

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

ZULMAR ANTONIO FACHIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-503-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Direito à educação, comissões parlamentares de inquérito, liberdade de expressão e federalismo. Houve também a apresentação de um belíssimo estudo sobre a história do constitucionalismo paraguaio.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Zulmar Antonio Fachin

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

JUDICIAL SELF-CONTINMENT IN BRAZIL IN TIMES OF A COVID-19 PANDEMIC IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF JUDICIAL DISCRETION AND THE FAILURE OF JURISDICTION

**Lidiana Costa de Sousa Trovão
Jefferson Aparecido Dias
Walkiria Martínez Heinrich Ferrer**

Resumo

O estudo desenvolvido analisa o instituto da autocontenção judicial, em contexto dialético ao ativismo, conferido ao período pandêmico, mas decorrente de outras correntes dogmáticas de atuação do Poder Judiciário. Objetiva verificar se a autocontenção judicial se mostra como meio eficaz para a saúde do princípio da separação dos poderes e do equilíbrio democrático entre eles, bem como, de que modo ela pode ser prejudicial solidez do princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição. Procedeu-se a análise qualitativa, utilizando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Autocontenção judicial, Inafastabilidade da jurisdição, Pandemia covid-19, Princípio da discricionariedade

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this paper is to analyze the institute of judicial self-restraint, in a dialectical context to activism, given to the pandemic period, but arising from other dogmatic currents of action by the Judiciary. It aims to verify whether judicial self-restraint proves to be an effective means for the health of the principle of separation of powers and the democratic balance between them. As well as how it can be harmful to the solidity of the principle of access to justice and the inaccessibility of jurisdiction. A qualitative analysis of the collected, using the deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Judicial self-restraint, Non-removal of jurisdiction, Covid-19 pandemic, Principle of discretion

1. INTRODUÇÃO

A atuação judicial vem sendo alvo de grandes questionamentos ao longo dos anos, principalmente no tocante à análise de casos difíceis, situações polêmicas, e contextos permeados de complexidade, como é o caso da pandemia da Covid-19. Percebe-se que as tensões acerca do equilíbrio democrático, compostas pela separação dos poderes e a consecução de suas atribuições, fazem com que as realidades, formadas pelo caso concreto, tornem essa relação ainda mais conflituosa, refletida negativamente na sociedade.

Por meio de princípios vetores da atuação judicial, os magistrados costumam ter suas ações emolduradas por diretrizes que impedem que as acepções pessoais sejam colocadas, desnaturando a figura do agente público como representante do Estado, sendo ele, em alguns casos, o próprio Estado, e por isso o dever de agir com imparcialidade, isonomia e sempre direcionado à realização do bem comum e do interesse público.

Mormente ao fato de que as questões estejam direcionadas à discussão do ativismo judicial enquanto medida de entrelaçamento da atuação dos magistrados, a assertiva de que a autocontenção represente tão ou mais importante conduta que a conjuntura sagaz de atuação judicial positiva inclina aos magistrados, enquanto sujeitos de atuação constitucional.

A pesquisa aponta para a problemática da autocontenção judicial, em meio à obediência da atuação, consubstanciada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, e do princípio da discricionariedade judicial, que pauta a atuação do magistrado dentro dos parâmetros de eficácia e eficiência. Cuida, portanto, do impacto da não atuação responsiva do Judiciário, como medida para manter o pacto democrático de cooperação entre os poderes visando o equilíbrio dos termos postos constitucionalmente.

Ocorre que essa não é uma simples condição de procedibilidade que pode (ou deve) ser executada pelos magistrados, ainda que seguindo os critérios discricionários e de obrigatoriedade de conhecimento das ações, privilegiando o acesso à Justiça. Trata-se de encontrar o ponto de equilíbrio entre ofertar a resposta mais adequada e, no tempo certo, para a sociedade, assim como, privilegiar a manutenção do diálogo institucional, principalmente quando há elevada judicialização de contextos, como o que se está sendo vivenciado nesse período pandêmico.

Ante a essas premissas, a pesquisa busca analisar a dialética entre o ativismo e a autocontenção judicial no período pandêmico, por meio da revisão doutrinária acerca da discricionariedade judicial e da inafastabilidade na jurisdição nas decisões judiciais, como forma de definir se a atuação judicial dentre desses dois parâmetros polarizados é causa suficiente para justificar a tensão entre os poderes e ameaçar o equilíbrio democrático.

2. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE E DA INFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

A atuação judicial por meio de mandamentos, decisões, sentenças, ou simples despachos na esfera de atuação dos magistrados, em todo o sistema, demanda o exercício de direitos e deveres, ou prerrogativas desses profissionais, comumente elencadas e enunciadas como justificação. Nasceu no seio social e da comunidade jurídica a constante insatisfação quanto a essas deliberações, fruto da insurgência àquelas ordens com as quais não se concorda, ou mesmo que vá de encontro a seus interesses.

É comum encontrar nos mais diversos horizontes e instâncias judiciais críticas acerca da atuação judicial de um ou outro magistrado, alguns por mera liberalidade de discordância, outros apoiados em condutas exacerbadas, sejam para julgamentos *extra petita*, seja por verdadeira inação diante de determinados contextos.

Destaque-se, nesta pesquisa, que o ponto central e de convergência entre a discricionariedade judicial e a inafastabilidade da jurisdição nas decisões judiciais decorrem da análise da teoria positivista de H. L. A. Hart e da teoria construtivista de direitos de Ronald Dworkin, ambas baseadas nas ideias de completude, de princípios e regras e de testes últimos para a identificação da lei. (IKAWA, 2004)

Nelas, pode-se observar as significações da discricionariedade, propostas por Dworkin, “como ramificações no diálogo feito entre esse filósofo e Hart, no tocante às suas concepções de completude ou incompletude da lei, ao grau de distinção entre princípios e regras, à existência de uma regra social ou de uma regra normativa de reconhecimento”. Mas estas acepções não contemplam a solitude do termo discricionariedade, mas tangencia o estudo que aponta a divergência entre Hart e Dworkin quanto à existência ou não de discricionariedade do juiz em casos difíceis.

