



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

BRUNO FRANCO E FRANCO

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES
LEGISLATIVO E EXECUTIVO**

**BRASÍLIA – DF
2021**

BRUNO FRANCO E FRANCO

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES
LEGISLATIVO E EXECUTIVO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Débora Soares
Guimarães.

**BRASÍLIA – DF
2021**

BRUNO FRANCO E FRANCO

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES
LEGISLATIVO E EXECUTIVO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Débora Soares Guimarães.

BRASÍLIA, 13 DE AGOSTO DE 2021.

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora: Débora Soares Guimarães

Professor Avaliador: Wagner Pereira Dias

Título do artigo: O ativismo judicial e a tensão entre os poderes legislativo e executivo

Autor: Bruno Franco e Franco

Resumo: Este trabalho tem por objetivo propor uma discussão sobre o ativismo judicial no Brasil. A partir do estudo de caso, busca-se compreender a atuação do Poder Judiciário e seus limites quando adotada uma postura ativista. Referente à metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, tendo em vista que foram pesquisadas doutrinas e legislações que se dedicam a compreender o ativismo judicial e seus reflexos no Estado Democrático de Direito permitindo aferir que o ativismo do Poder Judiciário não pode ser considerado legítimo de forma indiscriminada, embora, em casos extremos, é possível que seja necessário. Nesse sentido, defende-se neste trabalho que a conduta indiscriminadamente ativista do Supremo Tribunal Federal (STF) pode levar às ruínas o equilíbrio institucional entre os poderes constituídos e colocar em risco a própria democracia.

Palavras-chave: Democracia. Separação de Poderes. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: Introdução. 1 A tripartição de poderes no Brasil. 1.1 Estruturação do Estado brasileiro. 1.2 A teoria da tripartição de poderes e sua aplicação no Brasil. 1.3 Poder legislativo. 1.4 Poder executivo. 1.5 Poder Judiciário. 2 O ativismo judicial. 2.1 Conceito e origem. 2.2 Distinções entre ativismo e judicialização. 2.3 Efeitos. 3 O ativismo judicial do STF e a autonomia e independência entre os poderes no Brasil. 3.1 Posição doutrinária. 3.2 Análise de casos. 3.2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26). 3.2.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6.363). 3.2.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709. 3.2.4 O direito à saúde em tempo de pandemia no Recurso Especial nº 566.471. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Na medida em que a evolução da sociedade e as relações ficam cada vez mais complexas e os conflitos sociais se tornaram algo corriqueiro, o Poder Judiciário surge com um protagonismo cada vez mais necessário com o intuito apaziguar e efetivar a ordem e a paz coletiva. Nesse contexto, algumas questões de repercussão moral e política estão sendo deixadas de lado pelos demais Poderes, e assim se fazem necessários o alcance e a transferência de poderes ao Poder Judiciário para enfrentar tais questões fora da sua área de atribuição. Dessa forma, muitos juízes e cortes têm efetivado direitos por meio das suas decisões, isto é, o Poder Judiciário tem agido de maneira ativista.

O ativismo judicial está relacionado ao comportamento dos juízes, que usam sua interpretação de forma expansiva e até mesmo criativa. Trata-se de forma expansiva e proativa de interpretar a Constituição Federal expandindo tanto o seu sentido como o seu alcance.

O cenário democrático atual demonstra a projeção da função do magistrado brasileiro nos mais distintos setores da sociedade. O juiz que, antes, valia-se de mecanismos hermenêuticos simples, atualmente está acobertado pela responsabilidade da solução de demandas de casos concretos complexos. Tal fato, conseqüentemente, assegura-lhe posições funcionais que antes eram reservadas apenas às instituições de natureza originariamente políticas, passando a se comportar como protagonista das expectativas de mudanças da sociedade.

Entretanto, não se pode limitar a análise apenas sob o olhar da proeminência do Poder Judiciário, mas, sim, deve-se ampliar o contexto quanto ao que se espera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo como atores sociais e qual a contribuição para o cenário atual. Portanto, esse trabalho não se restringe a realizar uma crítica ao sistema judicial, mas atenta, de modo mais abrangente, ao novo modelo político-constitucional instalado na democracia brasileira, com vistas a observar a sistemática de distribuição das funções estatais.

Nesse sentido, o problema que norteou esta pesquisa foi: quais os limites da interpretação extensiva e/ou criativas em contraposição ao Estado de Direito?

Defende-se que o ativismo judicial não pode ser compreendido unicamente pela postura sagaz do Poder Judiciário em exercer funções além das suas competências. É por demais simplista tal referência. Compreende-se tal fenômeno como consequência da inatividade das outras instituições estatais. Como recorte teórico, será tratado, especialmente, o tema central da judicialização da política, que consubstancia-se em uma faceta do ativismo judicial. É, principalmente, em razão disso que o debate político é transferido da sede legislativa e/ou executiva para a judicial, dando azo, ainda, a decisões que influenciam na dinâmica de execução de projetos sociais.

O que, em um primeiro momento, parece ser virtuoso e inovador, precisa ser analisado com cautela. A crescente litigiosidade perante o Judiciário identificada nas democracias contemporâneas pode ser compreendida como reflexo da inexpressiva atuação dos demais poderes, além de deixar em evidência o hiato que existe entre representantes e representados, que depositam no Judiciário sua esperança e confiança.

O Brasil vivencia tempos de efervescência política. Ao mesmo tempo em que a sociedade se apresenta cada vez mais engajada em diferentes pautas, envolvidos por essas demandas sociais, Legislativo e Executivo experimentam uma intensa tensão, que, em alguns casos, é apenas resultado da prevalência de interesses políticos-partidários e das disputas eleitorais. Não raro, esse confronto acaba sendo remetido ao Supremo Tribunal Federal (STF), com a exigência de que apresente uma resposta.

É verdade que, desde a caracterização do que ficou conhecido por novo constitucionalismo no mundo todo, o Judiciário brasileiro já havia expandido significativamente suas atribuições. Entretanto, o cenário acima esboçado favoreceu um imaginário de tamanha dependência jurisdicional que desencadeou a naturalização do conceito de supremacia judicial, entendido como a superioridade e a hierarquia da atividade jurisdicional sobre as demais esferas de poder. Assim, se, como afirma Bolzan de Moraes (2018, p. 60-61), a sociedade presencia e produz a “sacralização do Judiciário”, maior deve(ria) ser o controle das decisões judiciais, o que implica em revisitar o tão recorrente conceito de ativismo judicial.

Feitas estas pontuações iniciais, este artigo tem por objetivo propor uma discussão sobre o ativismo no Brasil.

Assim, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, busca-se produzir um tipo de reflexão que lance luzes sobre a forma de compreender a atuação do Judiciário e, assim, possibilite críticas sobre qualquer posicionamento que não seja capaz de provocar a responsabilidade do órgão julgador, como ocorre com a defesa de posturas ativistas.

O tema ocasiona discussões, em virtude, sobretudo, do descrédito conferido ao Legislativo. Além disso, o Executivo se mostra estrategista quanto à concretização de políticas públicas, o que gera desconfiança e crise de representatividade em relação ao povo. Em razão disso, é importante repensar o modelo de atuação dos parlamentares e dos gestores públicos, como uma forma de obstar a cultura da “juristocracia”, através da qual o Judiciário parece ser o ente dotado de credibilidade e, portanto, apto a solucionar quaisquer demandas.

A democracia pressupõe um governo exercido pelo povo, que, direta ou indiretamente, é responsável pela elaboração de leis que regerão o convívio comum. Especialmente no sistema representativo, os representantes são eleitos periodicamente e detêm uma legitimidade popular outorgada. Quando o Judiciário, que não é eleito pelo povo nem está sujeito à responsabilidade periódica, invalida leis advindas do Legislativo, é possível que se questione a existência de déficit democrático.

A importância do desenvolvimento dessa pesquisa para a sociedade diz respeito ao senso crítico que é aperfeiçoado quando do debate maduro sobre a redefinição dos parâmetros de separação de poderes que são apresentados de acordo com o desenvolvimento das relações em sociedade. O tema é interessante por suscitar reflexão sobre a importância das atividades exercidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, a fim de se fortalecer a soberania popular e a concretização da democracia.

Referente à metodologia, com relação à fonte de dados, esta é uma pesquisa bibliográfica, tendo em vista que foram pesquisadas doutrinas, legislações e jurisprudência que se dedicam à compreensão do ativismo judicial e seus reflexos no Estado Democrático de Direito.

Para o alcance do objetivo proposto, este artigo está dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo abordará a estruturação do Estado brasileiro e, nesse contexto, a teoria da tripartição de poderes e sua aplicação no Brasil.

O segundo capítulo se dedicará à análise do ativismo judicial, expondo sua origem, conceitos, distinção entre ativismo e judicialização e efeitos.

Por derradeiro, o terceiro capítulo abordará o ativismo judicial do STF e a autonomia e independência entre os poderes no Brasil. Assim, além da posição doutrinária, foi apresentada a exposição de 4 (quatro) casos clínicos, quais sejam: a Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26; a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.363; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709; e o Recurso Especial nº 566.471.

1 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO BRASIL

Este capítulo aborda a tripartição de poderes no Brasil. Para tanto, expõe a estruturação do Estado brasileiro, explica a teoria da tripartição de poderes e sua aplicação no Brasil; e explica a organização dos poderes no Brasil.

1.1 ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

O Estado apresenta em sua composição um povo ligado por diversas motivações, um território determinado para a ocupação dos nacionais e um poder estatal marcadamente soberano. Eis aqui os elementos constitutivos básicos de todo e qualquer Estado, revelados em formatos bastante próximos, já que o povo brasileiro possui raízes étnicas bem diversificadas, vasto território continental e poder em três dimensões bem definidas (GAMA, 2014, p. 51).

O povo apresenta-se como um agrupamento de pessoas que se encontram num determinado território, sob o mesmo governo. Deve haver um vínculo político entre os indivíduos e o Estado, mas, em termos populacionais, sabe-se que os limites territoriais podem contar com nacionais e estrangeiros (DANTAS, 2018, p. 16).

