



O PRAGMATISMO JURÍDICO, O DIREITO À SAÚDE E A MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº. 6.341/DF

LEGAL PRAGMATISM, THE RIGHT TO HEALTH AND THE PRECAUTIONARY MEASURE IN ADI NO. 6.341/DF

Elenita Araújo e Silva Neta¹

Adrualdo de Lima Catão²

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar a decisão proferida na Medida Cautelar na ADI nº. 6.341/DF no que diz respeito ao consequencialismo pragmatista. Logo, a problemática que circunda tal objetivo é: quais foram as principais consequências jurídicas advindas do julgamento da referida medida cautelar no Brasil? Logo, foi empregado na pesquisa um método pragmatista e dedutivo, analisando-se o citado julgamento de acordo com a ótica pragmatista, com a intenção de identificar suas consequências. Sobre o método dedutivo, também se partiu de uma observação geral do direito à saúde para se chegar à compreensão do que foi a Medida Cautelar.

PALAVRAS-CHAVE: pragmatismo jurídico; coronavírus; saúde; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the decision rendered in the Precautionary Measure in ADI No. 6.341/DF with regard to pragmatist consequentialism. Therefore, the problem that surrounds this objective is: what were the main legal consequences arising from the judgment of this precautionary measure in Brazil? Therefore, a pragmatist and deductive method was employed in the research, analyzing the aforementioned judgment according to the pragmatist perspective, with the intention of identifying its consequences. Regarding the deductive method, we also started from a general observation of the right to health to arrive at the understanding of what the Precautionary Measure was.

KEYWORDS: legal pragmatism; coronavirus; health; Supreme Court.

¹ Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduanda em Direito e Prática Previdenciária pelo Centro Educacional Renato Saraiva (CERS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). E-mail: elenita.advocatus@gmail.com.

² Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas e professor titular do Centro Universitário CESMAC. Atualmente, exerce o cargo de Secretário Nacional de Trânsito (SENATRAN). E-mail: adrualdocatao@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O julgamento da medida cautelar na ADI nº. 6.341/DF, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2020 e durante a pandemia do coronavírus, acabou por definir, expressamente, que é competência concorrente e comum dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) legislar e prestar os serviços relacionados à saúde coletiva, conforme o mandamento constitucional previsto no Art. 23, Inciso II; no Art.24, Inciso XII e no Art. 30, Inciso VII; todos da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a análise da presente decisão da Suprema Corte se mostra bastante atual para a contemporaneidade, tendo em vista que ainda vivemos, em solo brasileiro, com a pandemia do coronavírus, bem como acabou por expressar, ainda mais – e principalmente para os Poderes da República-, que a competência para legislar e prestar serviços relacionados à saúde é de competência comum e concorrente de todos os entes federativos, não podendo haver o excesso de poder nestas competências bem definidas pela Carta Magna de 1988.

Para analisar a referida decisão, esse trabalho adotará como marco teórico o pragmatismo jurídico, corrente jusfilosófica que possui como um dos seus principais expoentes Oliver Holmes Jr. e inspiração filosófica em John Dewey, William James e Charles Sanders Peirce. O cerne do pensamento pragmatista encontra-se na defesa de que, analisando os problemas cotidianos – ou seja, do cenário concreto – e suas consequências práticas, podemos encontrar explicações mais plausíveis sobre as questões filosóficas.

No âmbito do direito, o pragmatismo se propõe uma prática judicial e uma abordagem sobre o direito num sentido epistemológico. Holmes Jr. defende que estudemos o direito como experiência e não lógica. Por isso, devemos evitar os moralismos e focar nossa análise nas consequências reais. Isso implica a valorização do direito judiciário, sendo aquele que, em última instância, define as consequências práticas de uma determinada ação, se ela é legal ou ilegal.

No que diz respeito às competências federativas para a área de saúde, o objetivo aqui então é, seguindo a premissa de Holmes Jr., analisar a decisão do STF que - no momento de grave crise - precisou se manifestar e, portanto, definir o âmbito das competências concorrentes dos entes federativos na gestão da pandemia. Decisão que envolveu grave controvérsia e conflitos entre ente federativos, especialmente a União e os Estados. Neste contexto, entra em vigor a Lei nº. 13.979/20, responsável por definir as diretrizes para o combate da COVID-19.

Depois, o Presidente da República editou o Decreto nº. 10.282/20 e a Medida Provisória de nº. 926/20, alterando a referida Lei nº. 13.979/20. Nesta seara, o representante do

Poder Executivo Federal definiu, mediante este decreto, os serviços tidos como essenciais e necessários durante a pandemia do coronavírus, bem como, através da medida provisória citada, tentou criar prerrogativas para a União – quase privilégios – para decidir como seria combatida a pandemia. Diante deste cenário, é proposta a medida cautelar na ADI nº. 6.341/DF, como forma de declarar estes atos do Presidente da República como inconstitucionais.

