

O FUTURO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UM OLHAR SOBRE A ADPF 669/DF E A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS¹

THE FUTURE OF PUBLIC POLICIES' JUDICIAL CONTROL: A LOOK AT "ADPF 669/DF" AND THE CORONAVIRUS PANDEMIC

Renan Porcaro de Bretas²

Rodolfo Bastos Combat³

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar a decisão de concessão de medida cautelar, em âmbito das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de números 668/DF e 669/DF, do Supremo Tribunal Federal acerca de políticas públicas de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus, proibindo que a União veicule campanha publicitária estimulando o fim do distanciamento social. O artigo se vale de diferentes conceituações de políticas públicas, bem como do exame do texto constitucional brasileiro e do princípio democrático da separação de poderes para discutir o controle de políticas públicas de combate à presente crise sanitária no Brasil, com relação à competência e legitimidade da Suprema Corte enquanto órgão máximo do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Controle judicial. Coronavírus. Pandemia. Políticas Públicas.

¹ Artigo submetido em 04-11-2020 e aprovado em 07-09-2021.

² Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) em parceria com a Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ); Pós-graduando em Proteção das Vulnerabilidades pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: renan.porcaro@outlook.com

³ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, sendo bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Editor da Revista Culturas Jurídicas (Qualis A2), do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Pesquisador do grupo de pesquisa Constituição, Democracia e Crise (CODEMC), vinculado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ), sob a supervisão do Professor Daniel Capecechi. Assessor da Secretaria Jurídica da Câmara de Vereadores do Município de Três Rios, na função de coordenação das comissões parlamentares temáticas de processo legislativo, e Chefe de Gabinete Parlamentar. Professor de Ensino Superior no Curso de Direito da Faculdade Vértice - Univértix - Três Rios. Atualmente, desenvolve pesquisa sobre Direito Constitucional, partidos políticos e regressão democrática, judicialização da política, processo legislativo, Ciência Comportamental aplicada a Políticas Públicas, Democracia Digital e Inovação.



ABSTRACT: The present study aims to analyze the decision to grant precautionary measures, within the scope of the Non-Compliance Arguments of Fundamental Precepts of numbers 668/DF and 669/DF, of the Supreme Court on public policies to confront the new coronavirus pandemic, prohibiting the Union from running the public campaign to promote the end of social distance. The article draws on different concepts of public policies, as well as the examination of the Brazilian constitutional text and the democratic principle of the separation of powers to discuss judicial control on public policies to combat the current health crisis in Brazil, with respect to the competence and legitimacy of Supreme Court as the highest body of the Judiciary.

Keywords: Coronavirus. Judicial control. Pandemic. Public Policies.

INTRODUÇÃO

Desde que se espalhou pelo mundo, a crise do novo coronavírus vem adquirindo graves contornos econômicos, sociais e políticos. Os países de todos os continentes vêm tentando implementar ações e regras para esse “novo normal”, com vistas a reduzir danos e salvar vidas.

Os Estados nacionais podem ou não adotar determinadas direções para enfrentar a situação, são as chamadas políticas públicas⁴. O Estado pode ou não as propor, com ou sem a participação da iniciativa privada, atuando ou omitindo-se em determinado assunto. Agir ou omitir-se é manifestar uma política pública⁵.

⁴ Segundo Souza (2002), a política pública, enquanto campo do conhecimento, pretende analisar a ação governamental e propor as mudanças que se façam necessárias, ao mesmo tempo em que o provoca a realizá-las. A formulação de política pública consiste no processo pelo qual os governos explicitam seus propósitos em programas e ações, que trarão como resultado desejado as mudanças no mundo real.

⁵ As políticas públicas constituem importante instrumento de atuação na realidade social, quer seja para implantar a agenda política legitimada pelo sufrágio em eleições livres, quer seja para cumprir com o papel de liderar esforços para defender os interesses de toda uma coletividade. O Estado deve se fazer presente para auxiliar a população na missão de manejar as dificuldades coletivas evidentes, propondo saídas e soluções. Sabe-se que o globo vive verdadeiramente uma catástrofe global. Seus efeitos vão muito além do aspecto sanitário que, por si só, já possui proporções gigantescas. A crise ocasionada pelo vírus desfigurou, de certa forma, nosso futuro presumido. A humanidade dificilmente será a mesma após a COVID-19. É neste ponto que se encontra a importância do presente artigo,



Diante deste cenário e, principalmente, do contexto brasileiro na pandemia, o Supremo Tribunal Federal (STF) tomou importantes decisões cautelares acerca da atuação do Poder Executivo Federal no enfrentamento à doença e de apoio à população diante de seus efeitos. Com a tentativa da União de veicular campanha publicitária contrária ao isolamento social, o Supremo Tribunal Federal decidiu cautelarmente proibir tal política pública. Vale ressaltar que o isolamento social é apontado como a estratégia adequada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), pela Sociedade Brasileira de Infectologia (SBI), pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), entre outras instituições, bem como pela experiência dos demais países que estão enfrentando o vírus.