Este recorte é necessário, pois não há razão, pelo menos em tese, para que o magistrado se autocontenha em decidir qualquer tipo de caso, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Não se quer dizer com isso que a autocontenção, em casos difíceis, para evitar a intervenção na seara dos demais poderes, seja argumento único para sua aplicação. Nas lições de Dworkin, em que a atuação judicial percorre geralmente caminhos que levam a três acepções para o termo “discricionariedade”, que são:

A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras acepções perfazem, para Dworkin,

uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância. Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, à ideia (sic) de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma. (IKAWA, 2004, p. 98)

Esse cenário reflete a dialética entre o princípio da discricionariedade e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que devem ser complementares, mas que, por vezes, acabam se tornando base de atuações contrárias ao interesse social. Para aclarar a moldura aqui deslindada, fala-se nas condutas dos juízes em sede de apontamentos dentro dos processos por meio de consignações escritas, e não acerca de condutas de pessoas de desacato ou destrato com advogados e partes, também comuns atualmente.

A discricionariedade judicial, rompe a dinâmica do princípio da separação dos poderes, vertida no art. 2º da Constituição Federal, “usurpando as funções do Poder Legislativo e acabando por desprezar a legitimidade democrática dos representantes eleitos diretamente pelo povo” (CAMBI; STIPP, 2016, p. 315). Assim como outros signos das ciências, o Direito é produto da linguagem, que prescinde de interpretado, e acima de tudo, compreensão, de seu alcance e objetivos. Considerando sua fluidez enquanto fenômeno jurídico, persiste a exigência de que os métodos hermenêuticos aplicados sejam flexíveis, a fim de evitar que conduzam a um subjetivismo judicial que leve a um possível arbítrio, prejudicial ao regime democrático.

Ambos os princípios colocados em evidência neste tópico, ressoam a incapacidade de definição da atuação judicial ante contextos simplistas, pois a envolvem de tal modo que impedem que o hermeneuta possa explicá-los à luz de apenas um deles. Torna a interpretação à luz de apenas um deles um exercício praticamente impossível, mesmo quando se analisa cada um pragmaticamente.

Na tessitura do acesso à justiça, a principal das questões a ser desvendada é a incapacidade do indivíduo, ou mesmo da coletividade, em ter seus anseios atendidos apenas por meio de petição junto às instituições democráticas, inseridas no contexto dos poderes da República. A inafastabilidade da jurisdição, derivada da impossibilidade de o Judiciário deixar de se manifestar acerca dos casos que lhe são postos à apreciação se encontram em tecido cuja trama é formada especificamente pelo princípio do acesso à justiça, amplamente propalado pela Constituição Federal de 1988.

É certo que a judicialização exacerbada dos contextos sociais provoca desequilíbrio democrático, não apenas quando observado à luz do princípio da separação dos poderes, mas

ao inseri-los nas nuances do reconhecimento de direitos individuais que põem em risco a efetivação dos mesmos direitos pelas demais pessoas que não se beneficiam daquela ação. A exemplo, as diversas ações de saúde que surgiram, com mais veemência, no período pandêmico, quando a escassez de material humano, físico em termos de estruturas hospitalares, consubstanciados em leitos, exames, materiais descartáveis e medicamentos, foram sentidas por todos, ante ao caos instalado pelas milhares de pessoas que, ao mesmo tempo, necessitavam urgentemente de serviços de saúde, sob pena de perecimento de suas vidas.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição costuma ser definido como sendo aquele que garante ao cidadão a busca pela reparação da violação, lesão ou ameaça ao direito, constituindo-se como um primeiro princípio diretamente relacionado ao funcionamento do Poder Judiciário, e é igualmente um direito individual. Por este fundamento, constrói-se o entendimento que, “em um Estado de Direito é natural que a violação a direitos, ou a ameaça a eles, possa ser tutelada pelo Poder Judiciário, sob pena de não haver muito sentido na previsão de direitos que apenas além se forem respeitados voluntariamente pelos indivíduos” (BARCELLOS, 2018, p. 492).

A advertência de Barcellos (2018, p. 492) se conjuga no plano da coerência de exercício do direito de direito de ação, como garantia segura e autônoma, diversa do material que as partes venham a discutir em uma demanda, de modo que “mesmo que o autor venha a perder o litígio que ajuizou, por exemplo, terá exercido seu direito de ação”. Não há como dissociar o princípio do acesso à Justiça da inafastabilidade da jurisdição, pois são concomitantemente exercidos.

Ao ensejo, o princípio da discricionariedade descreve a possibilidade de o agente praticar os atos decorrentes de seus ofícios com maior grau de liberdade, em que sua atuação pode ser pautada em critérios de conveniência e oportunidade, alargando o grau de subjetividade da conduta. Entretanto, ainda que este princípio possa dar ares de exercício da vontade pessoal do agente, ainda assim, conforme os cânones basilares do direito administrativo, sua atuação deverá estar precipuamente pautada nos princípios da legalidade e do interesse público.

Não se subsume também, o princípio da discricionariedade, ao critério relevante da interpretação dos textos normativos e a discricionariedade do agente público, pois o primeiro contorno, revela ao hermenauta, uma vez que pode ocorrer de o resultado da interpretação conferir liberdade de agir ao julgado. Como observa Ramos (2010, p. 125), para o direito administrativo, “é extremamente importante a diferenciação entre as duas modalidades de discricionariedade, ou para admiti-las como tal, alargando a esfera de liberdade do administrador”.

À luz de uma visão mais pragmática, a recusa à discricionariedade na interpretação deve estar adstrita ao poder discricionário em sentido próprio, sob pena de estar constantemente passível de revisão judicial. Na moldura administrativa, não é admitida a discricionariedade de interpretação, incidindo apenas sobre a melhor forma ante a conveniência e oportunidade em aplicar determinada norma, ou mesmo, de praticar um ato.