Assim sendo, o objetivo deste trabalho é analisar o julgamento da referida medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, e suas consequências jurídicas sobre o tema do direito à saúde e a competência dos entes federativos para legislar e prestar os serviços públicos e ações de controle da pandemia.

2 O PRAGMATISMO JURÍDICO: ENTRE A DECISÃO DO MAGISTRADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

O pragmatismo jurídico é também um tipo de consequencialismo. Isso significa que o direito, por ser uma experiência histórica, precisa ser estudado não com base em dogmas ou princípios apriorísticos, mas com base na prática judiciária. Isso significa a concepção do pensamento pragmatista atrelado à análise das decisões judiciais como forma de entender a dinâmica das consequências práticas da ação humana. (DEWEY, 1959, p. 324-325).

Por outro lado, o pragmatismo interpretado à luz de uma corrente normativa, acaba trazendo como figura de destaque o magistrado e o seu poder de filtrar e decidir as decisões, de acordo com o histórico destas, como maneira de manter o equilíbrio e as consequências práticas para o futuro da nação (LEAL, 2021, p.08).

Ainda nesse sentido:

O juiz pragmatista vai além da interpretação da norma jurídica, investigando as consequências de possíveis decisões alternativas, inspirado, inclusive, em fontes da ética e da política. Existe uma preocupação na decisão judicial em intervir na realidade, criando verdadeiras políticas públicas, tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, buscando consistência com o direito vigente para atingir a melhor decisão. (AGUIAR, 2021, p. 324).

Contudo, como nosso enfoque, neste momento, é de um pragmatismo como método, voltado à análise da decisão judicial resultante da medida cautelar na ADI nº. 6.341/DF, adotaremos uma visão pragmática descritiva. Analisar as decisões, nesse ponto de vista, acabaria trazendo maior segurança jurídica, representada pela “visão do futuro” de como deveríamos decidir sobre as questões problemáticas que passam a surgir, uma vez que “o

‘princípio’ do pragmatismo jurídico incide no final do iter interpretativo para destacar ou reformar as possibilidades interpretativas tradicionais [...]” (OLIVEIRA, 2021, p.139).

Em Holmes Jr., essa visão está bem representada na metáfora do jurista como um “profeta”. A preocupação central do pragmatismo de Holmes Jr., como vimos, é sobre o que os tribunais fazem e como o fazem. Como os juízes realmente decidem e fundamentam suas decisões em casos específicos? (HART, 1983, p.123).

No seu conhecido “paper”, *The path of the law*, Holmes define o direito como um conjunto de profecias sobre o que os tribunais e juízes farão em cada caso concreto, e o papel dos juristas é tornar essas profecias mais corretas e precisas (HOLMES JR., 2010, p.168-173)³.

A expressão “realismo jurídico”, aplicada a Holmes Jr., indica essa visão segundo a qual o direito não deve ser visto como algo abstrato. Em outras palavras, a realidade do direito está não em textos abstratos, mas na história das decisões judiciais. Isso explica a similaridade entre as expressões “realismo jurídico” e “pragmatismo jurídico”. Existe uma relação clara entre o pragmatismo e uma visão histórica e experimentalista ligada ao método científico. O pragmatismo defende a necessidade de submeter nossas crenças intelectuais ao teste de experiência, considerando todas as consequências práticas que podem ocorrer (REGO, 2003, p.238-241).

Eis assim que a atividade do jurista não é desvinculada na análise da história das decisões. Estudar direito, portanto, é fazer profecias olhando a história:

As normas e os princípios de Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios do Direito que são os tribunais de justiça. (CARDOSO, 2004, p.12).

Assim, “para o pragmatismo jurídico, o Direito é um fenômeno histórico e linguístico, devendo sua compreensão levar em conta as questões de fato, ou seja, interpretação mediante ocorrências empíricas” (AGUIAR, 2021, p.323).

Portanto, é perceptível que o pragmatismo jurídico – principalmente o descritivo – prima pela análise das decisões judiciais (e cotidianas), bem como os seus efeitos práticos.

Outro ponto que é importante de se mencionar é a preocupação do pragmatismo jurídico de Holmes Jr. sobre as consequências jurídicas que podem ser originadas da decisão judicial. Para o próprio Holmes Jr, o magistrado – antes de decidir – precisa identificar quais

³ “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”. [...] “*These are what properly have been called the oracles of the law. Far the most important and pretty nearly the whole meaning of every new effort of legal thought is to make these prophecies more precise, and to generalize them into a thoroughly connected system*”.

são as possíveis consequências jurídicas e práticas capazes de serem geradas pela sua decisão judicial. No mesmo sentido – e após fazer essa análise – o juiz precisa escolher a decisão que venha efetivar melhor o direito para que, assim, depois venha a aplicá-la (com base nas consequências jurídicas, claro) (HOLMES JR., 2009, p.08).