A população comporta uma noção mais ampla do que a de povo. Deveras, no âmago da população tem-se o povo, ou seja, os brasileiros natos ou naturalizados formam o povo brasileiro. Assim, na população, compreendem-se os brasileiros, os estrangeiros e os apátridas (GAMA, 2014, p. 53).

O território não suporta mais a ideia de simples porção de terras onde convivem os governados. Antes de aprofundar mais essa noção, vale observar que, para Dantas (2018, p.17), “o território é a base física, o âmbito geográfico da nação, onde ocorre a validade da sua ordem jurídica”.

Mais próximos da realidade, entenda-se como território do Estado o espaço geográfico, o subsolo, o espaço aéreo, o mar territorial, os navios e as aeronaves de guerra ou oficiais, os navios mercantis em alto-mar e os edifícios das embaixadas (DANTAS, 2018, p. 17).

As atribuições dos exercentes do poder, em síntese, devem ser entendidas como legislar, executar e julgar. Trata-se do comando de uma determinada população de um território, haja vista as normas constitucionais atingirem os nacionais e os estrangeiros, ressalvados os chamados direitos políticos. Mas, sob outro ângulo, dessa forma é que o Estado se faz presente, através dos órgãos do poder executivo, do legislativo ou do judiciário (GAMA, 2014, p. 55).

Estruturalmente, o Estado pode ser simples ou composto. No Estado simples ou unitário, existe a unidade de poderes, ou seja; todo o território nacional recebe o comando de um único poder executivo, um legislativo e um judiciário (BEZERRA, 2021, p. 22).

Até pela apresentação preliminar das formas de Estado, nota-se que o Estado unitário mantém concentrado o poder numa única esfera. No órgão do executivo, o presidente da república em regime presidencialista, ou o primeiro-ministro no parlamentarismo, é que vai administrar e governar todo o Estado na sua integralidade. Seguindo a mesma toada, o poder legislativo pode até contar com duas casas legislativas, mas elas vão desempenhar a função legislativa sem dividir competência com qualquer outra esfera. Igualmente, o judiciário compõe-se de um só órgão para todo o território nacional, sendo exercido por diversos juízes que vão atuar no âmbito de sua competência, ficando para os tribunais o exercício da jurisdição sobre o território como um todo (ORRUTEA, 2019, p. 226).

A extensão territorial de alguns Estados recomenda divisões de competências da mesma função, como no caso do Brasil o poder legislativo conta com órgãos nas esferas federal, estadual e municipal. Na esfera federal, têm-se duas casas legislativas, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, ficando reservada a esfera estadual para os deputados

estaduais e a esfera municipal entregue aos vereadores. Ao Presidente da República ficam reservadas várias atividades a serem desenvolvidas em todo o território nacional; o governador atua somente no âmbito estadual, ficando o prefeito com atribuições executivas restritas aos Municípios. Com relação ao judiciário só se dá um desdobramento, isso porque a justiça apresenta-se como federal e estadual (ORRUTEA, 2019, p. 226).

Assim posto, passa-se na próxima seção à análise da teoria da tripartição de poderes e sua aplicação no Brasil.

1.2 A TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

O Art. 2º da CRFB/1988 dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988, s.p.). Referida Carta Magna adotou, portanto, a separação de poderes, ou, melhor dizendo, a repartição do poder do Estado (que, na verdade, é uno) em três funções diversas, todas independentes e com prerrogativas e imunidades próprias, indispensáveis para que seus misteres sejam cumpridos de forma adequada.

Dessa feita, conferiu àquelas funções estatais, exercidas por três órgãos distintos, parcelas da soberania do Estado, assegurando a cada um deles significativa independência com relação aos demais, como mecanismo capaz de assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e, principalmente, da preservação do Estado Democrático de Direito.

Consoante magistério de Silva (2015), a separação de poderes, também conhecida por divisão de poderes, encontra seus fundamentos em dois principais elementos:

[...] o primeiro é a especialização funcional, significando que cada órgão é especializado em uma função estatal; o segundo, a independência orgânica, que exige que cada um daqueles órgãos possa exercer sua função especializada de forma verdadeiramente independente, sem qualquer subordinação aos demais (SILVA, 2015, p. 42).

Isto posto, por força da especialização funcional que lhes é peculiar, o ordenamento jurídico brasileiro, cujas principais diretrizes encontram-se na própria CRFB/1988, confere a cada um dos poderes estatais a uma função basilar, a que a doutrina denomina de função típica. Desta forma, caberá ao Executivo, primordialmente, a função executiva; ao Legislativo, a função legislativa e a fiscalização do Executivo; e ao Judiciário, a função jurisdicional (BEZERRA, 2021, p. 22).

Por outro lado, devido à independência orgânica, cada um daqueles poderes conferidos ao Estado deverá desempenhar sua função estatal sem nenhuma subordinação aos demais poderes constituídos, não sendo necessário, por exemplo, consultar ou pedir a autorização de outros poderes para a realização de suas atribuições típicas, cujas balizas são determinadas somente pelo ordenamento jurídico pátrio, especialmente a Constituição Federal.

É por força da independência orgânica, que os integrantes do Poder Legislativo usufruem das imunidades parlamentares, ou seja, de prerrogativas que lhes tornam possível atuar de forma livre e independente, podendo, por exemplo, exercer sua função típica de fiscalizar os atos do Executivo sem receio de que sejam praticados abusos pelos membros deste outro poder (DANTAS, 2018, p. 19).

Igualmente, os integrantes do Poder Judiciário usufruem de algumas garantias constitucionais, a exemplo da vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, garantias estas que têm por escopo assegurar o livre desempenho de suas funções jurisdicionais, sem o risco de sofrer pressões de terceiros, inclusive dos demais Poderes, que possam prejudicar sua indispensável imparcialidade (BEZERRA, 2021, p. 23).

Ao Poder Judiciário, complementarmente, é também assegurada a chamada autonomia administrativa e financeira, autorizando-lhe exercer as atividades administrativas que são essenciais para que sua missão institucional seja cumprida integralmente, bem como gerir suas próprias contas, conforme determinado pelas propostas orçamentárias por ele construídas, sem que sofra com as ingerências dos demais poderes, que possam tolher sua atuação (DANTAS, 2016, p. 305).

É importante destacar, no entanto, que a especialização funcional e a independência orgânica, intrínsecas à separação ou divisão de poderes, não podem ser consideradas absolutas. Com efeito, como o art. 2º da CRFB/1988 destaca, embora sejam independentes, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são também poderes que devem preservar a harmonia entre si. Por harmonia entre os poderes, Silva compreende:

[...] não apenas a exigência de que se dê um tratamento cortês entre os três Poderes, e que sejam reciprocamente respeitadas as prerrogativas que lhe são atribuídas, como também a necessidade de cada órgão que detém parcela do poder estatal possa praticar atos típicos dos outros poderes e também exercer alguma forma de controle sobre os demais. Este mecanismo é denominado sistema de freios e contrapesos, também conhecido como *checks and balances* (SILVA, 2015, p. 45).

Com efeito, no que diz respeito à especialização funcional, a verdade é que não existe, como inicialmente possa parecer, exercício exclusivo de cada uma das funções estatais, pelos distintos poderes. Isso porque, aliado às funções predominantes, denominadas de funções

típicas, a própria Constituição de 1988 confere àqueles poderes outras funções não predominantes, as quais são denominadas de funções atípicas (DANTAS, 2016, p. 306).

É nesse espírito, por exemplo, que o Judiciário, realiza sua função típica, solucionando as lides que lhe chegam, além de necessitar também exercer uma função atípica, qual seja, a de editar atos administrativos, atribuídos aos seus servidores, visando ao adequado e célere cumprimento de sua função típica. Ademais, o Poder Judiciário detém o poder de iniciativa em projetos de lei direcionados à criação de seus cargos subordinados e para elevar a remuneração destes cargos (ORRUTEA, 2019, p. 237).

Igual raciocínio pode ser feito com relação ao Poder Executivo. Além da função de instituir políticas públicas, com fundamento na CRFB/1988, e de recepcionar os comandos legais (na esfera administrativa), pratica o Executivo também algumas funções atípicas, a exemplo da edição de medidas provisórias (que normalmente é de competência do Poder legislativo) bem como a de julgar os processos administrativos porventura instaurados (NOVELINO; FERRET, 2018, p. 212).

Por derradeiro, o mesmo pode se aplicar também ao Poder Legislativo. De fato, além de suas funções típicas, que são as de legislar e fiscalizar o Poder Executivo cabe também ao Poder Legislativo as funções atípicas de administrar e também de julgar, como ocorre, por exemplo, no crime de responsabilidade cometido pelo presidente da República, consoante prevê o art. 52, inc. I, da CRFB/1988.

Por derradeiro, no que pertine à independência orgânica, conforme expõe Dantas (2018, p. 113), o ordenamento jurídico pátrio também prevê diversos mecanismos pelos quais um poder interfere sobre o outro, de maneira que a atuação conjunta daí resultante possa salvaguardar não somente a proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, mas também que seja mantido o Estado Democrático de Direito, sem que um poder prevaleça sobre o outro, mitigando a importância das outras funções do Estado.

Explicada a teoria da tripartição de poderes e sua aplicação no Brasil, passa-se à análise da organização dos poderes.

1.3 PODER LEGISLATIVO

O poder legislativo é um órgão colegiado que desempenha as funções legiferantes do Estado. Apurando-se a dependência legal do executivo e do judiciário, os quais só agem por determinação de lei, a importância do legislativo deve ser exaltada.

No Brasil, seguindo a estratificação interna do Estado, o legislativo está estruturado em três níveis: federal, estadual e municipal. No Município, a câmara municipal é o órgão legislativo. Nos Estados federativos, é a assembléia legislativa que representa o Legislativo e é composta pelos deputados estaduais. No Distrito Federal, os deputados distritais compõem a câmara legislativa. Em âmbito federal, vige o bicameralismo, com a Câmara dos Deputados e o Senado Federal (GAMA, 2014, p. 162).

As atribuições do poder legislativo são dirigidas ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. E é de observar que a competência mais expressiva para as casas legislativas é propriamente a elaboração de leis complementares, ordinárias, decretos legislativos e resoluções.