Muito se discute acerca do interesse impresso pelos julgadores em causas que lhe são postas a apreciação, que, de alguma forma, acabam por determinar o afincamento demonstrado no ativismo, e a ausência de interesse, em tese, da autocontenção judicial. Não especificamente adstrito a questões de ordem pessoal ou íntima dos magistrados, que permeiam a configuração do crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal Brasileiro, embora a conduta possa ensejar a responsabilização do agente, acaso incidente.

Isto porque existe uma limitação à vontade do julgador, que é dada pelas fontes do Direito, a fim de que, por meio de decisões, não se imprima constante insegurança jurídica. Essa inquietude de entendimentos permeia o fato de que a decisão judicial deve conduzir a interpretações convergentes com o sistema jurídico, com os precedentes judiciais e com a melhor orientação doutrinária, como dizem Cambi e Stipp (2016, p. 316). Com isso, afasta-se da discricionariedade judicial, que retirariam o caráter da estabilidade e da previsibilidade jurídicas.

A problemática que envolve os termos de equilíbrio de atuação judicial no exercício da discricionariedade judicial e a administrativa permeia, o que muitos denominam como “discricionariedade no mandamento”, em que há uma discricionariedade na aplicação e concretização da norma. Contudo, essa aplicação não é desejável quando o viés é judicial, nem quando se pretende fazer a colmatação lacunar.

Dito agora sob o espreque administrativo, nele, não é admitida a discricionariedade de interpretação com a amplitude com que é tratada em sede de jurisdição, “pois, se assim o fosse, praticamente toda a aplicação normativa efetuada por órgãos da Administração daria ensejo ao uso do poder discricionário, [...] reduzindo-se o controle judicial dos atos administrativos” (RAMOS, 2010, p. 127).

Quando se analisa os modelos de comportamento judicial, a autocontenção é alocada como aquela conduta em que o magistrado ou os órgãos colegiados se mostram inclinados a decidir um ou outro caso em detrimento de outros. Não implica o ato de não julgar, mas o de limitar-se a determinados posicionamentos, em obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, corolário lógico do princípio do acesso à Justiça.

Veja-se que essa posição, diametralmente oposta em relação ao ativismo, conduz à autocontenção como um dos parâmetros que possibilitam o equilíbrio entre os poderes, tendo em vista que a maioria das decisões que são orquestradas pelo Poder Judiciário incidem na esfera de atuação do Executivo e particularmente do Legislativo. Como observa Pereira (2007, p. 22):

A postura de autocontenção é, em certa medida, preocupada com a falta de legitimidade democrática do julgador para decidir sobre escolhas feitas pelos poderes constituídos, haja vista que seus representantes foram democraticamente eleitos, por uma maioria, para representarem os interesses da sociedade.

Dita-se, com essa não atuação, ou mesmo atuação restrita, conter-se o Judiciário nas determinações de fazer ou não fazer, que podem ter, *a priori*, dois resultados imediatos: a insatisfação social, somado ao fato de que os direitos buscados nas ações judiciais representam a via adequada e eleita a que a população, em *ultima ratio*, encontrará amparo aos seus anseios; de outro lado, a constante insatisfação e tensão ocasionada pelos mandamentos oriundos de decisões judiciais que compelem os demais poderes à posturas condizentes com o interesse público.

A autocontenção permeia a distinção desses conceitos, pois, não raro, decisões judiciais podem interferir na seara de atuação dos demais poderes, de modo a produzir inafastável desequilíbrio. Mas este é apenas um prefácio do que a atuação judicial pode representar para o equilíbrio democrático, uma vez que o constante estado de tensão entre os poderes é uma característica imanente ao sistema democrático que contempla a separação dos poderes.

3. ATUAÇÃO JUDICIAL, SEPARAÇÃO DOS PODERES E EQUILÍBRIO DEMOCRÁTICO

A grande discussão na seara das manifestações judiciais está na possibilidade dessa atuação se mostrar como ferramenta eficaz na solução de problemas sociais, e no atendimento dos anseios da população. Contudo, os inafastáveis excessos implicam manifestações acerca dessa atuação, cujo objetivo é tentar afastar massificação da ideia de constituição em si mesma. Acredita-se que, embora seja a Constituição o farol norteador dos problemas sociais, ela é incapaz de resolver todos os problemas decorrentes das omissões estatais.

Essas lacunas deixadas perenemente pelos poderes é que dão ensejo à constante judicialização da política, relativo às atribuições e competências dos Poderes Legislativo Executivo, considerando que, muitas vezes, a atuação do Judiciário por meio de suas decisões acaba por se tornar um “Estado Jurislador”, como explica Tomelin (2018, p. 38). Para o referido

autor, além de uma interferência entre os poderes, que poderia ser observado como uma fragmentação do princípio da separação dos poderes, há a substituição de parte do labor legislativo (atividade de criação de um novo direito) pela atividade interpretativa. (TOMELIN, 2018, p. 40).

Há quem sustente que a conduta positiva do Judiciário implica lesão ao princípio da separação dos poderes, dando azo a que se tenha outra inconstitucionalidade baseada nessa matéria. Acerca dessas declarações dadas pelo Judiciário, asseveram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 398) que “há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, [...]”, pois, ainda de acordo com os autores:

[...] exercem, para além disso (e em função disso), o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 399)

Há outros que sustentam que o Judiciário está apenas dando as respostas procuradas por meio das ações que recebe, e, desse modo, está cumprindo seu dever constitucional, face ao princípio dos freios e contrapesos. Nem sempre esse arvorar do judiciário é visto como medida necessária para resolução de conflitos. Questionamentos que vão desde a legitimidade do Judiciário diante da separação dos poderes até a ausência de conhecimento específico acerca das contas públicas permeiam a discussão, impedindo, muitas vezes, que se chegue a um denominador comum.

Na relação de ambivalência dos poderes, em que as competências se entrelaçam, as instituições acabam por retocar competências uns dos outros, e quando a atuação cruzada entre os poderes concorre para a diminuição da legitimidade institucional, a interdependência segue modificando-se no tempo (TOMELIN, 2018). Acabam por ter como missão a busca pelo equilíbrio democrático por meio do respeito mútuo entre os poderes, o que nem sempre ocorre.