Com isso, Holmes Jr. aponta a importância de observar qual dos “caminhos” que o magistrado pode tomar para decidir certo litígio, porém este “caminho” (decisão) precisa ser aquele que venha a efetivar ou proteger melhor o direito posto em xeque. Além do mencionado, Holmes Jr. também afirma que a aplicação do direito não deve ser baseada apenas no que a lei determina ou não (HOLMES JR., 2009, p.03). O direito seria muito mais além do que está tipificadamente previsto (como o juspositivismo defende) na legislação, já que a ciência jurídica não é algo estático, mas dinâmico; e se interliga com outras esferas do saber humano, como a sociologia e a filosofia, sendo papel do magistrado aplicá-lo com base no olhar social, no olhar da realidade e das possíveis consequências que irão ser originadas pela sua decisão (HOLMES JR., 2009, p.18).

Trazendo tais preceitos para o caso que é o objeto empírico do presente trabalho, isto é, a ADI nº. 6.341/DF; adotamos uma visão pragmatista de Oliver Holmes Jr., para identificar as consequências jurídicas advindas de tal ADI na realidade brasileira, tendo em vista que através do método pragmatista é possível atingir – de forma científica – tal objetivo proposto, pois:

A ciência do Direito é eminentemente pragmática e orientada a decisões práticas [...], o que torna imprescindível que ela mantenha sempre estreito contato com a realidade social. Na visão pragmática, há uma ligação direta entre o conhecimento científico e o seu fim: não é decisiva a dedução correta a partir de fundamentos seguros, mas a comprovação da utilidade na prática (KRELL, 2014, p.297).

Porém, para que haja a correta identificação das consequências da ADI nº. 6.341/DF, também é necessário o estudo dos principais apontamentos sobre o direito à saúde e sua regulamentação pelo Brasil, inclusive através da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a citada ADI correspondeu a um verdadeiro marco no tratamento do direito à saúde e o enfrentamento da COVID-19 em solo tupiniquim (trazendo efeitos até o presente cenário brasileiro, seja social, seja político ou jurídico).

Dessa forma, superado o entendimento do papel do método pragmatista no presente artigo, passaremos para a análise crucial do direito à saúde, agora.

3 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N°. 926/20 COMO UMA TENTATIVA DE “MONOPOLIZAR” A REGULAMENTAÇÃO DO REFERIDO DIREITO EM PROL DO GOVERNO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, além de se preocupar em prever o direito substancial em seu texto legal, também procurou regulamentar a competência dos entes federados em legislar sobre estes direitos sociais, como a saúde (CARNUT; FERRAZ, 2021, p.05-06).

Contudo, primeiramente é fundamental a compreensão do que constituem, conceitualmente, os direitos sociais. Assim, tais direitos podem ser compreendidos - para Roberto Barroso – como aqueles em que se exige do Estado uma prestação positiva, com o intuito de garantir uma vida digna para todos e promover a justiça social (BARROSO, 2019, p.497).

Além dessa concepção, Paulo Bonavides aponta que os direitos sociais podem ser constitucionalizados de várias formas, porém acabam por representar uma reflexão antiliberal do século XX (BONAVIDES, 2019, p.578).

Portanto, é possível perceber que os direitos sociais incluem os direitos de segunda geração/dimensão - ou seja - aqueles baseados no princípio da igualdade (diferentemente dos direitos de primeira geração, que tinham como plano de fundo o princípio da liberdade), procuraram defender a igualdade entre os indivíduos, principalmente exigindo mais intervenção do Estado - como políticas públicas, defesa de direitos - para efetivá-los.

Gravemente afetado e questionado no ano de 2020, o direito social à saúde passou a ser o principal foco de discussões sobre qual ente federativo teria a competência definida para legislar sobre o citado direito social, principalmente, em solo brasileiro.

Logo, esses questionamentos ganharam força graças à pandemia do COVID-19 que afetou, de forma intensa, todo o mundo – inclusive o Brasil.

Sobre esse contexto:

A Pandemia do Novo Coronavírus assim decretada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e classificada como Emergência de Saúde Pública II, a de mais alto nível de gravidade, tem desafiado nações e estadistas a tomarem medidas em tempo oportuno para o controle do número de casos, impondo aos sistemas de saúde um desempenho frenético, sobretudo de ajustamentos às necessidades urgentes para o combate desse surto. No Brasil, a disseminação tem crescido segundo os Boletins do Ministério da Saúde definindo a necessidade imediata de capilarização das informações e ações para as comunidades, medidas essas de controle dos casos de Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG). Este cenário pandêmico aponta que, além dos hospitais e Unidades de Pronto Atendimento, as UBSs e suas equipes de profissionais respondem ao primeiro contato do paciente com o serviço de saúde, sendo fundamental para a contenção da disseminação do vírus. (BARBOSA; SILVA, 2020, p.18)

Com isso, a própria Constituição Federal de 1988 prevê em seu Art.196, *caput*, o conceito de direito à saúde, como sendo um direito de todos e dever do Estado.

Nesse mesmo cenário, a referida Constituição também tipifica o direito à saúde – por exemplo - através da garantia de um salário mínimo ao trabalhador, como forma de atender suas necessidades básicas (Art.7º, Inciso IV), bem como a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meios de normas de saúde, higiene e de segurança (Art.7º, Inciso XXII).

