucionais, ou seja, o parâmetro foi a Constituição e não a vontade do julgador.

Nesse contexto, utilizamo-nos das premissas do Pós-positivismo para o desenvolvimento de uma decisão democrática que assegurasse o acesso à saúde pública a todos de forma igualitária, além de garantir a dignidade da pessoa humana. Para isso, buscamos na filosofia hermenêutica de Heidegger e Gadamer a compreensão do *ser* como pressuposto para a melhor interpretação jurídica e a relevância da linguagem na cocriação da decisão judicial. Além disso, encontramos na teoria estruturante do Direito a maneira de diferenciar texto da norma como sendo fundamental na aplicação do Direito, uma vez que as subsunções automáticas consistem em arbitrariedades por desconsiderarem o contexto.

Partindo-se da teoria de Dworkin, que defendia a normatização dos princípios e a unidade de valor, abordamos duas ações do controle de constitucionalidade, a ADF 671 e a ADIn 6357, para explicar, na prática, a importância dos princípios constitucionais. Com isso, na ADPF 671 observamos o surgimento de uma decisão antidemocrática por prevalecer na sua fundamentação a separação de Poderes em detrimento ao acesso universal à saúde, ou seja, tal decisão aniquilou os direitos fundamentais à saúde e à dignidade da pessoa humana, basilares de um Estado Democrático de Direito. De modo diverso, apresentamos a liminar em sede da ADIn 6357 que, para assegurar a concretização de tais princípios, abandonou a incidência da “regra de ouro” do orçamento público, tornando-se, assim, uma decisão democrática. Nessa ADI ficou comprovado a importância da análise do contexto (pandemia) para a concessão da melhor resposta do Poder Judiciário e a cooperação entre os Poderes na garantia do Estado Democrático e Social de Direito.

9 REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Democracia e forbearance: reflexões acerca das regras implícitas no jogo democrático. *Revista de Processo da Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 299, p. 19-42, jan. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/41617267/DEMOCRACIA_E_FORBEARANCE_REFLEX%C3%95ES_ACERCA_DAS_REGRAS_IMPL%C3%8DCITAS_NO_JOGO_DEMOOCR%C3%81TICO. Acesso em: 25 set. 2021.
- ABBOUD, Georges. Como decidir em tempos de crise? *Estado da arte. Revista de Cultura, Artes e Ideia*. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/como-decidir-tempos-crise/>. Acesso em: 26 set. 2021.
- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: ato administrativo e decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. *Nômadias – Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, Roma, v. 15, n. 1, p. 1-10, 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18153298025>. Acesso em: 26 set. 2021.
- APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 81-97, jun./dez. 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 24 set. 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000*. Brasília: Senado Federal, 2000.
- BRASIL. *Lei nº 13.898 de 11 de novembro de 2019*. Brasília: Senado Federal, 2019.

- BRASIL. *Lei nº 13.982 de 02 de abril de 2020*. Brasília: Senado Federal, 2020.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 7. ed. Avon: Duckworth, 1991.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Trad. Flávio de Paulo Meuer. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- GUERRA, Gustavo Rabay. Estrutura lógica dos princípios constitucionais. Pós-positivismo jurídico e racionalidade argumentativa na reformulação conceitual da normatividade do direito. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Campinas, v. 7, n. 2, p. 220-237, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/338/331>. Acesso em: 23 set. 2021.
- MARANHÃO, Romero de Albuquerque; SENHORAS, Elói Martins. Orçamento de Guerra no enfrentamento à covid-19: entre manobras parlamentares e batalhas políticas. *BOCA – Boletim de Conjuntura*, Boa Vista, v. 2, n. 6, p. 113-132, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.ufr.br/boca/article/view/OrcamentoGuerra>. Acesso em: 26 set. 2021.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. (Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação).
- OLIVEIRA, Luis Gustavo Borota de; LIPPI, Maria Clara. Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 45, p. 245-274, jan./abr. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519503. Acesso em: 23 set. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz. Decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 4, n. 12, p. 247-271, jul./set. 2010. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/422>. Acesso em: 22 set. 2021.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio. *O que é isto? Decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 51-62, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 25 set. 2021.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.