Todos esses elementos dizem respeito às decisões majoritárias e à separação entre os poderes, que pairam sobre o exercício da jurisdição constitucional desde os seus primórdios. Ainda que se considere que os poderes só alcançam a harmonia quanto há respeito mútuo, acima do jogo institucional, existe uma relevante questão teórico-filosófica: a compatibilização da revisão judicial com o ideal democrático (LIMA; GOMES NETO, 2018).

Não obstante, na busca de soluções para problemas que implicam um grande número de pessoas, de forma grave, permanente e generalizada, o Judiciário efetua um papel importante na concretização desses ditames constitucionais, chamando os demais poderes ao diálogo e a investida em soluções mais eficazes que aquelas que estão sendo apresentadas à população. Alcançar o status democrático por meio da atuação judicial, nessas condições, teria que estar pautada na satisfação do objetivo maior das instituições estatais, que é o bem-estar da população, da sociedade como destinatária de um dos objetivos da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, IV).

O foco principal da atuação judicial, enquanto ponto de confluência das ações do Estado visando a manutenção da separação harmoniosa dos poderes, é o interesse público. Ocorre que, essa atuação vem acompanhada de interesses de grupos específicos, econômicos, políticos e/ou religiosos, que se valem de prerrogativas para fundamentar sua atuação. Para Vieira (2018, p. 34), o sistema de separação de poderes brasileiro “dispõe as instituições de governo a que sempre se encontrem em tensão e eventualmente em conflito”, o que prejudica a manutenção do equilíbrio entre eles. Acerca do tema, esclarecem Souza Neto e Sarmento (2013, p. 147):

Os principais fundamentos teóricos para a presunção relativa de constitucionalidade das leis são a democracia e a separação de poderes. Dita presunção expressa a deferência devida aos atos emanados dos órgãos eleitos pelo povo. [...] É verdade que o nosso sistema de separação de poderes envolve mecanismos de “freios e contrapesos” (checks and balances), dos quais o controle de constitucionalidade das leis é exemplo. Porém, o exercício desse controle deve ser realizado com moderação, de forma a não subtrair do legislador o seu espaço de livre conformação, fundado da democracia e na separação de poderes.

Dito isso, é importante destacar que a atuação judicial padece de constantes críticas, acerca da ausência, na doutrina constitucional brasileira, de preocupação com a discricionariedade estrutural e epistêmica do legislador, esta última decorrente das aceções de Robert Alexy. Ao mesmo tempo, as cortes, enquanto segmento do Judiciário, não se impõem à fixação de consistente doutrina de precedentes, assim como se conduz a noção de Direito como integridade, exposta por Dworkin.

Isso prejudica a solidez da atuação judicial e eventual renúncia legal constante na autocontenção, tendo como protagonista dessas demandas o próprio STF, embora sejam os magistrados dos juízos também solapados por inquietações semelhantes. Quando se deve e em que temperatura se mostra mais adequada à solução do caso concreto é o maior desafio, ante à solubilidade das atribuições de cada poder.

Voltando-se à noção de Direito como integridade de Dworkin, o modelo adotado pelo STF em que se impõe atitudes mais ativistas, ao invés de decisões caracterizadas pela autorrestrrição judicial e pelo efeito *inter partes*, as manifestações judiciais da corte se inclinam também para uma posição mais casuística, “sem construir uma consistente doutrina de vinculação de precedentes. Como assevera Brandão (2017, p. 221), as características da jurisprudência contemporânea do STF “não levam a regime de supremacia judicial se as suas decisões pudessem ser revestidas por lei ordinária, e se só vinculassem as partes do processo e, ainda assim, naquilo que restara decidido no dispositivo da decisão”.

O tão almejado equilíbrio democrático prescinde da manutenção de bases sólidas constantes do Estado Democrático de Direito. O sistema constitucional brasileiro está assentado em diversos contextos, dentre os quais o respeito às instituições democráticas, a própria separação dos poderes, e o exercício da doutrina dos diálogos constitucionais ante aos efeitos sistêmicos das decisões, não apenas judiciais.

Por diversos fatores, como a judicialização de diversas matérias e contextos sociais, a tensão sobre o Judiciário acaba por atrair para este poder as pressões dos demais poderes, colocando-o em situação de protagonismo dentro do cenário democrático. Reconhece-se que há no Judiciário um minimalismo judicial, em que não é possível vencê-lo apenas pela “boa vontade” do magistrado, mas há questões que, de fato, grasse forte complexidade nas mais diversas esferas, como científica, médica ou moral.

As decisões judiciais, por alcançarem casos altamente complexos e que requerem respostas muitas vezes imediatas, que vão impactar sobremaneira a vida das pessoas, apesar de terem como destinatários o Legislativo e o Judiciário, somam verdadeiros dilemas jurídicos entre os magistrados. Ter o controle sobre todas as demandas, sobre os mais diversos assuntos que às vezes fogem ao entendimento técnico, pode levar a corte a se deparar com a falta de informações, “circunstâncias mutáveis e desacordo moral e razoável e irremediável, fatores que aumentam bastante os custos de decisão e de erro, e, assim, recomendam postura cautelosa e humilde” (BRANDÃO, 2017, p. 227).

Cabe mencionar que a moldura que limita a atuação judicial está permeada de possibilidades de atuação maximalista, sendo a autocontenção uma postura voltada muito mais para diminuição da possibilidade de erro e a posterior dificuldade de correção. Ainda que se possa assertivamente ter uma decisão boa, pode ela ser extemporânea, precipitada, e com isso, causar efeitos ruins à democracia.

A imposição de tomada de providências pelo Judiciário aos demais poderes, como um dos corolários de sua atuação como órgão fiscalizador das competências, decorrente do sistema

de freios e contrapesos, permite que se produzam e se imponham visões sobre questões controvertidas. Entretanto, algumas das vezes, essas decisões se afastam dos termos habituais e são colocadas fora do alcance das maiorias legislativas ordinárias, produzindo, assim, tendencial polarização no debate político. (BRANDÃO, 2017).