Dessa forma, é evidente a preocupação da Constituição Federal de 1988 em prever o direito à saúde como algo elementar e fundamental para uma existência mínima de cada indivíduo. Ainda segundo a Resolução nº. 01/20214 , editada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA):

Os Estados devem levar em conta o agravamento das doenças vinculadas à pobreza e o impacto dos determinantes sociais da saúde. Devem evitar retrocessos nas campanhas de saúde pública, tais como a vacinação em geral de crianças, os cuidados da gravidez, a saúde sexual e reprodutiva e a prevenção do câncer, entre outras. Igualmente, devem ter presente a necessidade de continuar com as medidas de prevenção não farmacológicas, realizando campanhas públicas orientadas a melhorar os hábitos de vida saudável e fortalecimento do sistema imunológico das pessoas (OEA, 2021, p.06).

Importante ressaltar que outra previsão importante é a existência de um Sistema Único de Saúde (SUS) para atender a toda população brasileira – inclusive estrangeiros que estejam temporariamente no Brasil. Assim, é possível perceber que o legislador brasileiro acabou idealizando um sistema de saúde com as características de universalidade, de gratuidade e de humanidade; consoante o Art.198 da referida Carta Magna.

Logo, “a Declaração Universal dos Direitos Humanos, emitida em 1948 pelos Estados Membros da Organização das Nações Unidas (ONU), no período pós-Segunda Guerra Mundial, reconhece a saúde como direito humano fundamental em seu artigo 25” (CARDOSO; DE ALMEIDA; OLIVEIRA; CÂNDIDO, 2021, p.102), o que reafirmou - ainda mais - a sua concepção de direito social de segunda dimensão.

É importante frisar que o referido direito à saúde, por está previsto expressamente na Constituição, acaba adquirindo um “status” de direito constitucional, em que toda hermenêutica do direito deve tê-lo como parâmetro, tendo em vista que:

Não há como negar que os problemas que envolvem o direito à saúde pública demandem seu tratamento de forma peculiar. Qualquer abordagem é sempre delicada ante a feição trágica que muitas vezes caracteriza o litígio individual em face do Estado. A invocação do direito à vida, associado ao direito à saúde pública, é rotineiramente posta com conotação urgente, e o risco de morte ou lesão é um argumento muito sensível em favor daquele que demanda uma providência do poder público. (SPINA; MAGAJEWSKI, 2021, p.03).

Porém, mesmo sendo um direito constitucional e expresso, sua regularização acabou se dando com a edição de uma lei ordinária (Lei nº. 8.080/90), em que buscou delimitar a promoção, a proteção e recuperação da saúde, bem como o seu funcionamento e organização no território brasileiro. Inclusive, a citada legislação também foi a responsável por definir as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil.

Logo, foi através do advento da Lei nº. 8.080/90 que o direito à saúde em território brasileiro passou a ter efetividade, tanto em relação à sua prestação, quanto à sua garantia para todos os indivíduos em solo brasileiro.

Assim, a própria Lei nº. 8.080/90, em seu Art.2º, *caput*; define que a saúde é um direito fundamental de qualquer ser humano e é dever do Estado a sua efetiva prestação. Dessa maneira, fica ainda mais evidente que o direito à saúde requer um comportamento positivo do ente estatal, isto é, incumbe ao Poder Público a sua prestação, como maneira de garantir o denominado bem-estar social (*Social Welfare*) (SANTOS, 2021, p.05).

Na busca pela efetividade de sua prestação, a referida legislação acaba prevendo – também - o Sistema Único de Saúde, como forma de implementar políticas públicas voltadas à saúde de maneira integrada e voltada ao atendimento de todos (inclusive os estrangeiros que estão de passagem pelo Brasil) (BOUSQUAT; AKERMAN; MENDES; LOUVISON; FRAZÃO; NARVAI, 2021, p.20-21).

Contudo, mesmo articulando e prevendo mecanismos de proteção ao direito à saúde, no ano de 2019, o Brasil se viu diante de uma grave pandemia: a COVID-19 e que desafiou, em todos os sentidos, o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário; para tomarem medidas capazes de conter a citada pandemia.

Dessa maneira, a ocorrência da pandemia, a quantidade de óbitos crescendo progressivamente a cada dia, o medo generalizado pela perda do emprego e a falta de vacina ou medicamentos que regredissem a doença rapidamente, acabaram por determinar que o governo brasileiro – bem como os demais governos do globo – passasse a adotar medidas de contenção do novo coronavírus.

Foi com o Poder Legislativo, através desse cenário, que se promulgou a Lei nº. 13.979/20, com a principal finalidade de regular e conter a pandemia do COVID-19 que se alastrava, dia a dia, no território brasileiro. Importante ressaltar que os demais Poderes – Judiciário e Executivo – também foram chamados à atuação em conjunto para o enfrentamento da referida pandemia.