Fica evidente que o STF exerceu o chamado controle de constitucionalidade, no âmbito de duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de números 668 e 669 tendo como objeto a referida campanha publicitária, em controle de constitucionalidade da política pública proposta pelo Poder Executivo.

Nesse contexto em que vivemos, esta pesquisa busca responder se a atuação do STF de controlar determinada política pública está de acordo com as competências constitucionalmente atribuídas à Corte. Além disso, de maneira complementar, questiona-se: que tendências esse tipo de controle pelo STF pode representar para o futuro?

Nessa seara, o objetivo central deste manuscrito é analisar se a Medida Cautelar determinada pelo Ministro Barroso, ou qualquer outro gesto semelhante do STF, fere de alguma maneira o princípio constitucional e democrático da separação de poderes, conforme denunciaram membros e apoiadores políticos do presidente da República; torna-se objetivos específicos (a) verificar se a fundamentação da decisão que compõe o objeto da arte desta pesquisa guarda coerência com os preceitos constitucionais e com a devida separação de poderes, bem como (b) verificar quais

proporcional à gravidade do momento atual. Segundo Guerra, Pinto e Delorenzi (2020), apesar dos efeitos nocivos que produz um evento como a erupção de um vulcão, esse fenômeno terá menor efeito cataclísmico do que uma pandemia. A catástrofe, assim, poderia ser conceituada como um evento trágico e repentino, cujos efeitos passam pelo extremo infortúnio até que ocorra uma ruína completa de algo.



parâmetros poderiam ser utilizados para justificar decisões futuras com o mesmo escopo – isto é, verificar se há, na fundamentação da decisão do Ministro Barroso, elementos que podem definir parâmetros para casos semelhantes no futuro.

Para atender o problema de pesquisa e os objetivos elencados, esta pesquisa se estrutura mediante método indutivo, com abordagem qualitativa, valendo-se de fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, em especial, na decisão cautelar do Supremo de proibir a veiculação da campanha publicitária "O Brasil Não Pode Parar" (objeto da ADPF nº 668 e 669) – isto é, incorpora-se Constituição da República Federativa de 1988, obras especializadas, princípios e conceitos, focando a constitucionalidade e possíveis consequências da atuação do STF no controle judicial das políticas públicas.

A título de estruturação, este artigo possuiu duas seções de debate. A primeira dedica-se à análise da necessidade de políticas públicas no momento que o Brasil enfrente, enquanto a segunda aborda o controle judicial pela Suprema Corte brasileira. Nas considerações finais, o estudo propõe algumas conclusões sobre as questões sobre as quais buscou refletir, sem a pretensão de encerrar a discussão ou de ser o único ponto de vista válido sobre o assunto, mas com vistas a imprimir uma objetiva comparação entre o que nos ensina a doutrina e o texto constitucional com o que a decisão analisada apresentou e o que apresenta para o futuro.

A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIANTE DO ATUAL CENÁRIO

Diante do crescimento acelerado do número de novos casos e do conseqüente risco de colapso do sistemas de saúde nas cidades brasileiras, o momento exige que medidas sejam tomadas, que tenham coordenação, alcance e possam dispor de suficientes recursos financeiros, presumidamente do Estado. A política pública movimenta a máquina governamental a realizar um fim qualquer de ordem pública, preferencialmente em direção à concretização de um direito.



De acordo com Bucci (2006), a política pública é considerada um programa ou quadro de ação governamental. Isso se dá porque ela consiste em um conjunto de medidas coordenadas (articuladas), cuja razão de ser é o fomento, o estímulo, o que pode ocorrer através de uma ação ou inação governamental.

Desde o mês de março de 2020, quando a OMS declarou oficialmente a pandemia, o mundo vem experimentando um cenário de grave crise sanitária, social e econômica. Até países desenvolvidos viram seus sistemas de saúde sobrecarregados e sua população sofrer com a doença e seus efeitos sociais.

As políticas públicas compreendem um meio de realizar os fins essenciais da Constituição, sendo um desses fins a promoção de direitos fundamentais. Reforça-se a visão instrumental, cujo escopo é realizar os referidos fins. Insta salientar que as políticas públicas ensejam gastos públicos e, por envolver recursos limitados, a Constituição vincula escolhas a essas políticas e seus correspondentes valores (BARCELLOS, 2006)⁶.

Segundo Souza (2002, p. 4), a definição mais conhecida de políticas públicas, a de Harold Laswell, aponta que são "decisões e análises sobre política pública implicam em responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por que e que diferença faz".