1.4 PODER EXECUTIVO

O exercício do Poder Executivo é realizado pelo Presidente da República auxiliado por seus Ministros de Estado. Seus são bastante amplos, exercendo a chefia de Estado e a de governo. Na chefia de Estado, em nome do Brasil, o Presidente estrutura as relações com Estados estrangeiros e acredita seus representantes diplomáticos. O Presidente da República, na chefia de Estado, sem praticar atos de governo, representa o País frente aos outros países. Na chefia de governo, o Presidente dirige a administração e executa as leis. Exercendo o seu cargo político, o Presidente executa o seu plano de governo. Na função governamental, com os atos vinculados e discricionários, desenvolvem-se várias atividades (NOVELINO; FERRET, 2018, p. 213).

No meio social, indubitavelmente, a prestação de serviços nas áreas da educação, saúde e previdência social, é a principal atividade efetivada pelo Poder Executivo.

1.5 PODER JUDICIÁRIO

Dentre os Poderes do Estado, por derradeiro, encontra-se o Poder Judiciário, que no exercício da função jurisdicional, distribui a justiça, solucionando os conflitos intersubjetivos valendo-se de imposição legal. Refletindo os reclamos populares, a lei é elaborada pelos membros do Legislativo e cumprida por todos. Furtando-se a sujeição da lei ou, ainda, contrariando-a, o Judiciário pode ser provocado para efetivar o Direito (NOVELINO; FERRET, 2018, p. 294).

Ao lado do Legislativo e do Executivo, o Judiciário exerce a função relevante e inconfundível de julgar as questões que lhe são submetidas. Em algumas situações especiais, aqueles poderes processam e julgam. No *impeachment*, o Senado Federal processa e julga o Presidente, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União. Nos processos administrativos, o Executivo processa e julga. A atividade jurisdicional deve ser compreendida como o processamento e julgamento definitivo de conflitos de interesses (NOVELINO; FERRET, 2018, p. 295).

Os atos dos poderes Legislativo e Executivo podem ser apreciados pelo Judiciário, já que este pode exercer controle sobre aqueles. Os atos administrativos são passíveis de anulação por decisão judicial. No entanto, a apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário se dá somente com relação à sua legalidade e não quanto ao mérito administrativo. Também, os atos legislativos, como aqueles que ferirem o procedimento legiferante, são passíveis de anulação. Em nenhum caso, a lei poderá excluir a lesão ou ameaça de direito da apreciação do Judiciário. Os conflitos estabelecidos entre o particular e o poder público, ou entre os poderes deste, poderão ser apreciados pelo Judiciário. Exige-se dois requisitos para a submissão do litígio ao processamento e julgamento pelo Judiciário: 1º) a provocação por uma das partes; 2º) que não seja questão de apreciação atribuída a outro poder, como ocorre, entre outros, com o impeachment, com a sustação dos atos normativos exorbitantes do Executivo, pelo Legislativo. Afora as previsões constitucionais, o Judiciário exerce o monopólio do exercício da função jurisdicional (BAHIA, 2020, p. 24).

Por derradeiro, registre-se que a função jurisdicional não é atividade privativa do Poder Judiciário, no entanto, é a função que predomina.

Passa-se no capítulo seguinte a abordar o ativismo judicial, especialmente no que se refere aos seus efeitos.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

Este capítulo objetiva discutir o ativismo, abordando seus diversos conceitos, origem, distinções entre ativismo e judicialização e os principais efeitos do ativismo judicial.

2.1 CONCEITO E ORIGEM

Muito embora se possa apontar a fonte remota do ativismo judicial como sendo produto de uma postura dos juízes da Suprema Corte norte-americana, que, no célebre caso *Marbury v. Madison*, passaram a afirmar a possibilidade de controlar a constitucionalidade de leis e atos oriundos de órgãos político, o mesmo não se pode afirmar em relação à origem da expressão (OLIVEIRA, 2016, p. 55).

Atribui-se ao jornalista Arthur Schlesinger Jr. a utilização pioneira do termo, fato levado a efeito em um artigo publicado em janeiro de 1947, na revista *Fortune*. No artigo, o autor traçou a postura dos nove juízes que compunham a Suprema Corte estadunidense, dividindo-os em três grupos: i) os “ativistas judiciais” (Black, Douglas, Murphy e Rutlege); ii) os “campeões da autocontenção” (Frankfurter, Jackson e Burton); e iii) os moderados (Reed e Vinson) (KMIEC, 2004, p. 1442).

Em que pese o vanguardismo na utilização do termo, não se têm registros de que o jornalista tenha definido o que seria o ativismo judicial, tampouco apresentado critérios ou características precisas do que se enquadraria como uma postura ativista ou autocontida. Não por acaso, diante da imprecisão terminológica que passou a frequentar o meio acadêmico, Kermit Roosevelt III preconizou que “o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão” (OLIVEIRA, 2016, p. 56).

Coutinho et al. (2011, p. 279-280) obtempera que o ativismo judicial deita suas origens na jurisprudência dos Estados Unidos, em que, em um momento inicial, possuiu natureza conservadora. Ressaltam, então, que foi marcado por um desempenho proativo da Suprema Corte que os setores mais reacionários do país conseguiram resguardo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*), bem como para a invalidação das leis de caráter social (Era Lochner, 1905-1937), fato este que rendeu ensejo ao atrito entre o Presidente Roosevelt e a Corte; por conseguinte, a posterior modificação da jurisprudência adversa ao intervencionismo do Estado (*West Coast v. Parrish*). Os autores esclarecem, ainda, que houve uma completa inversão dos posicionamentos da Corte a partir da década de 1950, sob a Presidência de Warren (1953-1969), e nos anos iniciais da Corte Burger (até 1973) – período progressista da jurisprudência no que toca aos direitos fundamentais –, com destaque para os casos envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*), os acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*) as mulheres (*Frontiero v. Richardson*), bem como em relação ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*) e interrupção da gestação (*Roe v. Wade*).

De fato, o ativismo judicial encontrou terras férteis para seu desenvolvimento em solo americano, tanto pelas características marcantes de seu constitucionalismo, como também pelo papel desempenhado pela Suprema Corte naquele país. Nesse mote, malgrado o ativismo judicial melhor se agasalhe no sistema da *common law* – marcado pela flexibilidade dos precedentes judiciais e, sobretudo, pelo caráter sintético revelado na Constituição americana – , não se pode negar que mesmo no sistema da *civil law*, mais restrito pela delimitação de textos, não seja possível observar uma ação jurisdicional mais progressiva, principalmente depois do albor do neoconstitucionalismo. Nesse mote, mesmo tradicionalmente inserido em um sistema de *civil law*, o Brasil depois da Constituição de 1988 – motivado, sobretudo por mudanças de ordem histórica e política – tem alcançado acentuado destaque no seio da atuação do STF (OLIVEIRA, 2016, p. 58).

Se alguma dificuldade existe para encontrar a origem da expressão ativismo judicial, uma miríade de termos têm sido utilizados pelos estudiosos – tanto na literatura mundial quanto nacional – para designar o ativismo judicial (ou jurisdicional) e o expansionismo judicial, dentre elas: juristocracia, aristocracia judicial, judiciocracia, supremocracia e modelo juriscêntrico. Não dissociados do ativismo, por óbvio, seus protagonistas também não são poupados da criatividade doutrinária, recebendo as seguintes denominações: quarto poder, gabinetes na sombra, variantes do Poder Legislativo, legisladores complementares, parlamento de notáveis, legisladores positivos, juízes soberanos, contra-capitães, instâncias supremas de revisão e constituintes de plantão (LEAL, 2011, p. 433).

Diversos são os conceitos que podem ser encontrados para designá-lo, indo desde conotações mais técnicas e elaboradas a, até mesmo, definições que levam em conta o caráter depreciativo do vocábulo. Todavia, referida diversidade, paradoxalmente, compromete uma precisão do termo. Nos dizeres de Branco (2011, p. 388), “as referências ao que se tem designado como ativismo judicial reflete outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus elementos constitutivos”.

Lançando mão de um conceito amplo, que não necessariamente se filia a um sistema jurídico específico, Elival da Silva Ramos externa sua compreensão da seguinte forma:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2015, p. 129).

Com ressalvas de fuga a um conceito pautado pelo viés emocional e sem descurar da multiplicidade de incertezas acerca da definição do ativismo, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p. 461-462) apresentam duas alternativas: uma de natureza quantitativa e a outra qualitativa. A alternativa de natureza quantitativa entende como ativismo a prática interventiva e demasiada dos juízes em decisões que tocam aos demais poderes, de modo a afetar a separação e o equilíbrio. Por sua vez, em uma perspectiva qualitativa, não se leva em consideração a frequência de intervenção, mas sim o critério de atuação ou não dos juízes, no qual aqueles que atuam além das balizas constitucionalmente postas contrariam a Constituição e rompem com o mister de guardião.

Oliveira (2016, p. 60), por seu turno, entende que a ideia de ativismo judicial está ligada a uma participação mais extensa e intensa do Judiciário na efetivação de valores e fins constitucionais, resultando maior ingerência no espaço de atuação dos outros poderes. Com efeito, a postura ativista passa a se exteriorizar por meio de distintas práticas, entre elas: a aplicação direta da Constituição a determinadas situações que não se encontram expressamente estabelecidas, em seu texto, mesmo sem manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos provindos do legislador com apoio em critérios que não denotam patente desrespeito ao texto constitucional; a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, principalmente no que pertine a questões que envolvem políticas públicas.

Em obra voltada a desvendar a origem e os significados do ativismo judicial na atualidade, Kmiec (2004, p. 1463) aponta o que entende como as cinco principais conceituações, assim resumidas: a) prática desafiadora de atos constitucionalmente defensáveis oriundos de outros poderes; b) processo que ignora ou desconsidera os precedentes; c) comportamento no qual juízes legislam de seus “gabinetes ou sala de sessões”; d) distanciamento dos padrões metodológicos de interpretação; e) julgamento com intenção voltada para alcançar resultado pré-determinado. De todos os conceitos, é possível inferir uma potencial lesão ao princípio da separação de poderes, haja vista o desempenho de um comportamento judicial que, a princípio, denota fugir de suas balizas históricas.