Assim, logo em seu preâmbulo, a Lei nº. 13.979/20 determina que o objetivo de sua promulgação seria dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública do coronavírus, em um contexto de cooperação internacional. Interessante mencionar que em seu Art.1º, §1º; a citada Lei acaba declarando, expressamente, que as medidas adotadas contra a pandemia da COVID-19 tem como finalidade a proteção da coletividade.

Essa observação é interessante, tendo em vista que é possível perceber que, se for preciso, certos direitos individuais pertencentes ao ser humano poderão ser limitados pelo Estado, como maneira de preservação e proteção da coletividade durante o enfrentamento da pandemia.

Ainda sobre a confecção da Lei nº. 13.979/20:

Elaborada em menos de uma semana, com dois dias de tramitação entre as duas casas do Congresso Nacional, a Lei n. 13.979/2020 resultou de estreita coordenação entre o Poder Executivo e as lideranças do Poder Legislativo. [...] O correspondente Projeto de Lei (PL) n. 23/2020, de iniciativa do governo federal, não foi submetido ao debate democrático, exceto durante escassas horas de discussão no plenário da Câmara dos Deputados, premidas pela tramitação do texto em regime de urgência²⁰, solicitado pela própria casa legislativa. [...] Embora à época o Brasil não tivesse casos confirmados de coronavírus e contasse um reduzido número de casos suspeitos, a urgência na tramitação da lei foi uma condição imposta pelo Poder Executivo para repatriar os brasileiros que se encontravam em Wuhan, China, então o epicentro da ESPII. De início, o líder de extrema direita Jair Bolsonaro, Presidente da República, havia afastado a possibilidade de repatriação por dois motivos: o elevado custo financeiro da operação, considerando as condições especiais de traslado de potenciais pacientes; e a suposta ausência de legislação aplicável ao caso, que ensejaria o risco de suspensão de medidas restritivas de direitos por meio de ações judiciais. (VENTURA; AITH; RACHED, 2021, p.08).

Caminhando para o seu Art.3º, a Lei nº. 13.979/20 acaba enumerando, de forma exemplificativa, as medidas que podem ser adotadas pelos entes federativos para o combate à pandemia da COVID-19, sendo elas: o isolamento, a quarentena, a determinação compulsória de realização de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação, medidas profiláticas, tratamentos médicos específicos, estudo ou investigação epidemiológica, cremação, exumação, restrição de entrada e saída do país, bem como a restrição de importação de produtos e a requisição de bens e serviços, com posterior indenização.

Tais medidas, de sua leitura, acabam demonstrando a preocupação que o Poder Legislativo do Brasil tinha em determinar que medidas – e de forma cooperativa entre os entes federativos – poderiam ser adotadas para evitar a contaminação (ainda mais) do coronavírus.

Apesar disso, a necessidade dessa cooperação se torna ainda mais clara através da leitura do Art. 23, Inciso II; Art.24, Inciso XII e do Art. 30, Inciso VII; todos da Constituição Federal de 1988, onde se determina que é competência comum e concorrente dos entes federativos a prestação dos serviços de saúde e a sua regulamentação. Dessa forma, é cristalino

o comando normativo da Carta Magna de 1988, isto é, deve-se haver uma cooperação entre estes entes quando o assunto se tratar de saúde pública (FREIRE; CUNHA; XIMENES NETO; MACHADO; MINAYO, 2021, p.02).

Diante disso, a Medida Provisória (MP) de nº. 926/20, editada pelo então Presidente da República, Jair Bolsonaro, acabou pondo em xeque esse contexto constitucional, uma vez que determinou que o “monopólio” de competência para legislar e prestar os serviços de saúde deveria incumbrir, unicamente, ao governo federal.

Vislumbra-se, diante da referida edição, a tentativa de retirar o poder comum conferido aos demais entes federativos em regulamentar o citado direito. Diante da notável inconstitucionalidade da medida provisória – levando em consideração que na época da pandemia do COVID-19, os entes federativos estavam realizando um esforço conjunto para o seu enfrentamento no Brasil – foi apresentada a medida cautelar na ADI nº. 6.341/DF, perante o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de declarar como inconstitucional a disposição legal confeccionada pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro.

Durante o seu julgamento, os ministros do STF precisaram avaliar e determinar se a disposição do direito à saúde deveria prevalecer como algo exclusivo da União ou, realmente, competiria a todos os entes federativos procurar a sua proteção integral. Além disso, os ministros também precisaram levar em consideração as possíveis consequências que seriam originadas pela declaração da inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade da medida provisória, principalmente por que o Brasil estava enfrentando a pandemia no contexto do julgamento pela Suprema Corte.

Evidencia-se, dessa maneira, o pragmatismo jurídico no citado julgamento, já que os ministros do Supremo – ao decidirem – precisaram levar em consideração as possíveis consequências advindas do julgamento da medida cautelar na ADI nº. 6.341/DF, bem como a realidade social em que todos estavam inseridos, ou seja, a COVID-19.