É imperioso entender que o agir governamental quase sempre manifesta uma política pública. Destinar recursos orçamentários, conceder isenções fiscais, realizar concursos públicos, emitir decretos ou medidas provisórias, determinar que se veiculem determinadas peças de propaganda, bem como não o fazer, não destinar

⁶ É válido mencionar aqui que, nas palavras de Barboza e Kozicki (2012), por a Constituição estabelecer que as políticas públicas são as ferramentas adequadas de concretização dos direitos fundamentais, elas se caracterizam como matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Do contrário, nossa Carta Maior seria apenas um documento político deficiente em normatividade, situação inaceitável no Estado Democrático de Direito.



recursos, não regulamentar determinado assunto, não fiscalizar alguma conduta, enfim, correspondem a práticas que per se são a expressão de uma política pública⁷.

De acordo com Souza (2002, p. 9):

Segundo essa visão, a construção de uma consciência coletiva sobre determinado problema é fator poderoso e determinante na definição da agenda. Quando o ponto de partida da política pública é dado pela política, o consenso é construído mais por barganha do que por persuasão, enquanto que quando o ponto de partida encontra-se no problema a ser enfrentado, dá-se o processo contrário, ou seja, a persuasão é a forma para a construção do consenso.

Para uma vertente importante de pensamento, o Poder Judiciário pode e deve fazer o controle sobre matérias atinentes a direitos fundamentais, obviamente respeitando o princípio da inércia, devendo ser provocado a decidir, se for o caso, sobre o tema. Partindo desse pressuposto, é muito grande o leque de possibilidades que se apresenta, especialmente, em uma sociedade desigual, como a brasileira, de que o Judiciário se debruce a controlar a ação ou omissão do Estado em relação a determinada política pública.

De acordo com Barboza e Kozicki (2012, p. 60):

⁷ Respeitando o papel dos demais poderes, agindo quando provocado, é parte da missão constitucional atribuída ao Poder Judiciário que confronte eventual ação ou omissão de ente público com o que manda o ordenamento jurídico pátrio, em especial a Constituição da República Federativa do Brasil. Nesta pesquisa, o objeto da arte é, conforme mencionado, a decisão cautelar do STF, em sede de controle judicial de política pública proposta pelo Poder Executivo Federal, no âmbito das ADPF 668 e 669, buscando contrastar a fundamentação utilizada para tanto com as competências a ele determinadas na Constituição Federal de 1988 e com o princípio constitucional da separação de poderes.



(...) a adoção de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as maiorias parlamentares, resultou em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito. Isto, por sua vez, implicou – no caso do Brasil – um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância desse poder nas decisões políticas do Estado brasileiro, colocando essa questão no centro do debate jurídico e político atual.

Faz-se relevante a tarefa de analisar, conforme explicado acima, mais adiante, a atuação concreta do STF de controle da política pública atinente à campanha publicitária que o Governo Federal pretendia veicular em março de 2020, por exemplo, aos preceitos constitucionais que determinam sua competência e ao debate da legitimidade para realizar tal controle enquanto poder constituído.

Para Souza (2002, p. 13), "A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados", o que por si só faz pensar se é ou não pertinente que o Poder Judiciário nelas intervenha.

O ano de 2020 trouxe, logo no início, da província de Wuhan, na China central, a desconhecida e perigosa COVID-19 (*coronavirus disease*), causada pelo vírus Sars-Cov-2, descoberto oficialmente no fim de 2019 e alcunhado pelo nome da família a que pertence: Coronavírus.

A doença respiratória possui impressionante capacidade de contágio, tendo vitimado mais de 1.790.000 pessoas ao redor do mundo no ano de 2020, e infectado mais de 81.400.000 pessoas em todos os continentes (OMS, 2021).

Para Guerra, Pinto e Delorenzi (2020, p. 10):

Nesse diapasão, evidencia-se que a segurança global em termos sanitários e de saúde pública deve levar em consideração o combate e alcance de soluções satisfatórias para que o surto de doenças seja evitado, ao



serem estabelecidos mecanismos de combate, controle e prevenção de pandemias, sendo certo que o CoV é o maior problema agora a ser enfrentado.

Não é exagero afirmar que a ausência de políticas públicas para combater a pandemia e atender suas vítimas pode ser responsável por um prolongamento indeterminado e confuso da necessidade de isolamento social. Assim, preocupa o fato de que o Brasil esteja na contramão das recomendações da OMS, porque é a atuação governamental, com a proposição das políticas públicas certas, que poderá influenciar positivamente na crise.

De acordo com Barboza e Kozicki, analisando o fenômeno da judicialização da política (2012, p. 60):

O crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O autor deixa claro que o que será capaz de resgatar, por exemplo, a capacidade de investimento, geração de empregos e garantia da renda de boa parte dos trabalhadores, bem como determinar repasses diretos à renda familiar de autônomos, artistas, pequenos comerciantes etc., é nada além do próprio "Estado em ação" (MARQUES, 2013, p.24).

Especialmente atravessando os processos de formulação ou implementação de políticas públicas, na tentativa de garantir à comunidade seus direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, a política se judicializa. (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 62).