Em posicionamento divergente dos autores anteriores, Coelho afiança que o que se critica, sem maior amplitude, como ativismo judicial, tanto no Brasil quanto fora, não corresponde a nenhum desvio de juízes e tribunais quando no exercício de suas atribuições. Na realidade, revela uma indispensável e assumida participação da magistratura na empreitada de edificar o direito ao lado do legislador. O autor justifica a desnecessidade de

temor pelos críticos em relação ao ativismo judicial, sobretudo se houver um desapego ao “princípio da separação de poderes em sentido forte”, e complementa:

Se, ainda assim, os adversários da criação judicial do direito recearem a instauração ou reinstauração de um indesejável governo dos juízes que, a ser perigoso, o será em qualquer direção, poderão esses críticos ficar sossegados, pois se algum poder ainda se faz temido, e, por isso, deve ser controlado, esse certamente não é o poder do juiz democrático, que desfrutava da confiança de Hamilton, mas o do monarca despótico, que assustava Monstequieu [...]. Portanto, e noutras palavras, o de que se trata é de reinterpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional [...] (COELHO, 2011, p. 294).

Sem embargo do respeitável posicionamento do constitucionalista brasileiro, como visto anteriormente, é inegável que outro tem sido o entendimento predominante na doutrina sobre o assunto (OLIVEIRA, 2016, p. 61).

Desse modo, a partir das diversas características apontadas pelos mais variados teóricos, em sua essência, tem prevalecido o entendimento de que o ativismo judicial é um fenômeno em que o Poder Judiciário tem alargado suas funções em detrimento das áreas de atuação, originalmente típicas dos outros poderes, no intuito de concretizar valores e princípios contidos no texto constitucional, negligenciados pelos Poderes Políticos. Com efeito, não raras vezes, juízes e tribunais passam a apreciar e a estabelecer juízos sobre temas e questões que antes estavam reservados aos ramos políticos, em especial o Poder Legislativo, contribuindo, assim, com outro fenômeno diretamente ligado, porém ainda mais amplo, qual seja, a judicialização da política.

2.2 DISTINÇÕES ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO

A garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição igualmente oferece um parâmetro confiável pelo qual se pode medir o regime de economia de confiança estabelecido pelo planejador constitucional brasileiro: como escoadouro último dos conflitos jurídicos do ordenamento pátrio, a maior ou menor confiança concedida ao Poder Judiciário corresponde inversamente à menor ou maior confiança a ser concedida aos demais oficiais do sistema e aplicadores autorizados.

Não se discute a possibilidade de invocação do Poder Judiciário, a qual está dada, mas a amplitude e profundidade dessa intervenção e da qual se identificará o espaço de sua liberdade interpretativa/discricionariedade. Conforme as diretrizes estabelecidas pelo plano-mestre ou pelo respectivo plano derivativo orientador das normas e do ordenamento jurídicos, o menor ou maior espaço de amplitude e de profundidade concedido à intervenção judicial

corresponderá à maior ou menor deferência às deliberações de legisladores e de gestores públicos (ALFAIA, 2020).

Neste último ponto, frente à aferição do regime de economia de confiança estabelecido pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro nos moldes acima delineados, cabe despender algumas breves considerações acerca dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Primeiramente, é preciso que a judicialização seja compreendida, de maneira geral, como a forma de tratar judicialmente uma questão para chegar-se a um julgamento ou a uma decisão sobre alguma coisa. Comporta dois sentidos a partir desta concepção: por um lado, remete a tratar uma questão mediante julgamento, no exercício das funções do Poder Judiciário, trazendo a questão para a esfera judicial; por outro lado, remete a tratar uma questão fora da esfera judicial, incorporando na discussão os métodos dos juízes, conhecimento e técnica judiciais (VIARO, 2018, p. 27).

Trata-se de um fenômeno contingente do constitucionalismo contemporâneo e particularmente marcante na experiência constitucional brasileira. O movimento constitucionalista, sobretudo em sua matriz anglo-americana, sempre defendeu a possibilidade da intervenção jurisdicional e o papel do Poder Judiciário como legítimo intérprete e dotado da “palavra final” sobre o sentido autoritativo do Texto Constitucional (ALFAIA, 2020, p. 126).

Hamilton e Madison (2011, p. 685) defenderam a supremacia judicial na interpretação do texto normativo-constitucional, lançando as bases do *judicial review*. Como o “poder menos perigoso”, já que não dispõe da espada (como o Poder Executivo), nem a chave do cofre ou o poder de ditar normas obrigatórias a todos (como o Poder Legislativo), caberia ao poder judicial o duro ônus de proteger o sentido da Constituição das posições cambiantes dos temporários representantes eleitos do povo. Veja-se o seguinte trecho:

[...] não se deve supor que a Constituição poderia ter a intenção de capacitar os representantes do povo para substituírem pela sua vontade a vontade dos seus constituintes. É muito mais razoável supor que os tribunais foram concebidos para serem um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com o intuito de, entre outras coisas, manter esta última dentro dos limites traçados para a sua autoridade. A interpretação das leis é o terreno próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é, de facto, e assim deve ser olhada pelos juízes, uma lei fundamental. Portanto, pertence-lhes averiguar o seu significado, bem como o significado de qualquer lei particular procedente do corpo legislativo. Se vier a dar-se o caso de existir uma divergência irreconciliável entre as duas, a que tem obrigatoriedade e validade superior deve, sem dúvida, ser preferida, ou, por outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao decreto, a intenção do povo à intenção dos seus agentes (HAMILTON; MADISON, 2011, p. 685-686).

Em um nível abstrato, conforme observa Ran Hirschl (2009, p. 171), a judicialização denota a disseminação de discursos, jargões e processos jurídicos não apenas na política e na elaboração de políticas públicas, mas igualmente no seio da sociedade.

Conforme coloca Barroso (2018, p. 446), dois fatores concorreram para a judicialização exacerbada das relações políticas, econômicas e sociais no Brasil contemporâneo:

a) o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e b) a combinação dos modelos de controle de constitucionalidade de matriz norte-americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e de matriz europeia, o qual admite ações diretas ajuizáveis perante a Corte Constitucional, sendo que esta última fórmula restou maximizada no ordenamento constitucional brasileiro pela variedades de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura (BARROSO, 2018, p. 446).

No âmbito de um sistema partidário sobremaneira fragmentado, a consequência é muito provável que toda questão política importante se convole em questão judicial, valendo-se a oposição, recorrentemente derrotada nas disputas no âmbito do Congresso Nacional, do acesso ao STF como nova arena de conflitos políticos, visando reverter a derrota enfrentada na deliberação majoritária (BRANDÃO, 2018, p. 80).

Por outro lado, conforme assevera Ramos (2015, p. 128), pode ser acrescentado como fator político a própria dinâmica do sistema de governo presidencialista brasileiro, incapaz de gerar governos apoiados por maiorias parlamentares estáveis, o que se agrava em um quadro de multipartidarismo exacerbado, com a fragmentação da representação parlamentar entre inúmeras legendas partidárias.

A judicialização é um fato contingente da modernidade, desencadeada por conflitos os quais buscam no Direito e na jurisdição a devida resolução. Em um quadro em que as normas não restem cumpridas e as instituições não cumpram de forma adequada o papel para o qual foram criadas, os limites éticos e morais não sejam suficientes para afastar a lesão ou ameaça ao direito e ajustar as condutas e a ruptura de expectativas justamente criadas pelo dever de segurança jurídica não se encontre passível de absorção pelas esferas política e social, a necessidade de normalização do quadro se impõe e demanda por mais e mais normas e mais jurisdição na busca dessa normalização (VIARO, 2018, p. 29).

Mesmo assim, é inegável que se está indo muito além do simples controle judicial das políticas públicas por meio da jurisprudência sobre justiça processual ou sobre direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário permite-se discutir hoje também megapolítica — processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas

do Executivo, perda de mandatos por “infidelidade partidária”, estruturação do sistema partidário, identidades coletivas e processos de construção nacional. A ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da “questão política” e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação de poderes (HIRSCHL, 2009, p. 172).

Nesse ponto, a judicialização redonda-se – ou degrada-se – em ativismo judicial exacerbado, caminhando o movimento constitucionalista para uma “juristocracia” ou “governo dos juízes” dificilmente imaginado por seus construtores (ALFAIA, 2020, p. 127).

Dito isto tem-se que o ativismo judicial é uma decorrência da judicialização, associando-se a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização de fins e de valores constitucionais, com maior repercussão no âmbito de atuação dos demais poderes estatais. Em muitas situações, nem sequer haveria confronto, mas mera ocupação de espaços vazios a qual se dá até mesmo com a anuência do legislador e dentro dos limites de credibilidade delimitados pelo regime de economia de confiança por que se rege o ordenamento (BARROSO, 2018, p. 448).

Assim, pode-se dizer que o ativismo judicial, efetivamente, denota uma liberdade ao julgador que ultrapassa os limites a priori postos pelo ordenamento jurídico, deliberando sobre questões das quais o legislador ainda não se tenha desincumbido.

Pontuadas as diferenças entre ativismo e judicialização, passa-se a analisar os efeitos do ativismo judicial.

2.3 EFEITOS

A constatação de que não poucas vezes se vale o julgador de juízos morais, políticos e mesmo pragmatistas – exclusivamente movido por fatores extra-jurídicos – para exercer seu juízo de censura ou de aprovação sobre matérias da competência e da alçada do legislador e do gestor público, acarreta um sentimento cambiante sobre seus méritos, variando à luz de sentimentos médios dos cidadãos a respeito da legitimidade das instituições e referente à moralidade geral das práticas sociais quanto à luz das teorias políticas, jurídicas e éticas dominantes e formuladas pela classe intelectual (TORRANO, 2019, p. 113).