Diante disso, serão enfrentados os principais pontos do julgamento da ADI, com a intenção de identificar suas consequências jurídicas, ao final; através do método pragmatista de Holmes Jr. (já explicitado anteriormente, inclusive).

4 O JULGAMENTO DA ADI Nº. 6.341 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: QUAIS FORAM AS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS ADVINDAS DA REFERIDA MEDIDA CAUTELAR NO BRASIL?

Durante o julgamento da referida medida cautelar na ADI de nº. 6.341/DF, o Supremo Tribunal Federal se deparou com duas questões primordiais para julgar. Dentre elas, se a MP nº. 926/20 - editada pelo Presidente da República Jair Bolsonaro - seria constitucional (ou não) e se o Decreto nº. 10.282/20 seria inconstitucional (tendo sido originado diretamente pela respectiva medida provisória).

Lembrando que o julgamento realizado pelo STF foi feito durante o período da pandemia do COVID-19 em solo brasileiro, o que influenciou – direta e indiretamente – no julgamento da respectiva ADI, bem como as exigências internacionais para a adoção de medidas pelos Estados ao combate da pandemia.

Primeiramente - sobre a citada medida provisória (926/20) – o Partido Democrático Trabalhista (PDT), ora polo ativo da demanda, acabou suscitando na ADI que a medida provisória feita pelo Presidente da República à época não poderia ter sido editada, uma vez que o Art.23, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 determina que as providências sobre a política sanitária do país e os legitimados para aplicá-las deveriam ser determinados através de lei complementar (e não de medida provisória, como tinha sido feito pelo Presidente Jair Bolsonaro) (BRASIL, 2020, p.16).

Isso significa que pelo direito à saúde ser de competência comum aos entes federativos brasileiros, caso haja a necessidade de fixação de normas para regulamentar o exercício ao referido direito, este deveria ser feito pela lei complementar (BRASIL, 2020, p.07).

Dessa forma, lei complementar não é medida provisória. Com isso, o PDT acabou defendendo o ponto de vista jurídico de que a MP nº. 926/20 deveria ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que fere gravemente o preceito constitucional contido no Art.23, parágrafo único da citada Constituição (BRASIL, 2020, p. 16).

Inclusive, o Partido também alegou a prática de abuso de poder, por parte do Presidente da República, na modalidade omissão, já que o mesmo deveria ter regulamentado as providências e os legitimados para propor as políticas sanitárias através de lei complementar.

No mesmo sentido, a ADI também sustentou que o Decreto nº. 10.282/20 – editado por Jair Bolsonaro – deveria ser considerado inconstitucional por arrastamento, levando em

consideração que a sua existência só havia sido possível por causa da promulgação da MP nº. 926/20, já que em seu Art.3º, §9º, a mesma disciplina que o Presidente da República poderia dispor sobre os serviços públicos e as atividades essenciais – durante o enfrentamento da pandemia do COVID-19 – mediante decreto (BRASIL, 2020, p.15).

Assim, tais pontos foram os alegados na ADI e precisaram ser enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, o qual também apreciou a questão se a competência para legislar sobre o direito à saúde seria concorrente para os entes federativos, bem como se a sua prestação seria comum pelos mesmos, em relação aos serviços, pois:

O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde (BRASIL, 2020, p.02).

Logo, em relação à medida provisória (926/20), o STF proferiu o entendimento no sentido de que apesar do Art.23, parágrafo único da citada Constituição exigir a edição de lei complementar para tratar o enfrentamento comum de implicações sobre o direito à saúde, a medida provisória confeccionada pelo Presidente da República não poderia ser considerada materialmente inconstitucional, mas apenas nos seus moldes formais.

O que o Supremo quis dizer é que realmente a legislação constitucional determina que as disposições comuns sobre o direito à saúde devem ser regulamentadas pela lei complementar, porém a pandemia da COVID-19 acabou trazendo – em solo brasileiro – uma urgência e necessidade de enfrentamento efetivo por parte dos entes federativos, em especial a União. Diante disso, a edição da medida provisória foi feita de acordo com as exigências do cenário (urgência e necessidade), bem como tentou alinhar o Brasil às demandas internacionais de combate à pandemia, através de políticas sanitárias (BRASIL, 2020, p.09).

Com tal entendimento, o STF prelecionou que a medida provisória deveria ser reconhecida como materialmente constitucional, mas formalmente inconstitucional, já que o Presidente da República não proferiu lei complementar para a regulamentação do direito à saúde. Além disso, o Supremo também determinou que o Decreto nº. 10.282/20 – editado graças a medida provisória citada – não deveria ser considerado inconstitucional, tendo em vista o conteúdo material da medida e sua especificidade no enfrentamento da COVID-19, pois permitiu o tratamento dos serviços públicos e atividades essenciais na pandemia (BRASIL, 2020, p.10).

Após as declarações de constitucionalidade material da medida provisória (e do decreto), bem como da inconstitucionalidade formal da MP, o STF também procurou consolidar o entendimento sobre a tipificação e a prestação de serviços ligados à saúde no território tupiniquim, devido ao contexto da pandemia.