O magistrado, na sua atuação, seja ela de porte ativista ou de autocontenção, está sujeito a condicionamentos jurídicos intensos, por se referir à totalidade do sistema que opera, ou seja, indissociável do todo. O grau de liberdade mínima, portanto, se condiciona ao modo como o texto normativo for interpretado, e à máxima atividade judicial em relação ao preenchimento de lacunas.

4. JUDICIALIZAÇÃO DE CONTEXTOS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: AUTOCONTENÇÃO X ATIVISMO

No decorrer do período pandêmico, transcorrido no ano de 2020 até então, a atuação judicial implicou, em alguns casos, a pertinente insígnia de ingerência do Judiciário na separação dos poderes, mormente a necessidade geral de adequação ao período de recessão e crise sanitária. Na textura democrática, as implicações de crises institucionais, como as que estão sendo vistas no Brasil, em que se pôs em evidência a atuação judicial principalmente impulsionada pelo Supremo Tribunal Federal, revelam a autocontenção como elemento da jurisdição constitucional.

Em ampla dialética na judicialização dos contextos, está o ativismo, que também é parte da jurisdição constitucional, e alvitra a opiniões aos seus termos quando não se alcança interesses polarizados em relação às atribuições dos poderes em questão. Sob análise de um ou outro contexto de atuação judicial, as decisões judiciais relacionadas a situações novas ou às que foram agravadas pela crise sanitária se mostram sempre com muita intensidade, e representam dois extremos. Por isso Ramos (2010, p. 124), observa:

Entre esses dois extremos, situam-se, talvez, a maior parte das situações submetidas a julgamento, em que o julgador detém considerável margem e manobra, devido, por exemplo, à existência de programas normativos conflitantes, cada qual atrelado a distinta combinação de métodos de interpretação, ou por se tratar de dispositivo legal que renda ensejo a formulação de conceito indeterminado.

O possível sucesso estaria exatamente em identificar qual o ponto de equilíbrio entre esses extremos, que na atuação judicial, é consubstanciado entre o ativismo e autocontenção. Por mais que se busquem alternativas para perquirir esse objetivo, a dificuldade é tamanha a

ponto de sua procura significar exatamente essa instabilidade, refletida na relação entre as instituições democráticas.

Ao mesmo tempo, esse conflito é tido como saudável às democracias constitucionais, em tempos como os que se vive no contexto dos alinhamentos sociais, políticos e econômicos, sugerem que haja uma mediação entre a judicialização da política e o exercício das atribuições institucionais. Num e noutro cenário, ativismo e autocontenção representam circunstâncias de limitação à democracia, sublinhados de várias versões, dentre os quais a aceitação de limites cognitivos e estruturais à intervenção judicial, assim como a transformação destas preocupações em diretrizes ou parâmetros interpretativos a serem seguidos pelas cortes. (LIMA; GOMES NETO, 2018)

A construção de um entendimento jurídico em tempos de pandemia sofreu diversos ataques, com o sem a condução e aviltamento e participação de representante dos demais poderes, em que a incitação popular à desordem foram marcadas por episódios antidemocráticos travestidos de legalidade. Essa exposição a decisões que contrariam os interesses de membros do Legislativo, mormente do chefe do Executivo, permeia a ingerência, o ativismo e a imposição de medidas para solucionar problemas sociais prementes, como o esclarecimento feito pelo STF em relação às competências dos elementos que compõem o pacto federativo.

Algumas decisões foram tomadas pelos Judiciários, com destaque para o posicionamento hermenêutico de interpretação constitucional em relação ao pacto federativo, e às atribuições de cada um dos poderes diante do cenário apresentado. A conjuntura de milhares de mortes, hospitais lotados, escassez ou esgotamento de insumos foram decisivos para que, diante de estados de inércia, como também de dianteiras de medidas sanitárias de enfrentamento e combate à contaminação pelo coronavírus, o STF se posicionasse no sentido esclarecer qual o papel de cada um dos entes federativos.

Foram consideradas dianteiras tomadas pelos Estados e municípios, em contrapartida à alegação de centralidade de competência dessas decisões por parte do governo federal, tais como distanciamento social, *lockdown*, uso de máscaras, bem como, horário de funcionamento de atividades essenciais foram de decisões judiciais (posicionamentos de interpretação constitucional). Por ser um assunto complexo e que a maioria das pessoas não tem nele o real sentido descrito na constituição, o pacto federativo, quando recentemente invocado, pôs em evidências as atribuições repartidas entre os entes, assim como as obrigações de cada um.

A manifestação do STF foi no sentido de esclarecer as dúvidas não apenas da população, mas da própria seara de interessados em impor seus ajustamentos no âmbito de sua

atuação política e institucional. A delimitação das atuações seguiu a lógica constitucional, que prevê que a União poderia legislar sobre o tema, mas, no exercício dessa competência deveria ser resguardada a autonomia dos demais entes federados brasileiros, ponto de divergência entre eles.

A grande divergência estava na atuação dos entes federativos no tocante às providências em saúde, como ora mencionado, tema sobre o qual o STF trouxe expressamente em sua decisão que a União, estados, distrito federal e municípios tinham competência concorrente para realizar ações de mitigação e combate aos impactos do novo coronavírus. Por mais estranho que possa parecer aos intérpretes constitucionais, 32 anos após o advento da CF/88, foi preciso que o STF declarasse/reconhecesse o federalismo como sistema político de organização em que os estados e/ou províncias, que se unem e, ao mesmo tempo, mantêm a autonomia de cada um deles.

Uma delas se deu na seara da Medida Provisória n. 926/2020, sobre a qual o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que as medidas tomadas pelo Governo Federal para a mitigação dos efeitos do novo coronavírus não afastam a competência concorrente de estados, Distrito Federal e municípios na adoção de providências normativas e administrativas. A decisão foi tomada em sede de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 6341, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), a qual questionava a ingerência do Executivo Federal na esfera de competência e atribuições dos demais entes federativos.

A partir desse paradigma, começaram mais fortemente a surgir tensões acerca do pacto federativo, dando azo ao Governo Federal para eximir-se de suas obrigações constitucionais. Na mesma toada, por maioria dos ministros decidiram sobre a necessidade de que o art. 3º da Lei 13.979/2020, seguindo a proposta do ministro Luiz Edson Fachin, também seja interpretado de acordo com a Constituição, “a fim de deixar claro que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes” (STF, 2020c, p. 01).