Em sociedades permeadas por tensão e com a classe política fragmentada e sem capacidade de impor freios ao Poder Judiciário, o ativismo judicial substantivo provoca fortes sentimentos de críticas e de elogios ao sabor dos desejos e ímpetos dos grupos político-sociais

atingidos: ao passo que são elogiadas decisões que reconhecem a união estável homoafetiva¹, são criticadas decisões que impõem plena (ou demasiada, a depender do clamor social) efetividade ao direito fundamental de presunção de inocência² e, mesmo tratando-se de um julgamento com efeitos meramente inter partes, imputam excepcional juridicidade e alheio a qualquer debate político-social premente ao direito de abortar³. Ao exercer juízos político-morais, o julgador se move como agente político de fato, comporta-se como parte do jogo político e sob essa imagem é visto e percebido pela sociedade, desconsiderando-se os limites políticos ou institucionais materializados nas reações dos demais poderes estatais frente a decisões judiciais indesejadas e desconsiderando o fato de que “essa paixão obsessiva” pelo Poder Judiciário deposita nele uma enorme confiança na realização de complexos juízos de ponderação que talvez o “juiz de carne e osso” (ou mesmo qualquer agente público) nem sempre tenha condições de exercer considerando as naturais limitações de conhecimento e de tempo (BRANDÃO, 2018, p. 82).

Por derradeiro, no magistério de Torrano (2019, p. 115), o devido suporte institucional ou prévia autorização legislativa para tanto e outorgando-se o poder de deliberar sobre os destinos da comunidade sob a suposição de que seus juízos moralmente corretos se afigurariam superiores às decisões apenas razoáveis de legisladores e gestores públicos, os juízes não cumprem o dever de prevenção ou correção final de lesão e de ameaça a direitos e tampouco cumprem uma natural função contramajoritária frente aos cambiantes sentimentos populares; inserem-se simplesmente, sem cultura e sem cuidados, na dinâmica do jogo político como mais um agente a defender seus interesses e sob esse papel serão vistos. Tratar-se-ia agora de um “governo de juízes”, de uma “Juristocracia”, igualmente combatida por todos os contestadores do Poder em todos os tempos.

A solução para este quadro patológico implica a necessidade de conferir dignidade ontológica e limitação factual à discricionariedade jurídica: a indeterminação natural do texto normativo, propiciada pela incerteza da linguagem e conferindo liberdade aos intérpretes como um todo, deve levar ao reconhecimento acerca da impossibilidade de tomada de decisões tão somente não mais que razoáveis, possíveis e não necessariamente as corretas do ponto de vista moral pelo conjunto dos aplicadores do Direito. Esta limitação atinge não

¹ ADI 4277/DF e ADPF 132/DF, rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, j. em 05.05.2011, v.u., divulgado em 13.10.2011 e publicado em 14.10.2011).

² Julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n. 43/DF, 44/DF e 54/DF, as quais vedaram a prisão após o julgamento em segunda instância, reafirmando a constitucionalidade do art. 283 do CPP e a plena aplicabilidade do direito fundamental de presunção de inocência antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, Constituição da República).

³ STF – 1ª Turma, HC 124306/RJ, rel. Min. MARCO AURÉLIO, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, j. 09.08.2016, por maioria, divulgado em 16.03.2017, publicado em 17.03.2017.

apenas o julgador, mas igualmente os demais oficiais do sistema, todos confrontados com a discricionariedade política propiciada pela Constituição e não apenas com decisões moralmente corretas – se é que isso exista (TORRANO, 2019, p. 116).

A prerrogativa de dar a “última resposta” aos conflitos que lhe são postos não livra o Poder Judiciário de reconhecer a igualitária miserabilidade desta condição e as limitações que lhe são igualmente aplicadas pelo dever de replicar ou de ao menos considerar os entendimentos e respostas já estabelecidas pelo planejamento social e o ponto de vista interno da comunidade político-jurídica de que faz parte. Ao oferecer argumentos (ou preconceitos) mui particulares como se dotado fosse de entendimento e vontade oniscientes e onipresentes, próprios de uma elite intelectual que despreza intimamente o meio em que vive e labora, ignora as justas expectativas firmadas pela dinâmica do ordenamento jurídico-constitucional do qual não pode deixar de imiscuir-se (TORRANO, 2019, p. 116).

Enfim denota-se que a Juristocracia revela-se contrária à ideia de democracia, posto que retira o poder decisório das instituições majoritárias, ainda que essa retirada se apoie na inércia das instituições políticas (LEITE, 2017, p. 65).

Explicado o ativismo judicial, suas características, distinções e efeitos, passa-se no próximo capítulo a abordar o ativismo judicial do STF contrapondo-o à autonomia e independência entre os poderes no Brasil.

3 O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES NO BRASIL

Este capítulo aborda o ativismo judicial do STF e a autonomia e independência entre os poderes no Brasil. Para tanto, apresenta a posição doutrinária e a análise de quatro casos envolvendo ativismo judicial. O primeiro caso refere-se ao julgamento da ADO 26, que resultou no enquadramento da homofobia e da transfobia como crime de racismo. O segundo caso refere-se ao direito à saúde em tempos de pandemia. Na sequência, o terceiro caso refere-se à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709. Por fim, no quarto caso aborda o direito à saúde em tempo de pandemia no REsp. n. 566.471/RN.

3.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Um dos defensores do ativismo no Brasil é Luís Roberto Barroso, mas a favor de um ativismo *soft*. Para Barroso (2019, p. 31), justifica-se a utilização do procedimento quando os

parlamentares se mostram inertes ou incapazes em relação a um acordo, para o qual não há capacidade funcional para determinada função do Estado, na qual não se sinta capaz de tomada de decisão política, social ou moral. Esse mecanismo está ligado a uma atuação mais efetiva e intensa do Poder Judiciário a fim de concretizar valores e direitos fundamentais no campo de atividade de outro poder. Nesse caso, seria legítimo o ativismo judicial. Por outro lado, afirma Barroso (2019, p. 32) que esse fenômeno é um remédio poderoso, mas tem que ser usado com cautela e em doses homeopáticas, pois, caso contrário, em uso excessivo, pode levar a um desvio de função do Judiciário dentro do arranjo institucional democrático.

O mesmo autor ainda afirma que a argumentação do ativismo busca-se extrair o máximo dos conceitos vagos e indeterminados da Constituição, como uma conduta legítima que busca proteger grupos minoritários com intuito de assegurar os direitos fundamentais em face de uma maioria dominante no parlamento e na sociedade (BARROSO, 2017, p. 2.183).

Assim se manifestou Cappelletti (1999, p. 42), ao afirmar que o juiz tem uma acentuada discricionariedade de criatividade na interpretação das lacunas deixadas pelo legislador ordinário, principalmente em razão do grau de abertura semântica e de indeterminação dos textos normativos, contudo esse espaço na atividade jurisdicional tem o seu limite dentro do texto constitucional. Esse é o contexto de aumento das diversas possibilidades da conduta ativista dos juízes e tribunais.

Na concepção de Souza Neto e Sarmiento,

[...] a atuação ativista da Corte, muitas vezes, não é contrária ao interesse majoritário, mas a seu favor. Ainda afirma que o legislativo, diligentemente em assuntos controvertidos, a fim de evitar desgaste político perante os seus eleitores, deixa e até espera uma solução das questões políticas e morais por parte da Corte Brasileira (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 127).

Outro argumento plausível, na esteira de Figueiredo e Gibran (2016, p. 115), é que o ativismo judicial simboliza a carência do Estado em atender aos pleitos do seu povo, bem como realizar os fins que lhes foram impostos pela Constituição. Isso constitui uma verdadeira anomalia constitucional, porque a exceção virou a regra do jogo político, já que as decisões de políticas relevantes de questões fundamentais da sociedade e do Estado se deslocam dos demais poderes para bater à porta do Poder Judiciário.

Uma justificativa para uma Corte Ativista à semelhança do STF, segundo Bittencourt (2018, p. 67), é o entendimento de que o Judiciário não teria atribuição para uma conduta ativista por falta de legitimidade democrática, já que sua prática deve estar fundada na Constituição. Sua atuação e função são fundamentadas no próprio texto constitucional, por

opção do poder constituinte, delegado pelo próprio povo. Ainda, no entendimento de Bittencourt (2018, p. 67), outro fundamento seria a própria evolução do constitucionalismo, pois, com o neoconstitucionalismo, o juiz é dinâmico e atento às mudanças e evoluções sociais, portanto, é concebida a sua capacidade criativa dentro dos preceitos constitucionais; recusar essa capacidade é desprezar o caráter jurisdicional do direito.

A mesma autora expõe que os valores e os princípios nas disposições constitucionais, quando não são efetivados nas instâncias políticas, em algumas circunstâncias, são transmutados para a esfera jurídica a fim de dar concretude e efetivação a tais direitos (BITTENCOURT, 2018, p. 67).

No entendimento de Moreira (2018, p. 233), a legitimidade da Corte Suprema pode ser vista sob duas perspectivas: uma filosófica e outra normativa. A primeira tem como pano de fundo o ativismo na jurisdição constitucional, que tutela os preceitos constitucionais, portanto, seria uma garantia do próprio Estado Democrático de Direito. A segunda diz respeito ao próprio texto constitucional na diretiva de jurisdição constitucional, por conseguinte, pautado na própria vontade popular quando do momento da elaboração da constituição pelo poder constituinte.

De forma diferente, há vários críticos ao ativismo judicial, tais como Alexander Bickel, Richard Posner, Mark Tushnet, Jeremy Waldron, Ronald Dworkin. No Brasil, há diversos críticos: Elival Ramos, Lênio Streck e Daniel Sarmento. Uma das críticas diz respeito à capacidade institucional técnica do Judiciário, na concepção de Barroso (2017, p. 2.185), no que tange tomar decisões políticas de elevada complexidade que demandam especialistas. Uma decisão pode gerar um risco de efeito sistêmico repentino e inoportuno. Essas circunstâncias exigem cautela e respeito. A outra, como informa Moreira (2018, p. 235) é que nem todos jurisdicionados têm acesso aos meios judiciais para pleitear as suas demandas, seja por motivos formais ou custos elevados do processo.

Streck (2017, p. 211-212) afirma com veemência que “a Suprema Corte não legisla”. Isso porque “a interpretação da Constituição pelo STF não pode determinar a produção de um novo texto, para além dos limites semânticos do texto” (STRECK, 2017, p. 211-212).

O autor concorda com a intervenção do STF em questões políticas, econômicas e sociais, porém com a ressalva de que suas decisões sejam sempre alicerçadas no texto constitucional. Nesse sentido afirma que “o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição” (STRECK, 2011, p. 190).