Durante o julgamento da ADI, o Supremo reconheceu que a competência para legislar e prestar os serviços ligados à saúde deveria ser concorrente e comum aos entes federativos, em um quase contexto de “união” de forças destes para o enfrentamento da COVID-19. Ainda em relação a isso, o STF ressaltou que o Brasil estava procurando se alinhar às exigências internacionais quanto ao enfrentamento da pandemia, tendo em vista o seu caráter de urgência e necessidade (sendo os fundamentos, inclusive, da edição da MP pelo Presidente); logo:

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos (BRASIL, 2020, p.09).

Portanto, a solução de conflitos sobre o exercício da competência dos entes federativos para tratar sobre o direito à saúde é comum entre os entes federativos, buscando efetivar a melhor realização de tal direito (BRASIL, 2020, p.03).

Diante do referido julgamento, torna-se possível identificar duas consequências jurídicas neste cenário, sendo elas: (i) a competência comum e concorrente dos entes federativos, tanto para prestar os serviços relacionados ao direito à saúde, bem como a forma como ele será regulamentado; e (ii) a proteção ao citado direito pode ser flexibilizada para assegurar a sua efetividade no Brasil.

Sobre a primeira consequência identificada, esta se traduz na afirmação de que os entes federativos – de maneira cooperativista – possuem poder de tipificar as disposições relacionadas ao direito à saúde de forma conjunta, além de também possuírem o condão de prestar os serviços relacionados do direito estudado, de forma concomitante. Tal consequência jurídica, assim como prelecionou o STF, demonstra o reconhecimento – por parte da Suprema Corte – de que o combate à pandemia da COVID-19 se deu de forma conjunta dos citados entes, inclusive no tocante ao atendimento das exigências internacionais para o país (BRASIL, 2020, p.02).

Isso foi facilmente visto, por exemplo, na determinação dos estados membros em definir horas para recolhimento noturno durante a pandemia, bem como a definição dos utensílios (máscaras, óculos, luvas) que deveriam ser usados em cada local público. Os Municípios também acabaram enfrentando a pandemia através da interdição de lugares que poderiam causar grande conglomerado de pessoas, como praias; e realizassem a propagação do

coronavírus. Além de que a União também acabou cuidando da importação das vacinas e definição dos grupos de riscos que poderiam receberê-la com prioridade. Nesse sentido, “o Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios” (BRASIL, 2020, p.02).

Demonstra-se, dessa maneira, a visão de cooperação – dita pelo STF – como uma consequência jurídica direta da ADI, pois acabou influenciado o modo como os entes federativos acabariam tratando a COVID-19 no Brasil, principalmente no âmbito doméstico do Estado.

Agora, sobre a segunda consequência identificada - a proteção do direito à saúde pode ser flexibilizada para assegurar a sua efetividade no Brasil -, esta se relacionou com a flexibilização concedida pelo Supremo Tribunal Federal para a medida provisória editada por Jair Bolsonaro e que tentou instituir uma centralidade nas mãos da União para decidir as diretrizes de enfrentamento da pandemia em solo tupiniquim (BRASIL, 2020, p.02).

A flexibilização foi possível de ser identificada no reconhecimento apenas formal do instrumento, uma vez que – segundo o próprio STF – a materialidade da MP tinha total pertinência com a matéria de direito à saúde que estava sendo tipificada à época. Tal consequência jurídica também levou ao não reconhecimento – através da inconstitucionalidade por arrastamento – do Decreto de nº. 10.282/20, promulgado (também) pelo Presidente Jair Bolsonaro (BRASIL, 2020, p.10).

Logo, quando houve a existência da necessidade de combate a pandemias no Brasil, no nível da COVID-19, seria totalmente cabível a flexibilização da regulamentação – quanto à forma – dos instrumentos utilizados pelo Presidente da República para tratar do enfrentamento da crise sanitária e a proteção da efetividade do direito à saúde.

5 CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, tornou-se possível compreender que o pragmatismo jurídico (de Oliver Holmes Jr.) pode ser utilizado como método de identificação das consequências jurídicas originadas das decisões dos magistrados. Conforme ensinou Holmes Jr., os magistrados deveriam não apenas se atentar à lei para aplicar o direito, mas também outros fatores externos, como a realidade social, por exemplo. Porém, a melhor forma de entender o direito seria a observância das consequências jurídicas e a efetivação dos direitos postos em xeque nos litígios e decididos pelos juízes através de suas decisões.

Além disso, também foi possível concluir que o direito à saúde – em solo brasileiro – ganhou especial proteção com a Constituição Federal de 1988 e, no mesmo sentido, com a criação de mecanismos capazes de assegurar tal direito, como o próprio SUS. Assim, apesar da pandemia da COVID-19 ter se alastrado no Brasil em 2020, o referido país procurou combater a sua propagação progressiva, através da edição da Lei nº. 13.979/20, a qual estabeleceu diretrizes para o combate do coronavírus.