Conforme citado acima, no contexto da pandemia, da crise sanitária e dos efeitos danosos à economia, que as políticas públicas devem figurar como fator impulsionador dos necessários processos de reparo e condutor na travessia desse delicado momento.

Devido à urgência na proposição de políticas públicas de enfrentamento adequado à pandemia do novo coronavírus, de acordo com BARROSO (2006, p. 2):

Em primeiro lugar, convém estabelecer uma convenção terminológica. A expressão políticas públicas pode designar, de forma geral, a "coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade (BARROSO, 2006, p.2).

Conforme citado, as políticas públicas constituem um meio, uma ferramenta, um veículo utilizado para um determinado fim constitucional, o interesse da coletividade. Nessa esteira, por representar o emprego de verba pública, escassa e ao mesmo tempo notoriamente tão malversada pela corrompida classe política brasileira, as políticas públicas devem estar sob a lupa atenta dos tribunais.

Fica claro que é a política pública o instrumento suficiente e necessário para a persecução dos fins e valores constitucionalmente pactuados como, por exemplo, destinar recursos para a área da saúde. Conforme explicado acima, serão as políticas



propostas agora, nesse dramático momento de exceção e crise, que auxiliarão (ou martirizarão) as brasileiras e brasileiros, trabalhadores e trabalhadoras, empresários, estudantes, profissionais liberais de toda sorte, comerciantes, industriais, as famílias, os atores políticos e autoridades, enfim, poderão guiar (ou confundir) a sociedade brasileira na inevitável travessia desse mau momento, buscando minimizar seus riscos sanitários e todos os graves efeitos socioeconômicos presentes e futuros.

De acordo com Barcellos (2006, p. 91):

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

A autora ensina que as políticas públicas são essencialmente vinculadas e não podem estar imunes (ou sua ausência impune) aos mecanismos de controle constitucional por parte do Poder Judiciário.

De acordo com Barboza e Kozicki (2012, p. 64):

Em decorrência desse movimento, o Judiciário brasileiro tem sofrido severas críticas, assim como sofreu a Suprema Corte americana no início do século XX, no sentido de que não é órgão competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo e, portanto, não teria legitimidade democrática para manifestar-se sobre tais questões.



Se as políticas públicas têm como escopo a garantia de direitos fundamentais, devem ser coerentes com os preceitos da Constituição. Não cumprida a promessa constitucional a que a política pública corresponde, ou inexistente tal promessa, ou ainda uma política que afronte a Constituição, por exemplo, pode e deve ser devidamente controlada pelo Poder Judiciário.

Algumas vertentes de pensamento apontam então para o risco da ingerência indevida do poder Judiciário nas esferas do Legislativo e Executivo, quando se dedica ao controle de políticas públicas, especialmente com o argumento de que os membros do poder Judiciário não possuem a mesma legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo, por faltar-lhes a necessidade do crivo do sufrágio.

De acordo com Castro e Guilherme (2020, p. 6):

Nesse ponto, cabe questionar se, mesmo sem terem sido eleitos pelos cidadãos, os magistrados possuem legitimidade democrática para realizar o controle dos direitos sociais. Em análise aos argumentos existentes, o posicionamento majoritário da doutrina é de que Poder Judiciário possui legitimidade, em especial por conta da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal) e, também, em razão de serem investidos de jurisdição exatamente para fazerem garantir os preceitos legais e constitucionais.

Portanto, sendo as políticas públicas notoriamente o meio apropriado para que o Poder Público aja legitimamente, com recursos públicos, usando da autoridade que lhe foi conferida e, sobretudo, em nome do interesse público, tal agir deve ser, certamente, vinculado ao respeito à Constituição e ao ordenamento pátrio como um todo.

Sendo assim, não soa tão estranha a ideia de que a atuação do Estado será fiscalizada e, eventualmente, controlada pelo Poder Judiciário que, quando provocado,



vai analisar a coerência necessária de eventuais políticas adotadas com as regras e princípios que todos conhecemos e reconhecemos como necessárias.

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É relevante apontar que, que um determinado decreto, editado no bojo de uma política pública, por exemplo, seja inconstitucional, isso não significa necessariamente que a política pública – de que o decreto faz parte – seja inconstitucional. Da mesma forma, nos parece que a "clássica objeção de que o Estado não tem competência para julgar 'questões políticas'" (COMPARATO, 1998, p. 46) deve ser superada.

Segundo Barboza e Kozicki (2012), o sistema de controle de constitucionalidade misto apresenta no controle difuso o caminho para minorias políticas exercerem o veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, recurso também disponibilizado na Constituição brasileira de 1988. Por outro lado, ao se considerar o histórico das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal, há bem mais da legítima tentativa de defesa da Constituição do que a vontade de subverter a regra da maioria, ou seja, são levadas à Jurisdição Constitucional a possibilidade de limitar possíveis violações da Constituição cometidas pela maioria política.