Na mesma esteira, acentua Ramos (2015, p. 131-132) que o ativismo caminha para “uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”. E que o fenômeno atinge mais intensamente o Poder Legislativo, que pode ter “o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto seu espaço de conformação normativa invalidado por decisões excessivamente criativas” (RAMOS, 2015, p. 131-132).

Na decisão ativista, há uma confusão entre o campo jurídico e a seara política, na esteira de Figueiredo e Gibran (2016, p. 113), posto que, muitas vezes, por desconhecimento técnico, acaba-se por realizar uma tomada de decisão política por meio jurídico.

Assim, parece adequado afirmar que uma conduta ativista nem sempre, mesmo dentro de uma racionalidade, é uma solução mágica, inclusive acaba por defrontar o arranjo institucional da divisão de funções (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016, p. 113).

O ativismo judicial é o excesso de posicionamento radical e desarrazoado do magistrado, impregnado de opções pessoais em temas de questões políticas, sociais e morais. Assim, nestas condições, o Judiciário passaria a exercer as funções dos demais poderes, violando o espírito do sistema democrático. A principal crítica ao ativismo judicial, indubitavelmente, é justamente a criação de novos direitos, isto é, criação da própria norma, logo, seria um poder ilegítimo para tal atividade, mesmo em questões de cunho político e moral, eivadas de controvérsias na defesa dos direitos fundamentais ou na defesa de grupos estigmatizados. Destarte, a crítica é contra a função de legislador positivo, o que gera uma crise incomensurável na democracia (BITTENCOURT, 2018, p. 70).

Dworkin (1999, p. 451), mesmo contrário ao ativismo judicial, concebe a possibilidade de atuação de juiz ativista nos casos difíceis quando se justifica fundado em princípios, equidade e devido processo legal, com fundamentos racionais e persuasivos. A sua contrariedade ao ativismo é, em sua concepção, por causa de o juiz ativista desconsiderar o próprio texto constitucional para impor as suas escolhas e vontades sobre os demais poderes. No seu entendimento, o ativismo não se coaduna com o direito como integridade.

Neste mesmo sentido de proposição contrária o ativismo judicial, Streck (2016, p. 65) asserta que o ativismo judicial sempre será prejudicial aos procedimentos democráticos, pois decorre de uma atitude e perspectivas pessoais dos Tribunais e juízes.

No mesmo sentido, Moreira (2018, p. 224) entende que o STF deve limitar a sua conduta ativista de acordo com as regras do sistema político da democracia. As decisões de questões políticas, sociais e morais devem estar contidas dentro dos ditames estabelecidos na constituição e não em escolhas pessoais e subjetivas.

Fortunato e Müller (2016, p. 11) afirmam que há uma perda de índice democrático em decisões prolatadas eivadas de ativismo judicial quando formuladas fora dos limites do arranjo institucional. Ao se permitir que o Poder Judiciário atue de maneira descontrolada e discricionária induz-se a uma ditadura do Poder Judiciário sobre os demais poderes, o que inviabilizaria os esteios do Estado Democrático de Direito.

Segundo Kumasaka (2015, p. 193), uma decisão ativista é preocupante e impõe às decisões do STF um caráter arbitrário e ditatorial, tendo em vista que extrapola as fronteiras da democracia e atinge os direitos e garantias de autogoverno dos cidadãos. O mesmo autor, acertadamente, afirma que o pretexto de que o ativismo judicial efetiva valores e princípios constitucionais nos espaços reservados aos demais poderes, de modo que isso não produz harmonia entre eles, mais sim uma confusão entre os mesmos.

3.2 ANÁLISE DE CASOS

Muitas das decisões judiciais emitidas pelo STF, atualmente, podem servir de exemplo ao contexto de ausência de parametrização nas soluções de realização do direito. Inicia-se com a análise do julgamento da ADO 26.

3.2.1 A Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO 26)

O STF, em 13 de junho de 2019, concluiu o julgamento da ADO 26, passando a enquadrar a homofobia e a transfobia como crime de racismo, racismo social, nos termos da Lei n. 7.716/89. Segundo Araújo (2019), os crimes citados na Lei de Racismo são punidos quando resultam de discriminação ou preconceito racial ou de procedência nacional. Com esta decisão, o STF ampliou o sentido da expressão “raça”, passando a englobar os atos considerados homofóbicos ou transfóbicos.

Conforme entendeu a Suprema Corte, a morosidade do Poder Legislativo em aprovar uma legislação que incriminasse os atos de homofobia e transfobia viola direitos e garantias fundamentais e, sob esse fundamento, 8 Ministros (Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber) votaram favoráveis para que condutas semelhantes fossem enquadradas na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), até que uma lei específica seja aprovada no Congresso Nacional.

Todos os ministros que votaram favoráveis à ADO fundamentaram os seus votos na urgência de criminalizar a homofobia e a transfobia em razão do número de mortes, ódio e incitação aos homossexuais e na omissão legislativa.

Alexandre de Moraes disse que o Congresso Nacional sempre buscou oferecer proteção penal a grupos sociais vulneráveis, a exemplo das crianças, adolescentes, idosos, pessoas deficientes e mulheres. Porém, tem sido omissos no que se refere à discriminação contra os homossexuais, apesar de existirem inúmeros projetos pendentes de aprovação (BRASIL, 2019).

No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso ponderou que sempre que o Congresso atua, sua vontade deve prevalecer. Porém, se o Congresso é omissos e deixa de atuar em questões relevantes, é missão do Supremo fazer valer os ditames constitucionais (BRASIL, 2019).

O ministro Marco Aurélio admitiu parcialmente a ADO, mas não reconheceu que há omissão legislativa no que se refere à criminalização da homofobia e da transfobia. Também entendeu que não é possível ampliar a Lei do Racismo, pois, os delitos nela previstos são taxativos (BRASIL, 2019).

Celso de Mello justificou a necessidade de criminalização da homofobia ou transfobia, tecendo longas considerações fazendo menção ao número de pessoas que pertencem a estes grupos que são assassinadas no país, recorrendo-se também a dados estatísticos fornecidos pela ONG Grupo Gay da Bahia. Afirmou que a omissão do legislador relegava as pessoas deste grupo discriminado ao completo desamparo, motivo pelo qual não se poderia continuar aguardando que o Poder Legislativo, até então omissos, tomasse alguma iniciativa em benefício dessa população (BRASIL, 2019).

O entendimento dos ministros que votaram favorável ADO 26 coaduna-se com o de Abraão e Rodrigues (2019, p. 15), que afirmam que o cenário generalizado de discriminação social e de intolerância para com a população LGBT, em consonância com a ausência de políticas públicas efetivas, que visem prevenir, julgar e punir os crimes cometidos contra este grupo populacional, são fatores que fazem com que se autorize esta violência, resultando em impunidade.

Também os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski foram votos vencidos no citado julgamento e, ao fundamentarem seus votos, afirmaram que os atos de preconceito e discriminação contra grupos LGBTQ+ apenas poderiam ser punidos por legislações específicas discutidas e aprovadas pelo Poder Legislativo (BRASIL, 2019).

Trata-se de uma decisão inédita que teve o efeito de criminalizar condutas antes atípicas, parcial ou totalmente. Referida decisão tem recebido críticas por grande parte da doutrina, que tal como os ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski defende que é de competência do Congresso Nacional, legislar privativamente sobre Direito Penal.

Nesse trilhar, segundo Araújo (2019), aquele que tem a competência para aplicar a norma penal, ao identificar lacuna no sistema jurídico-penal no que se refere à tipificação de condutas criminosas, não pode fazer uso da hermenêutica para propalar previsões de outros diplomas legais restritivos já existentes, tendo em vista que: a) ele não foi eleito pelo povo para editar normas penais; e b) a ampliação de definições ou acréscimo de tipos em matéria penal visando criminalizar determinadas condutas acaba violando o princípio da reserva legal. Isto porque, como se sabe, é vedada a integração das normas incriminadoras valendo-se da analogia *in malam partem*.

No mesmo sentido, Santos e Garcia (2020, p. 301) afirmam que utilizando-se do discurso genérico em defesa do combate à criminalidade e do fim da impunidade, não se pode pactuar com a violência a outros direitos e garantias fundamentais, tal como ocorre com o exercício de uma manobra interpretativa, mesmo que justificada pela necessidade de proteger a comunidade LGBT.

Não se questiona que os grupos LGBTQ+ são vitimados diariamente por distintas formas de violência, no entanto, o questionamento que se faz é se o STF agiu corretamente ao expandir sua atuação com vistas a criminalizar a homofobia e a transfobia, mesmo que para tanto tivesse que exercer funções para as quais não é competente (ALMEIDA, 2020).

Analisando a questão com imparcialidade, parece claro que o STF agiu de maneira proativa e expansiva, atingindo esferas de atuação de poderes alheios ao Judiciário, o que, no entendimento de Almeida (2020), configura o ativismo judicial. No entanto, o autor desta pesquisa concorda com a fundamentação do voto de Luís Roberto Barroso, que diz que as decisões do Congresso devem prevalecer sempre que ele atua. Porém, no caso em tela, o Congresso não atuou, foi omissivo. Portanto, não houve violação à tripartição dos poderes, já que cabe ao STF fazer cumprir os ditames constitucionais.

3.2.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6.363)

No Brasil, assim como na maioria dos países do mundo o Covid-19 se disseminou por todo o país. Os estados mais afetados foram São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Ceará e Amazonas. Não houve acordos políticos horizontais nas searas políticas entre o Poder

Executivo e o Legislativo, assim como faltou consenso vertical entre os entes federativos sobre os procedimentos a serem adotados. Então os governadores e prefeitos começaram a tomar medidas de acordo com as orientações fornecidas pela OMS. Com o propósito de unificar os procedimentos de enfrentamento das medidas de emergência referentes à Covid-19, o Planalto editou a Lei nº 13.979/2020. Deste modo, o efeito desse baixo diálogo, durante as ações de combate à pandemia, ampliou ainda mais as crises políticas e institucionais.

Nesse contexto, começou a surgir decisões políticas e jurídicas nas instituições do Estado Brasileiro, esdrúxulas ao texto constitucional, embora necessários em razão do cenário de crise. Algumas dessas decisões serão analisadas a seguir.