O problema - como explicitado - é que o Presidente Jair Bolsonaro também editou a MP 926/2020, bem como o Decreto nº. 10.282/20; que tentaram “monopolizar” o tratamento da pandemia nas mãos da União. Contudo, diante desse cenário, foi ajuizada a medida cautelar na ADI de nº. 6.341/DF pelo PDT, onde o mesmo pleiteou a declaração da inconstitucionalidade de ambos, sendo o último por arrastamento.

Logo, o Supremo Tribunal Federal precisou decidir se a medida provisória – editada por Bolsonaro – poderia regulamentar o direito à saúde (ou não). Após reconhecer apenas a inconstitucionalidade formal da medida (sem atingir o Decreto) e utilizando-se do método pragmatista mencionado, foi possível a identificação de duas consequências jurídicas originadas do julgamento pela Suprema Corte, sendo elas: (i) a competência comum e concorrente dos entes federativos, tanto para prestar os serviços relacionados ao direito à saúde, bem como a forma como ele será regulamentado; e (ii) a proteção ao citado direito pode ser flexibilizada para assegurar a sua efetividade no Brasil.

Assim sendo, o julgamento da medida cautelar na citada ADI acabou trazendo consequências jurídicas, sendo – essencialmente – uma decisão pragmática, pois o Supremo buscou efetivar o direito à saúde dentro do contexto de enfrentamento da pandemia da COVID-19 pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tiago Antunes de. Pragmatismo jurídico e apreciação das demandas judiciais em medicamentos: a utilização de uma liminar de custo-efetividade na saúde pública. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 48, n.150, jun. 2021. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1193>. Acesso em: 10 maio 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARBOSA, Simone de Pinho; SILVA, Ana Valesca Gilson. A prática da atenção primária à saúde no combate da Covid-19. **APS em Revista**, vol. 2, n. 1, jan/abril, 2020. Disponível em: <https://apsemrevista.org/aps/article/view/62>. Acesso em: 02 maio 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOUSQUAT, Aylene; AKERMAN, Marco; MENDES, Àquinas, LOUVISON, Marília; FRAZÃO, Paulo; NARVAI, Paulo Capel. Pandemia de covid-19: o SUS mais necessário do que nunca. **Revista USP**, São Paulo, n. 28, jan./mar., 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/185393>. Acesso em: 01 maio 2022.

CARDOSO, Danielly Santos dos Anjos; DE ALMEIDA, Lenira Maria Wanderley Santos; OLIVEIRA, Keila Cristina Pereira do Nascimento; CÂNDIDO, Bruna Kívia da Silva. O direito à saúde, a universalidade e a proteção dos trabalhadores: desafios do SUS na pandemia. **Revista Humanidades e Inovação**, v.8, n. 35, 2021. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/5366>. Acesso em: 29 mar. 2022.

CARDOSO, Bejamin Natan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNUT, Leonardo; FERRAZ, Camila Biancchi. Necessidade em (de) saúde: conceitos, implicações e desafios para o Sistema Único de Saúde. **Saúde debate**, n. 45, v.129, abr./jun. 2021 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/hJjbdxpPNswbLrStrcgyc4N/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

DEWEY, John. **Democracia e educação**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959 [1916].

DEWEY, John. The realism of pragmatism. **The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods**, v. 2, n.12, jun.1905. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2010861>. Acesso em: 04 maio 2022.

FREIRE, Neyson Pinheiro; CUNHA, Isabel Cristina Kowal Olm; XIMENES NETO, Francisco Rosimero Guimarães; MACHADO, Maria Helena; MINAYO, Maria Cecília de Souza. A infodemia transcende a pandemia. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, n. 26, 2021. Disponível em: <https://scielosp.org/article/csc/2021.v26n9/4065-4068/>. Acesso em: 02 maio 2022.

HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The parth of de Law**. [S.I.] Auckland: The Floating Press, 2009. Disponível em: oliver_wendell_holmes_oliver_holmes_the_path_of_law.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.

LEAL, Fernando. Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v.17, n.1, jan./abr., 2021. Disponível em: <4456-22177-2-PB.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 10, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ZcsRKX8WpbVvtctNgzQCC8r/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução N. 01/2021**. As vacinas contra a COVID-19 no âmbito das obrigações interamericanas de direitos humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-pt.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 08, n. 2, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/182875>. Acesso em: 23 abr. 2023.

REGO, George Browne. O Pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife, n. 1, 2003.

SANTOS, Daniela da Cunha. O direito à saúde em tempos de pandemia: os desafios e as perspectivas no âmbito da saúde e da economia. **Revista Científica Intr@ciência**, n. 21, maio/jun. 2021. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20210618131053.pdf. Acesso em: 23 abr. 2022.

SPINA, Guilherme Magaguti; MAGAJEWSKI, Fabio Luparelli. Requerimento administrativo prévio e judicialização da saúde pública: uma análise do requisito e de suas exceções. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 21, e-0016, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164513>. Acesso em: 19 nov. 2021.