Conforme explicado acima, o controle judicial de políticas públicas tem gerado um tipo de crítica muito comum, pautada em valores justos e caros à democracia, mas talvez analisados com pouca profundidade. Trata-se de questionamentos acerca da adequação da atuação do judiciário diante do princípio da separação de poderes. Afinal, estaria o STF, por exemplo, "invadindo" a esfera de outro poder da República?

Segundo Dallari (2007, p. 219-220), "Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno (...)".



Ocorre, conforme mencionado pelo autor, que as sociedades evoluíram, trazendo novas exigências práticas e possibilidades de ação conjunta ou concorrente dos poderes constituídos (DALLARI, 2007, p. 222).

De acordo com Barboza e Kozicki (2012, p. 65):

Não obstante, é certo que muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político. O que se verifica é que o Poder Judiciário tem sido utilizado como outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar têm a possibilidade de ter protegidos seus direitos.

Conforme mencionado pelo autor, dinâmicas as possibilidades de exercício conjunto e concorrente do poder em suas diferentes formas. Por óbvio, não se faz apologia a que um poder interfira indevidamente no outro, que usurpe suas competências, que tente o suprimir. É necessário entender que é salutar para a democracia que, em nome de valores constitucionalmente pactuados, visando a realização de direitos fundamentais (e o caso em estudo no presente artigo é o da vida, talvez o que demais relevante possa haver), é possível e desejável que, no regular exercício de suas atribuições constitucionais, o Poder Judiciário, provocado, possa controlar a atuação de quem quer seja nesta República, pois o faz com propósito democrático e institucional. Para Barboza e Kozicki (2012, p. 66), "um importante papel, na medida em que representa um espaço público democrático realizador dos direitos fundamentais protegidos na Constituição brasileira."

No Brasil, não há precedentes de tamanha crise sanitária e econômica. O país, que já enfrentava problemas econômicos nos últimos anos, viu ainda mais empregos perdidos, aumento da inadimplência e significativo colapso nos sistemas de saúde de várias cidades do país. As últimas semanas do mês de agosto, por exemplo, foram



marcadas pelo registro de números próximos a 1.000 cidadãos mortos pela COVID-19 por dia (OMS, 2021).

No contexto da Constituição Federal de 1988 e da redemocratização do Brasil, houve um aumento no interesse jurídico sobre as políticas públicas. Nessa esteira, destacam-se as políticas públicas sociais, voltadas à prestação de serviços e garantia de direitos previstos na Carta Magna. Ademais, soma-se a isso o fenômeno da judicialização dos direitos. A confluência desses fatores propiciou a ebulição do debate acerca da interferência do Poder Judiciário nas referidas políticas (PAMPLONA, 2017).

Segundo Barboza e Kozicki (2012, p. 77):

Desse modo, ainda que se reconheça que a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas daqueles que foram eleitos pelo povo, não há uma liberdade absoluta para tomada de tais decisões, quer pelo legislador, quer pelo Poder Executivo. Ou seja, nos casos em que sua inércia acabar por tornar letra morta o texto constitucional no que diz respeito à garantia de direitos sociais, haverá uma afronta ao texto constitucional e, portanto, justificável a atuação do Poder Judiciário.

Assim, a liberdade de conformação do legislador deve se dar dentro da moldura constitucional, de modo a realizar a Constituição. Não há liberdade na sua inércia, mas apenas no modo em que se realizará os direitos constitucionais.

As autoras deixam claro que, respeitando os limites impostos a sua atuação pela Constituição, o Poder Judiciário, no bojo de suas atribuições, pode e deve exercer o controle de políticas públicas, em especial quanto a sua coerência com a Carta Magna.

Nesse momento de tamanha crise, o senhor presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, dá declarações públicas diárias de negação e minimização dos riscos e efeitos da doença no país. Para o chefe do



executivo, as medidas de isolamento social, recomendadas pela Organização Mundial de Saúde e até então defendidas pela maioria dos prefeitos e governadores do país, são desaconselháveis e potencialmente causadoras de recessão e desemprego.

Desde o início do ano, o presidente vem defendendo que as medidas de isolamento social, apregoadas pela OMS como as únicas capazes de conter o avanço da pandemia, não devam ser respeitadas, de forma que as pessoas sigam a trabalhar, ocupar as calçadas, ruas e transporte público das cidades brasileiras.

O político também vem se reunindo em lugares públicos com dezenas de apoiadores, causando aglomerações e, conseqüentemente, o elevado risco de contágio. No início do mês de julho de 2020, o próprio presidente anunciou que contraiu o vírus. Até o momento, seu posicionamento sobre o tema não mudou.