A implicação dessa decisão se deu na seara da observância da autonomia dos entes locais, afrontados pela possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos de maneira abrangente. O que ficou definido, em resumo, foi que a MP não afasta os atos a serem praticados pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, face à competência concorrente que gozam todos os entes federativos em relação à União, para legislar sobre saúde pública (CF, art. 23, II).

A decisão do STF não reconheceu a necessidade de suspensão da eficácia da MP 926/2020, firmando o entendimento de que “[...] a norma, diante do quadro de urgência e da

necessidade de disciplina, foi editada a fim de mitigar a crise internacional que chegou ao Brasil” (STF, 2020b, p. 01). Entendeu-se, ao final, que a distribuição de atribuições prevista na MP “não contraria a Constituição Federal, pois as providências não afastaram atos a serem praticados pelos demais entes federativos no âmbito da competência comum para legislar sobre saúde pública (artigo 23, inciso II)” (STF, 2020b, p. 01).

Diante do estado pandêmico, com contextos peculiares a cada um dos Estados brasileiros, os governadores assumiram o protagonismo das ações de saúde, em parte adotando medidas de populares como a abertura de leitos de UTI, contratação de profissionais; em parte impopulares, como o lockdown e as medidas de distanciamento social e o fechamento de estabelecimento, alteração dos horários de funcionamento, dentre outras medidas.

Por serem providências que envolvem conjunturas macrossociais, econômicas e políticas, os descontentamentos são efeitos razoáveis, mas se tornaram conflituosos ante a regulação da dinâmica social e econômica ter sido utilizada pelo executivo federal como ferramenta de intimidação política, assim como ocorreu em relação a alguns municípios. As providências contrariam o posicionamento do executivo federal em relação às medidas de contenção e enfrentamento à pandemia, e por isso os ataques e ingerências judiciais acerca das decisões tomadas pelos estados e municípios foram tão duramente debatidos.

No que tange aos municípios, a Constituição Federal de 1988 inovou ao inclui-los como entes federados, com autonomia política, administrativa e financeira, gerando controvérsia entre estudiosos, ante ao paradoxo da descentralização e centralização em relação à União, tornando as relações entre os entes federados muito complexas, e que desafia a configuração do federalismo cooperativo.

Por esta razão, de ora precisar estar descentralizado, e ora voltar-se à centralização, é que põe as atribuições dos entes federativos sob a égide das decisões judiciais, pois a imprecisão em matéria de competências ocasiona inúmeras dúvidas acerca da atuação específica dos federados. Reconhece-se, à luz da assertiva de Lima (2021, p. 01) o fato de que, mesmo antes da pandemia, havia o sentimento de que o avanço institucional que a Constituição Federal de 1988 trouxe com o pacto federativo, “reconhecendo a autonomia e o protagonismo dos entes subnacionais brasileiros, a descentralização do poder não havia considerado previamente as desigualdades do território brasileiro e criou diferentes ‘Brasis’”.

A diversidade observada em muitas ocasiões acabou por limitar e comprometer as condições para o exercício das competências compartilhadas e aprofundou as disparidades locais e regionais do país. Com a pandemia, essas diferenças ficaram ainda mais evidentes,

considerando que as instituições não apenas do Brasil, nunca foram testadas ao quase esgotamento como nesses nestes tempos difíceis de muitas dúvidas e medos.

Em algumas conjunturas, talvez a autocontenção judicial tenha sido benéfica ao apaziguamento das tensões entre os poderes, mas prejudicial à sociedade. O Judiciário, como parte da estrutura de poder do Estado Democrático de Direito no Brasil, tem se posicionado no sentido de que, em determinados momentos, o exercício da autocontenção judicial é necessário, uma vez que os termos postos nas decisões judiciais podem produzir efeitos inesperados, cujos reflexos podem vigor por muito tempo.

O estremecimento das relações entre os entes federativos no que tange à aquisição de vacinas por Estados membros e municípios em complemento ao programa nacional de vacinação também tem sido pauta de constantes questionamentos. Na corrida pela imunização da população de seus estados, com o objetivo de retornar o mais rápido possível as atividades econômicas, educação, e toda uma gama de ocupações desempenhadas na sociedade, os governadores buscaram complementar as doses distribuídas pelo Governo Federal por meio do Programa Nacional de Imunização.

Aqui se vê, claramente, a discrepância em manter o equilíbrio das relações institucionais e com os entes federativos em prol do bem comum e do interesse público. Sabe-se que o início da compra por vacinas pelo Governo Federal, em detrimento da oferta dos laboratórios, da disponibilidade orçamentária e da corrida mundial pelo imunizante pode ter sido uma das causas para a triste marca de 579.000 (quinhentos e setenta e nove mil e quatrocentos e oitenta e quatro)¹ em média mortes por COVID-19 (BRASIL, 2021).

Para justificar o número de mortes, foram questionadas as notificações, nas quais estariam sendo contabilizadas toda e qualquer perda como sendo decorrente do vírus e suas complicações. Não obstante, os Estados se lançaram à busca pelos imunizantes, como também, a Fiocruz e o Instituto Butantã firmaram parcerias com entidades e universidades internacionais para produção de vacinas no Brasil.

Considerando que o Brasil possui larga experiência em vacinação, e que é modelo de estratégias para o mundo, e o faz por meio do Programa Nacional de Imunizações (PNI), instituído em 1973, seguindo os padrões técnicos e integrando o Programa da Organização Mundial de Saúde. Diante disso, dar seguimento à política pública já implementada (e com sucesso) pelo Sistema Único de Saúde é a melhor opção para a adequada distribuição de vacinas. Conforme ponderado por Gibran Neto e Schulze (2020, p. 01), “isso se

¹ Dados atualizados na data de 29/08/2021, às 11:20h e disponíveis no site do Painel coronavírus, do Ministério da Saúde do Governo Federal brasileiro.

dá segundo critérios técnicos e científicos, adotados de modo único para todo o Brasil, mediante pactuação entre gestores de todos os níveis da federação (federal, estadual e municipal).”