O enosado cipoal normativo, a dificultar a apreciação das regras incidentes e suas interpretações, tem como suporte o STF a definir questões fundamentais, e que orientam dúvidas profundas. Nesse particular é indisfarçável a intensa atuação do órgão jurisdicional maior, complementando a nebulosa atividade legislativa, sem o qual maior seria a insegurança jurídica campeante no país.

Neste passo, o partido político Rede Sustentabilidade, no dia 2 de abril de 2020, ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) assim buscando afastar a MP 936/2020 que tomou o número ADI 6.363, no que atribuía agressão aos dispositivos constitucionais constantes dos arts. 7º, incs. VI, XIII e XXVI, e 8º, incs. III e VI, da CRFB/1988, tidos por violados por conta das regências provisórias dos arts. 7º, inc. II; 8º, §§ 1º, 3º, inc. II; 9º, § 1º, incs. I e 11 caput da Medida Provisória, basicamente por haver dispensados Convenção ou Acordo Coletivos prévios.

Distribuída ao Ministro Ricardo Lewandowski, em julgamento liminar monocrático deferiu a proteção parcialmente, realizando interpretação conforme a CRFB ao § 4º do art. 11 da MP. Determinou que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporário do pacto laboral deveriam ser informados pelos empregadores aos sindicatos profissionais, em um prazo máximo de 10 dias corridos, a partir de sua celebração, para caso queira, se proceda à negociação coletiva (BRASIL, 2020).

Intervieram inúmeras entidades na condição de “amicus Curiae” (BRASIL, 2020).

Interpostos embargos declaratórios, em 13 de abril, a Advocacia Geral da União os rejeitou, sem alterar o teor no Juízo singular, mas esclareceu que a validade de acordo individual firmado (pretéritos e futuros), não obstante produzir efeitos imediatos, estaria condicionada inoocorrência de negociação coletiva superveniente que viesse a modificá-lo, no todo ou em parte.

Levado a julgamento virtual em plenário dia 16 de abril, o mesmo, por questões técnicas do julgamento por videoconferência teve sua conclusão postergada para o dia 17 de abril. Gize-se que se a estrutura tecnológica do STF falha... o que se dirá a dos jurisdicionados (sem falar nas precárias condições de sinal de internet no país inteiro), aos quais, cada vez mais, se impôs açodada informatização.

O Plenário do STF manteve a eficácia da regra da MP 936/2020 que autoriza que a jornada de trabalho e o salário sejam reduzidos ou que se proceda à suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do Covid-19, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria. Decisão que pareceu acertada por tudo de excepcional e emergencial que está-se vivenciando (BRASIL, 2020).

O julgamento realizado por videoconferência como acima lembrado concluiu, por maioria de votos, e não referendou a medida cautelar. A divergência que foi aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes prevaleceu. O citado ministro sustentou que em razão da excepcionalidade que o Brasil atravessando é razoável a realização de acordo individual, que garante renda mínima e mantém o vínculo de emprego (BRASIL, 2020).

As condições postas na liminar, de fato, geraram enorme insegurança jurídica e enorme possibilidade de perda do emprego. Afastou a ausência de conflito entre empregados e empregadores, nem fere princípios constitucionais, pela necessidade emergencial de manutenção dos empregos. Viu ainda consonância com as proteções constitucionais, acima referidas neste texto, notadamente dignidade do trabalhador e manutenção do emprego. Referiu ao importante atrelamento da redução à garantia de emprego correspondente (BRASIL, 2020).

Com ele votaram os Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Marco Aurélio e Roberto Barroso. Foram votos vencidos o voto do Relator, o Ministro Edson Fachin e o voto da Ministra Rosa Weber, que votaram favoráveis ao deferimento integral da cautelar (BRASIL, 2020).

Dessa forma, restou definida a possibilidade de realização da redução salarial de acordo com a MP, pela via do Acordo Individual.

3.2.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 709

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 709), uma espécie de ação que objetiva evitar ou reparar danos contra algum princípio básico da CRFB/1988, foi ajuizada pelos partidos da oposição PSOL, PSB, PC do B, Rede, PT, PDT e a Articulação dos

Povos Indígenas do Brasil. O relator foi o ministro Luís Roberto Barroso, o qual concedeu a cautelar, que fora referendada pelos demais ministros, para que a União atendesse às necessidades sanitárias dos índios e retirasse os invasores de suas terras, com o objetivo de proteção à saúde durante a pandemia tendo em vista que à época em que a ADPF foi proposta já havia sido contabilizadas 623 mortes e 21.646 casos de indígenas contaminados pelo Covid-19 (BRASIL, 2020).

Foi argumentado que os invasores não eram simples posseiros⁴. Na verdade, constituem grupos armados, que impõem contato forçado com estas tribos, praticam violência contra os seus integrantes e representam potenciais vetores de contágio de doenças. Por esta razão, a necessidade de remoção é imperativa, pois, a presença desses grupos nas terras indígenas consubstancia-se em grave violação do direito desses povos ao seu território e cultura, além de substancial ameaça às suas vidas e saúde (BRASIL, 2020).

O julgamento ocorreu no dia 05 de agosto de 2020 e reiterando a liminar dada pelo ministro Luís Roberto Barroso, por unanimidade os ministros do STF determinaram que o Governo Federal deveria adotar medidas que implicasse em efetiva proteção aos povos indígenas durante o período da pandemia pelo Covid-19.

No julgamento, além de os ministros observarem os direitos indígenas previstos na CRFB/1988, os ministros também fizeram menção a outros tratados internacionais, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê o direito ao território e que garante, entre outros direitos, o direito dos indígenas à consulta prévia em caso de necessidade de adoção de medidas que possam impactar seus territórios.

Na cautelar, foi dado ao governo um prazo de 30 dias para elaborar um Plano de Enfrentamento à disseminação do Covid-19 entre os povos indígenas. Esse plano deveria prever, dentre outras medidas, medidas para conter e isolar invasores nas Terras Indígenas. A cautelar também determinou que o governo teria 10 dias para apresentar um plano com vistas a instalar barreiras sanitárias em trinta e uma terras indígenas. A União apresentou este plano no dia 29 de julho de 2020 e este plano começou a ser implementado até que um Plano Geral foi proposto (BRASIL, 2020).

O Plano Geral, no entanto, foi considerado muito genérico e vago, dificultando o acompanhamento de sua implementação. Também, deixou de estabelecer um cronograma e dispor, com objetividade e de forma detalhada, sobre as metas, ações que deveriam ser

⁴ É importante destacar que em apenas uma das áreas os requerentes mencionaram cerca de 20.000 invasores.

implementadas, critérios adotados e indicadores, mantendo-se também silente sobre uma diversidade de matérias fundamentais (BRASIL, 2020).

Por esta razão, determinou-se que fosse elaborado um novo Plano Geral, coordenado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em parceria com o Ministério da Saúde, Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), Ministério da Mulher, da Família e da Secretaria de Direitos Humanos, além da continuidade das ações que estavam em curso e das ações recomendadas na decisão (BRASIL, 2020).

Complementarmente, a decisão determinou que a Secretaria Especial de Saúde Indígena deveria atender a todos os indígenas indistintamente, estivessem estes em terras homologadas ou não pois havia evidências que o atendimento especial aos indígenas que viviam em terras não demarcadas estava sendo negligenciado (BRASIL, 2020).

A expectativa é que a implementação dessas medidas possam contribuir para conter o avanço do Covid-19 entre os povos indígenas, especialmente entre os povos que vivem em locais mais isolados.

Trata-se, pois, de uma decisão atípica do STF, posto que ultrapassou os limites constitucionais da separação de poderes. Contudo não se nega que trata-se de decisão positiva e necessária, pois tem o caráter de políticas públicas a serem implementadas pela União com o propósito de proteger e garantir o direito fundamental à vida de grupos minoritários.

3.2.4 O Direito à Saúde em tempo de pandemia no Recurso Especial n. 566.471/RN

O Recurso Especial n. 566.471/RN tem como objeto a recusa do Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo. O Estado do Rio Grande do Norte alega que o fornecimento de medicamentos não inclusos no Programa do ente público lesa a ordem e a economia pública.

Antes, no entanto, de detalhar os termos deste RE, é importante contextualizar o direito à saúde no atual momento pandêmico em que os recursos públicos parecem estar ainda mais escassos.

Referente ao período da pandemia do Covid-19 é forçoso destacar que, apesar da sociedade clamar pela efetivação de direitos, é de conhecimento que não há suportes financeiros suficientes para satisfazer as necessidades sociais acarretando escolhas alocativas a serem realizadas pelos gestores (SILVÉRIO, 2021).

Em tempos de pandemia, a principal preocupação das autoridades sanitárias é a ausência de estrutura para o tratamento, já que a equipe de profissionais de saúde e a

quantidade de equipamentos não é suficiente para atender à demanda de todos ao mesmo tempo (PINTO, 2020, p. 26).

Portanto, no momento desta crise sanitária mundial, assim como em outras diversas ocasiões da humanidade, como o pós-segunda guerra, o Estado é chamado para controlar a saúde pública e a economia, que pertencem a mesma equação, ou seja, tentar equalizar os imperativos da saúde e econômicos, visto que resume-se a valores relativos a preservação de vidas, além do que a economia também é vida.

Observe-se, ainda, que a pandemia do Coronavírus poderá servir para resgatar a importância do papel do Estado na economia, que foi abandonada pelo discurso político de austeridade, ajuste fiscal e da necessidade de redução de despesas públicas. A questão se refere a escolhas políticas, “política sem romance”, termo usado professor James Buchanan (1996, p. 15) em seus estudos de Teoria das Escolhas Públicas.

Amaral (2009, p. 84) entende que: “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”, completando que sempre será necessária a adoção de um critério de escolha, pois

[...] não é viável atender todos os pleitos em razão da finitude de meios e recursos, de modo que a adoção de escolhas estratégicas terá, como consequência, o emprego de recursos em um determinado setor, deixando de atender a outros (AMARAL, 2009, p. 84).