Enquanto isso, sobre acontecimentos ocorridos durante esse mesmo período do ano de 2020, nos contam Ribeiro e Cabral (2020, p. 9):

Destaca-se que logo no momento inicial da descoberta do novo corona vírus - fim de 2019 e início de 2020 – a OMS reuniu seu Comitê dia 03/01/2020 para realizar uma análise da situação da doença na China, que já havia chamado a atenção pelo rápido contágio entre as cidades próximas à cidade de Wuhan (epicentro de contágio da Covid-19) o que era considerado uma questão de emergência de saúde e requereu os dados da China.

Conforme citado acima, ao longo dos últimos meses, a atuação do Executivo (política pública, como o autor deixa claro) diante da pandemia, como a sistemática troca de Ministros de Estado da Saúde que tentavam executar medidas propostas pela OMS; a resistência (vencida pela atuação do Congresso Nacional) em implementar o chamado Auxílio Emergencial, programa excepcional de distribuição de renda; e as inexplicáveis tentativas de mudança no fornecimento de informações públicas pelo



Ministério da Saúde, em uma clara tentativa de minimizar a percepção da opinião pública acerca do tema.

Os reflexos das determinações emitidas pela OMS afetam os diversos setores da sociedade, desde os econômico-financeiros até os sociais e culturais. Neste sentido, mesmo nos encontrando em momento de pandemia declarada, questões têm sido levantadas, principalmente por aqueles que querem a abertura e flexibilização das referidas medidas de bloqueios transfronteiriços e dos empreendimentos envolvendo atividades não essenciais.

Medidas sanitárias que são impostas coercitivamente em tempos como o atual de pandemia precisam ser analisadas sob o viés de proteção a qual elas estão destinadas (RIBEIRO; CABRAL, 2020, p. 13).

Conforme citado acima, insta salientar a importância do papel do Supremo Tribunal Federal neste momento de exceção. Como guardião da Constituição, o STF agiu nos últimos meses para adequar e corrigir, com a régua da Constituição Federal de 1988, atento a seus princípios e parâmetros, a atuação do Estado brasileiro diante da crise sanitária que assola o país e o mundo.

Percebe-se no "Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas", que as políticas são materializadas através de atos e normas, unificadas por um fim público. Tais decisões, atos ou normas, possuem natureza heterogênea e estão sujeitas a um regime jurídico específico. O juízo de validade de uma política pública, destarte, não se confunde nunca com o juízo de validade dos atos e normas que a constituem. (COMPARATO, 1998). O autor deixa claro o papel do judiciário para controlar, tanto a manifestação da política pública, quanto a política pública em si, sem que essas duas possibilidades precisem ocorrer juntas.

Conforme mencionado pelo autor de "Elementos de Teoria Geral do Estado", a teoria deu origem a uma construção doutrinária conhecida como "sistema de freios e contrapesos", segundo a qual o legislativo emitiria atos gerais, destinados a estabelecer normas e regras; e, por sua vez, o executivo estaria encarregado dos atos especiais, utilizando-se de seus meios concretos para agir. Havendo exorbitância de



qualquer dos poderes, surge a figura do poder judiciário com a tarefa fiscalizadora (DALLARI, 2007).

Não obstante as críticas que o Judiciário brasileiro vem sofrendo, no sentido de que está se imiscuindo em questões políticas, em ofensa ao princípio da separação dos poderes e, ainda, que, por não ser um poder eleito pelo povo, não poderia interferir nessas questões, o que se verifica no presente artigo é que a transferência de decisão do Parlamento para o Judiciário decorre em virtude do fenômeno da judicialização da política.

Em que pese a teoria da autorrestrição judicial, verifica-se que no contexto da Constituição Federal de 1988 a mesma não se sustenta, eis que a partir da Carta Magna deve se dar um novo papel ao Judiciário brasileiro, que passa a exercer um importante papel na realização dos direitos fundamentais. O princípio da separação dos poderes deve, então, ser analisado a partir da Constituição, com a ideia de controles recíprocos entre os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre os mesmos.

Ao se defender a possibilidade do Judiciário intervir em políticas públicas, não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente. (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 79).

É necessário reconhecer que a rígida separação de poderes, enquanto dogma, está superada. Nesse contexto, o sistema foi concebido com o compromisso de limitar poderes e minorar a atuação do Estado.

Destarte, sendo a política pública uma ferramenta de influência na realidade social, guiado por princípios e fins constitucionais e a estes vinculada, as ações, atos, destinação de recursos, campanhas publicitárias ou quaisquer outros movimentos, de qualquer dos Poderes, estão legitimamente passíveis de sofrer controle por parte, em matéria constitucional, do Supremo Tribunal Federal.



Conforme explicado acima, não é algo exótico ou inédito que a suprema corte de um país, sendo provocada, manifeste-se fundamentadamente, por exemplo, acerca da compatibilidade de determinado ato estatal com a Constituição vigente. O autor deixa claro, inclusive, que são passíveis do controle judicial, visando estabelecer limites, as ações dos demais poderes, Legislativo e Executivo.