Por questões de divergência política, o chefe do Executivo travou disputa especialmente com o governador de São Paulo para tentar enfraquecer as ações orquestradas pelo então governador na compra e produção de vacinas. No final do ano passado, quando o mundo iniciava a vacinação de sua população, diversos países buscaram a compra de imunizantes, tendo como previsão de que em 2021 o Brasil tivesse duas vacinas em produção e distribuição: a vacina produzida pelo Butantã, em associação com a China (SinoVac-Biotech), e a produzida pela Fiocruz, em associação com a indústria AstraZeneca e a Universidade de Oxford.

Superado esse encadeamento, daí se observou surgirem questionamentos acerca da eficácia das vacinas, da possibilidade de escolha do imunizante, como também, da obrigatoriedade de vacinação e das implicações da negação de receber o imunizante. Em análise do cenário que poderia vir a ocorrer (como de fato, ocorreu), premissas foram colocadas para que, a partir delas, se pudesse adotar posicionamentos. Senão, veja-se o que perfilhou, no final de 2020, Gebran Neto e Schulze (2020, p. 01), e a necessidade de autocontenção judicial para resolução de casos que envolvam as questões relacionadas à vacinação:

Ainda que se possa discordar de alguns dos critérios para imunização inicial, as opções que vierem a ser adotadas devem gozar de elevada eficácia de deferência por parte da população e do Poder Judiciário. Somente critérios de discriminação absolutamente injustificados deveriam ser objeto de judicialização. A deferência judicial às escolhas políticas tem caráter organizativo, evitando-se que muitas liminares sejam deferidas para contemplar indivíduos ou categorias de indivíduos de modo aleatório e, muitas vezes, sem considerar a situação global. Não resta dúvida de que a vacinação integral da população é recomendável, mas igualmente é incontestado que não haverá imunização imediata de todos, dado o cenário de escassez absoluta dos produtos. E, nesse sentido, escolhas técnicas devem ser priorizadas, não apenas aqui, mas em todos os países.

Antes mesmo que a vacina se tornasse uma realidade, já havia se manifestado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio de recomendações, delineou como deveriam os magistrados agir face à grande demanda de ações judiciais versando sobre saúde ocasionadas e agravadas pela pandemia do novo coronavírus. A exemplo, a Recomendação n. 66 de 13/05/2020, que dentre outras considerações, recomendou aos juízes que tivessem especial cuidado no julgamento das ações, tendo em vista a essencialidade das medidas em saúde à população, mas também no reconhecimento das ações em políticas públicas tomadas pelos gestores dos serviços de saúde.

Sabendo da condição de esgotamento humano dos profissionais de saúde que atuam na linha dianteira do enfrentamento à pandemia, foi necessário ponderar as questões relativas à reserva do possível em que as decisões levassem em consideração assegurar condições mínimas para o enfrentamento da situação, “compatibilizando as decisões com a preservação da saúde dos profissionais da saúde, dos agentes públicos e dos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS e da Saúde Suplementar”, como descreve o caput do art. 1º da Recomendação n. 66 do CNJ (2020).

Cabe mencionar que a ingerência do Judiciário, de modo objetivo, interfere nas políticas públicas e tem sido “mais aceita nos casos de omissão dos outros poderes ou de falhas na execução de políticas públicas já existentes, em condições violadoras de direitos fundamentais, individuais ou coletivos”, como observa Cortez (2020, p. 15). Contudo, essa interferência prescinde de mitigação nos seus mandamentos, em respeito à formulação de políticas públicas e suas escolhas políticas, esferas mais próximas daquela sua dimensão política anteriormente lembrada. (CORTEZ, 2020).

Neste ponto, também se acolhe o entendimento de Gebran Neto e Schulze (2020), no sentido de que, em relação ao tema, autocontenção judicial é a medida mais adequada, tendo em vista que, diante de tantos desafios pautados pela pandemia, “as soluções deverão ser técnico-administrativas, e deferência a essas escolhas é a única opção possível para melhor atenção à saúde de todos”.

Especialmente, as recomendações colocadas na Recomendação 66/2020 foram no sentido de que o Judiciário tenha que manter seu compromisso constitucional com a sociedade, por meio de suas competências. Ao mesmo tempo, prescinde de autocontenção na elaboração de decisões que comprometessem sobremaneira o poder público e que não teriam resultados práticos eficazes. Isto diz respeito à total incapacidade dos gestores públicos de fornecer tratamento condizente com as exigências do período caótico fora daquelas que já estavam sendo providenciadas, como aberturas de leitos para internação e de UTI, assim como, a escassez de material humano.

No art. 4º, refere-se a diretriz acerca da finalidade das decisões, que devem ser no sentido de estabilizar os contextos, evitando, sempre que possível, as intimações pessoais dirigidas aos gestores da Administração Pública do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde Estaduais, do Distrito Federal e Municipais com a fixação de sanções pessoais, como a pena de prisão.

Veja-se que a intimação pessoal inviabiliza, muitas vezes, o procedimento célere; ao mesmo tempo, a fixação de prazos exíguos, a fixação de multas processuais e a prisão dos

gestores como medida sancionatória e punitiva em caso de descumprimento da ordem teria pouca ou nenhuma eficácia, já que os insumos e providências em saúde estavam impossíveis de serem realizadas a contento. Nesse sentido, o art. 5º da Recomendação n. 66/2020:

Recomendar a todos os juízos com competência sobre o direito à saúde que seja observado o efeito prático da decisão no contexto de calamidade, com vistas ao cumprimento do interesse público e da segurança do sistema sanitário, bem como a efetividade judicial e a celeridade no cumprimento da decisão. (CNJ, 2020)

Medidas de caráter processual, como a extensão dos prazos processuais para cumprimento das ordens judiciais voltadas à aquisição de medicamentos, insumos, material médico-hospitalar e a contratação de serviços e procedimentos clínicos e cirúrgicos não essenciais à garantia da integridade física ou que comprovadamente não caracterizem *periculum in mora* foram algumas das medidas de autocontenção judicial recomendadas pelo CNJ (art. 4º, v). O lastro probatório e a composição caso a caso teriam que ser demandados, a fim também de evitar excessos em meio à essas flexibilizações.

A autocontenção judicial foi singularmente revista nesse período pandêmico por razões que orbitam a reserva do possível e a obtenção de resultados práticos para as decisões judiciais. A atuação dos magistrados deve estar pautada, sobretudo, no contexto da realidade, em que o resultado prático incinera a motivação e as razões para tomada de medidas arbitrárias e enérgicas por parte do Judiciário. Neste ponto, o ativismo perde terreno e eleva a autocontenção como medida mais eficaz na condução das ações em saúde durante a pandemia.

5. CONCLUSÃO

O quadro de manifestações que externaram as insatisfações mútuas entre os poderes fez com que diversos questionamentos, antes não problematizados, viessem à tona e promovessem instabilidades institucionais, como também, indagações acerca das atribuições de cada ente dentro da federação. As questões, em via transversa, acabam por desaguar no átrio do Judiciário, em que se veem questionadas questões de ordem política que impactam sobremaneira a vida da população.

No período pandêmico o que se viu foi a diagramação dessas ações, e velhos questionamentos acerca da atuação judicial foram reacendidos, como a possibilidade que essas decisões viessem permeadas de ativismo judicial, como também, da autocontenção. Esta última, por temor a posicionamentos prematuros, ou mesmo tardios, em que a manifestação judicial

pudesse questionar e impor ações aos demais poderes de modo arbitrário, transparecendo uma eventual supremocracia.

A crise sanitária veio para dar intensidade a esses questionamentos e objeções, impulsionados pelo período de incertezas que assolou todas as esferas de contingência social e fez com que os governos e os poderes exercitassem a difícil tarefa de comungar entendimentos inter-relacionados aos seus interesses. Esse foi o ponto de toque na problemática enfrentada neste trabalho: a correlação harmoniosa entre os poderes e o reflexo dessa atuação no seio social e no relacionamento espinhoso do Governo federal com os demais entes federativos.

Daí a análise do princípio da discricionariedade judicial, que acabou escoando no princípio da discricionariedade administrativa. De um lado, a discricionariedade judicial entrelaçada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, em que o acesso à justiça é o principal corolário de ambos, imprime no Judiciário, em postura ativista ou de autocontenção, a tarefa inarredável de atuação quando provocado, ou no exercício de suas atribuições institucionais originárias, como é o caso do STF.

De outro, a discricionariedade administrativa, derivada da competência concorrente e ao mesmo tempo, da autonomia administrativa que os entes federativos possuem nos limites dos termos constitucionais. Essa balança federativa e institucional levou o Brasil a questionamentos e auto restrições desnecessárias, desgastes institucionais e federativos obtusos, e que em nada contribuíram para aclarar as iniciativas de mitigação dos efeitos da pandemia sobre a população.

O período de pandemia da COVID-19 revelou que o sistema jurídico, democrático e constitucional brasileiro prescinde de constante aperfeiçoamento devido a constantes questionamentos acerca de questões basilares e que já deveriam ter sido sedimentadas ao longo dos anos. A Constituição Federal erige a noção de que o Judiciário, assim como os demais poderes, deve superar as diferenças baseadas em sofismos mútuos e passar a colecionar experiências concretas de cooperação para momentos de tensão, cujos contextos são mais complexos e exigem que medidas sejam tomadas sem que interesses pessoais interfiram demasiadamente em detrimento do interesse público, que é preponderante.

Não se trata de levantar a questão acerca de se o Brasil detentor de uma nova ou incipiente democracia, mas de vivenciá-la de acordo com os ditames constitucionais e evitar que questionamentos claros e sedimentados sejam a todo momento objeto de discórdia e desentendimento entre os poderes. Este é o maior desafio democrático, imprimir nos representantes dos poderes a obrigação de pautar suas ações unicamente no interesse público,

e equacionar os interesses das pessoas de modo que a sociedade não seja usada como fundamento para alcançá-los.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; STIPP, Luna. Hermenêutica flexível e discricionariedade judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 204-319, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21193>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 66 de 13/05/2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318>. Acesso em: 29 ago. 2021.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. O Judiciário e as políticas públicas no combate à pandemia. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 21, n. 55, p. 11-22, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n55_1.1_judici%C3%A1rio%20e%20as%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas.pdf?d=637364808902431992. Acesso em: 29 ago. 2021.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Vacinas e vacinação: expectativas e reflexões**. 11/12/2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1053. Acesso em: 29 ago. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, v. 10, n. 10, p. 13-19, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/200/194>. Acesso em: 24 ago. 2021.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova – Revista de cultura e política**, São Paulo, v. 61, n. 61, p. 97-113, jan./abr. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/cgdjHPhWt5DhNCFGgdKdQJG/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

LIMA, Diana Vaz de. **Lições da pandemia para o pacto federativo brasileiro**. 08/02/2021. Disponível em: https://noticias.unb.br//images//Artigos/Pandemia_e_federalismo.pdf. Acesso em: 28 ago. 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo (a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de**

Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/hcqkLTTLsNF978NGqhY4SCM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 ago. 2021.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. **Doispontos**, Curitiba, São Carlos, v. 17, n. 02, p. 63-84, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/74191/42311>. Acesso em: 06 jul. 2021.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição constitucional na constituição federal de 1988: entre ativismo e autocontenção. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 02, n. 02, p. 1-33, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/108/107>. Acesso em: 24 ago. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n 2, p. 119-161, jun./dez. 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>. Acesso em: 28 ago. 2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Coronavírus**: PDT questiona MP que redistribui poderes de polícia sanitária. 23/03/2020a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439960&ori=1>. Acesso em: 23 ago. 2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ministro explicita competência de estados e municípios no combate ao coronavírus**. 24/03/2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>. Acesso em: 23 ago. 2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19**. 15/04/2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>. Acesso em: 23 ago. 2021.

TOMELIN, Georghio. **O Estado jurislador**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 23-40; 77-96.