De acordo com Barcellos (2013, p. 92):

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade definição de políticas públicas - que irá, ou não, realizar esses fins - deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.

O lema da campanha publicitária que o governo federal pretendia veicular é O Brasil não pode parar, e ela logo foi alvo das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental de números 668 e 669, ambas do Distrito Federal. Uma das ações foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, enquanto a outra foi de autoria do partido político Rede Sustentabilidade.

Era especialmente urgente naquele momento a proibição imposta pelo STF, uma vez que os índices negativos da pandemia no Brasil não param de aumentar, e as cidades brasileiras sofrem forte pressão em seus sistemas de saúde locais.

Ademais, a campanha publicitária significaria e, em certa medida, ainda que não tenha continuado a ser oficialmente veiculada, significou, o dispêndio de dinheiro público que seria valioso, por exemplo, na compra de testes para detecção do vírus ou equipamentos de proteção individual para os profissionais da saúde.

Na decisão de 31 de março de 2020, no âmbito das ADPF 668/DF e 669/DF, em medida cautelar imposta, o Ministro Roberto Barroso entendeu pela



proibição da contratação e veiculação da campanha, em nome da proteção ao direito à vida, à saúde e à informação da população, respectivamente expressos nos artigos 5º, caput, XIV e XXXIII; 6º; e 196; todos da Constituição Federal de 1988.

O Ministro entendeu pela concessão da medida, em razão do periculum in mora encarnado no fato de a peça já estar em circulação à época. Havia ali a preocupação com o desengajamento da população com o necessário distanciamento social, e, também, com o flagrante desperdício de R\$ 4.897.855,00 do erário para a contratação da publicidade, segundo o próprio Diário Oficial da União.

Na decisão que se debate, o Ministro Roberto Barroso entende que a plausibilidade do direito decorria "[...] do reconhecimento técnico-científico, por parte das principais autoridades mundiais e nacionais, sobre a gravidade da pandemia e a imprescindibilidade de medidas de redução da circulação social, sob pena de se colocar em risco a saúde e a vida da população. [...]"

A fundamentação do decisum vai ao encontro dos ensinamentos acadêmicos do próprio Ministro Barroso (2006, p. 24):

[...] o controle de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais poderá variar em função, ao menos, de dois elementos diversos. [...]

O primeiro elemento vem a ser o objeto específico a ser controlado. Trata-se de saber que conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento. O segundo elemento, por seu turno, envolve o ambiente processual no qual a discussão será posta e, conseqüentemente, os efeitos objetivos e subjetivos de eventuais decisões proferidas, o que se pode denominar aqui, por convenção, de modalidade de controle.

A Medida Cautelar ainda trouxe interessante ponderação, que por si só comprova a adstrição do julgador e afasta qualquer infundada acusação de indevida interferência entre poderes. Vejamos:

No que respeita aos atos e campanhas publicitárias dos órgãos públicos, a Constituição determina, expressamente, que devem ter caráter “informativo, educativo



ou de orientação social” (art. 37, §1º, CF). Esses são, portanto, os referenciais normativos que permitem aferir se uma campanha veiculada pelo Governo atende aos padrões de legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que regem a Administração Pública (art. 37, caput, CF).

Segundo Barcellos (2006, p. 92), como atuação vinculada a valores constitucionais, as políticas públicas estão, e assim devem estar, sujeitas ao controle de constitucionalidade, à verificação da conformidade das referidas políticas com os fins públicos a que se propõem defender. O controle judicial não é exclusividade brasileira, não é necessária demonstração excessiva de força do Poder Judiciário e, assim, pode-se dele lançar mão para a garantia de direitos fundamentais, para que se cumpra a Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de entender que as políticas públicas são o meio pelo qual o poder público coloca em prática determinada agenda constitucionalmente relevante, com o dever de cumprir com fins públicos prioritários, através de sua atuação, e que o poder judiciário é legítimo para controlar essa atuação, confirmamos tal conclusão a partir da leitura do artigo 102, em seu parágrafo primeiro, da Constituição, acerca da competência do Supremo Tribunal Federal.

Em uma crise sanitária, não pode ser diferente, o papel das políticas públicas certas é urgente e pode ser decisivo para salvar vidas, bem como o de uma política pública que trabalhe propositalmente contra orientações científicas de proteção e segurança, em nome de qualquer outro valor, pode ser extremamente prejudicial à coletividade.

Desta forma, o STF não só é órgão legítimo para exercer controle, como na decisão cautelar do Ministro Barroso, como é compelido, por suas atribuições



constitucionais a fazê-lo, sem nenhum prejuízo à separação dos poderes, com o valioso intuito de garantir direitos fundamentais.

Espera-se, como fruto da reflexão necessária que esse trabalho propôs, que o futuro traga decisões sensatas e ágeis como a do Ministro Roberto Barroso. Durante o ano de 2020, o Brasil teve cerca de 195.000 mortes em decorrência da Covid-19, bem como ultrapassou a marca de 7.675.000 casos da doença. Até o fechamento desta pesquisa, o total de vítimas da doença ultrapassou a assustadora marca de 575.000. Ao todo, já foram registrados mais de 20.500.000 casos de Covid-19 (OMS, 2021).

O momento que o país atravessa não trouxe consigo algum tipo de "manual de instruções". Sequer utilizados, não se sabe ao certo se os dispositivos próprios de emergência da Constituição Federal conseguiriam cumprir satisfatoriamente as tarefas inusitadas e urgentes que se apresentam assustadoramente dia após dia. Mas isso é assunto para outro debate.

O que é possível pensar, chegando ao fim do presente estudo, é que não deve haver qualquer tipo de pudor por parte da Suprema Corte do Brasil quando o tema for direitos fundamentais.

Se pode haver alguma razão para que o presente artigo seja concluído com uma mensagem de esperança, que seja a de que nossa Suprema Corte já produziu, em meio à tragédia, e atentos defenderemos que decida de forma semelhante em oportunidades futuras, uma decisão equilibrada e precisa, na defesa da saúde, da vida e da informação adequada.

Se apenas um brasileiro não tiver garantido seu direito à saúde, todos estarão igualmente doentes. Se somente um perdeu a vida, perdem todos um pouco também. Enquanto uma parcela da população, qualquer que seja, estiver sujeita à desinformação e ao obscurantismo, padecerão todos da mesma tragédia.

Observa-se que se salvam alguns e perdem-se outros, a depender de condições socioeconômicas. Isso é inaceitável. Os indivíduos que compõem um povo estão vinculados uns aos outros. Não há cura individual, ela deve ser imprescindivelmente coletiva.



REFERÊNCIAS

1. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. Revista Direito GV, São Paulo, v. 15, p. 59 - 86, Jan-Jun 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 25 mar. 2021.
2. BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: BARROSO, L. R. (Org.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 49-118.
3. BARROSO, Luis Roberto (org.). Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, in: Revista de Direito do Estado, nº 3 (jul.-set./2006), p. 01-50. A Nova Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
4. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de julho de 2020.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 668/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 14 jul. 2020.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 14 jul. 2020.



7. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.
8. CABRAL, Cristiane Helena de Paula Lima; RIBEIRO, Mayra Thais de Andrade. A dignidade humana frente às medidas sanitárias restritivas da OMS e dos Estados em tempos de pandemia. Cadernos Eletrônicos Direito Internacional Sem Fronteiras, [s. l.], v. 2, ed. 1, p. 1 - 22, Jan-Jun 2020. DOI <https://doi.org/10.5281/zenodo.3958306>. Disponível em: <https://www.cadernoseletronicosdisf.com.br/cedisf/article/view/60>. Acesso em: 25 mar. 2021.
9. CASTRO, Aldo Aranha de; GUILHERME, Karine de Oliveira. A atuação do poder judiciário no enfrentamento ao Sars-Cov-2: A (I)rresponsabilidade do Estado e o paralelo entre as medidas das autoridades brasileiras e italianas no combate à pandemia. Revista Pensamento Jurídico: Edição Especial Covid-19, São Paulo, v. 14, ed. 2, p. 1 – 24, 2020. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/206>. Acesso em: 25 mar. 2021.
10. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 108, abr./jun. 1998.
11. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 20ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. 314 p. ISBN 9788502066199.
12. GARGARELLA, Roberto; ROA, Jorge. Diálogo democrático y emergencia en América Latina (Democratic Dialogue and Emergency in Latin America) 2020.
13. GUERRA, Sidney Cesar Silva; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DELORENZI, Jan Carlo Morais O. Bertassoni. A catástrofe global a partir da pandemia do coronavírus: Algumas reflexões com base no direito internacional. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 14, ed. 2, p. 1-18,



2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n213887>. Acesso em: 25 mar. 2021.

14. MARQUES, Eduardo. As Políticas Públicas na Ciência Política. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). A Política Pública como Campo Multidisciplinar. São Paulo, Rio de Janeiro: Editora Unesp, Editora Fiocruz, 2013. p. 24.
15. SOUZA, Celina. Políticas Públicas: Conceitos, Tipologias e Sub-Áreas. Trabalho elaborado para a Fundação Luís Eduardo Magalhães. São Paulo (2002), p. 1 – 29. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/3843/material/001-%20A-%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf> Acesso em 25 de março de 2021.
16. Supremo Tribunal Federal. ADPF 669MC/DF. Ministro Relator: Roberto Barroso (31 de março de 2020).
17. World Health Organization Dashboard – Sítio da Organização Mundial de Saúde, 2020. Disponível em <<https://covid19.who.int/>>. Acesso em 20 de agosto de 2021.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XIV, número 2, dezembro de 2021 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>