O autor utiliza os critérios da essencialidade e da excepcionalidade, enfatizando que, quanto mais essencial for a prestação pública, relacionado à definição de dignidade da pessoa humana, mais excepcional será a razão para a mesma não ser atendida.

No campo da saúde, Amaral, Melo e Sarlet (2013, p. 91) destacam que “a escassez, em maior ou menor grau, não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável”, e mesmo que “não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade de adoção de critérios de escolha, de alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos, mesmo aqueles necessários ao salvamento de vidas” (AMARAL; MELO; SARLET, 2013, p. 80).

Esse foi um ponto destacado pelo Ministro Barroso, quando proferiu seu voto no RE 566.471 do Rio Grande do Norte, referente ao fornecimento de medicamentos de alto custo, *in verbis*:

Nesse contexto, a escassez de recursos traz contornos dramáticos às decisões alocativas na área da saúde. Afinal, como definir quais prestações fornecer? Quanto destinar ao orçamento da saúde? Quais tratamentos e pacientes priorizar? Como é natural, todas essas indagações devem ser pensadas e respondidas pelos órgãos competentes para a elaboração das políticas públicas de saúde. E não pelo Judiciário. Mais recentemente, porém, a excessiva judicialização da saúde tem impedido a execução das políticas públicas existentes. Em 2010, o Ministério da Saúde já

estimava que a litigância teria produzido um estoque de mais de 60 mil processos, além de gastos que excederam a programação financeira do ministério e das secretarias de saúde em mais de R\$ 500 milhões anuais⁵.

A escassez na área de saúde implica em desdobramentos no campo da ética e da liberdade médica, criando obstáculos para que o médico possa prescrever e realizar as ações que entendam ser mais benéficas para o paciente. Como decidir entre a vida e a morte? Como priorizar um atendimento mais eficaz e mais custoso, em comparação a um menos eficiente, porém mais barato?

Administrar a saúde é realizar escolhas difíceis, com recursos limitados, para atender, infelizmente, demandas infindáveis, não se podendo limitar essa problemática a um mero discurso de má utilização das verbas públicas. Tais questionamentos são ainda mais graves neste momento de pandemia, onde, mesmo deslocando verbas de outras áreas do Estado, os recursos não são suficientes para, de forma célere e eficaz, combater esta crise sanitária.

Para a proteção do direito fundamental à saúde, neste momento de crise, até mesmo regras fiscais e orçamentárias precisam ser relativizadas. No Brasil, teremos indiscutível aumento dos gastos públicos, não previsíveis anteriormente, aliado a uma forte queda na arrecadação, sendo, porém, incerto a real dimensão da crise sanitária, impedindo, até este momento, que sejam elaborados parâmetros orçamentários seguros.

E esse foi o alerta do Ministro Alexandre de Moraes, ao conceder liminar na ADI n. 6357-DF, proposta pela Advocacia-Geral da União, permitindo ao Governo Federal a não observância dos rigores da Lei de Responsabilidade Fiscal neste momento de crise pandêmica, *in verbis*:

O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde. A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. O desafio que a situação atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas é de maior elevada gravidade, e não pode ser minimizado. A pandemia de COVID-19 (Coronavírus) é uma ameaça real e iminente, que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato, inclusive no tocante a garantia de subsistência, empregabilidade e manutenção sustentável das empresas⁶.

⁵ Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versão-final.pdf>. Acesso em: 5 Fev. 2021.

⁶ STF – ADI 6357. Rel.: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Publicada em 30.03.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 5 Fev. 2021.

A gravidade da situação exige ações concretas para afastar os obstáculos para a efetivação do direito à saúde. Nessa seara, a crise nos traz a noção de entendimento sobre a vida constitucionalizada, ou seja, viver, sobreviver com dignidade. Com efeito, a necessidade de adotar providências excepcionais para o combate da pandemia também justifica a restrição a direitos fundamentais e a outros princípios constitucionais, dentro da legalidade extraordinária, mas com escolhas baseadas em princípios, na vida protegida, exercida com dignidade.

A crise sanitária configura um período excepcional em que as restrições a alguns direitos fundamentais que em uma situação de normalidade não seriam aceitas, passam a ser toleradas desde que necessárias para preservar os direitos à vida e à saúde.

É preciso garantir o direito à vida, sendo certo que viver dignamente, mesmo em períodos como este, não significa apenas sobreviver, sendo certo que o mínimo existencial deve ser analisado em harmonia com o direito a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 139). Não se pode confundir as necessidades humanas com a simples existência.

A proteção aos direitos fundamentais exige o dever de respeito, proteção e promoção. O Estado não pode violar nem permitir sua violação, além de ter, como obrigação, proporcionar condições básicas para o pleno exercício dos mesmos (MARMELESTEIN, 2014, p. 20).

Portanto, nesse momento do COVID-19, a Economia que tem que se adaptar às necessidades emergenciais e imprevisíveis da sociedade para garantir, através de políticas públicas, o direito fundamental à saúde.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial, na perspectiva da democracia, tem sido motivo de controvérsias sobre a legitimidade de atuação dos juízes e tribunais nas suas condutas ativistas devido à prolação de sentenças, aos seus precedentes judiciais e às suas súmulas com busca à proteção e efetivação dos direitos fundamentais ou nas demandas de política.

Os magistrados e tribunais, por vezes, ante à ineficiência dos demais poderes ou inércia legislativa, implementam políticas públicas com vistas a atender as demandas sociais, por isso, é muito comum as concessões de liminares ou decisões ativistas referentes a políticas públicas de saúde, que em algumas ocasiões, inviabilizem o orçamento do Ente Público, os

seja, tais decisões não levam em conta o custo da decisão, nem a capacidade orçamentária do poder público, nem o custo para a própria sociedade.

Em sentido diverso, a autorrestrição ou autocontenção decorre da conduta do Judiciário em relação ao alcance e o papel da Corte na interpretação constitucional dentro do arranjo institucional. Assim, a autorrestrição é o retraimento do Poder judiciário em decisões políticas e morais em prol dos outros poderes constituídos, seja por motivo de prudência política institucional, seja deferência política e democrática, ou, ainda, por causa da virtude passiva.

Até a promulgação da CRFB/1988, a Corte Brasileira sinalizava um retraimento e baixo poder de afirmação perante os demais poderes. Assim, nesse contexto, há vários fatores que fomentaram o ativismo judicial do STF no Brasil, inicialmente o aparecimento do Estado social e o neoconstitucionalismo. Além dos fatores citados, têm-se como causas o aparecimento do Estado intervencionista, que exige um comportamento mais ativo do agente público.

Nem sempre a conduta ativista da corte é alvo de críticas, algumas justificativas plausíveis são utilizadas para aceitar o seu procedimento, pois o ativismo judicial representa a carência Estatal em atender aos pleitos do povo, bem como a realização dos fins previstos na constituição; outro argumento seria a própria evolução do constitucionalismo, por reconhecer a capacidade criativa dos juízes e tribunais, na defesa dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas. Por fim, a razão normativa, que seria legitimada pela própria Constituição, além de filosófica na tutela dos preceitos constitucionais. Por isso, a principal crítica é: estariam exacerbando as funções dos demais poderes se permitirem a criação de direitos por parte do legislador positivo. Tal conduta ativista do STF está fora dos limites estabelecidos pelo arranjo institucional brasileiro. Ademais, o ativismo judicial induz a uma insegurança jurídica e representa uma ditadura do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

Nesse contexto, o grande questionamento é se a atuação ativista do STF perante os demais poderes é legítimo ou se viola preceitos da democracia. Dessa maneira, ficou demonstrado na pesquisa que é inconcebível o afastamento da manifestação da vontade dos cidadãos por meio dos seus representantes. Portanto, quando o STF no processo decisório de cunho político ou moral sobrepõe os demais poderes, há uma legítima invasão na seara política, sendo assim, aí que surge a tensão entre a democracia e o ativismo judicial. Assim, o ativismo judicial surge quando se ultrapassa o parâmetro do limite democrático das decisões de outros poderes, mesmo as de cunho moral ou político, isto é, naquelas que tenha aceitação da opinião pública ou quando o próprio parlamento não se manifesta para não se expor

perante os seus eleitores. Então, nesse contexto, é possível afirmar que o STF e o Poder Judiciante manifestam-se de forma ilegítima, exercem funções que extrapolam os limites impostos pelo arranjo institucional da Constituição. Logo, indubitavelmente, essa prática é nociva e corrosiva ao princípio da separação de poderes e principalmente aos ditames estabelecidos num Estado Democrático de direito.

Destarte, o procedimento do ativismo judiciário não pode ser considerado legítimo, porém, em casos extremos, é possível que seja necessário. Todavia, a conduta ativista de forma descontrolada e exaustiva, como vem demonstrando o STF pode levar às ruínas o equilíbrio institucional entre os poderes constituídos, inclusive arrisca-se a desacreditar a própria democracia. Deste modo, não se deseja uma Corte com jurisdição constitucional fraca nem que interprete de acordo como o originalismo. A fim de evitar que haja um retrocesso na democracia do Brasil e para que o país não entre num período obscuro de uma ditadura velada do Poder Judiciário, é necessária uma postura bem mais contenciosa do Judiciário Brasileiro e da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

ABRAAO, Fernandes; RODRIGUES, Lara. A criminalização da homofobia à Luz do Supremo Tribunal Federal. **Jornal Eletrônicos das Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 11, n. 2, p.11-25, jul.-Dez., 2019.

ALFAIA, Fábio Lopes. **Reserva do Possível e Discricionariedade Jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

ALMEIDA, Aline Vieira de. Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial. **DireitoNet**, set. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>. Acesso em: 8 abr. 2021.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez, escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; MELO, Danielle; SARLET, Ingo Wolfgang. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-100.

ARAÚJO, Douglas Araujo. Marco inicial da eficácia vinculante da decisão na ADO-26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5831, 19 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74804>. Acesso em: 9 abr. 2021.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: Revista (Sin)thesis, 2019.

_____. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BEZERRA, Ariel Uarian Queiroz. **Controle Concentrado de Constitucionalidade dos Estados-Membros**. Curitiba: Juruá Editora, 2021.

BITTENCOURT, Cristina. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: desafio institucional**. Rio de Janeiro, 2018.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 388.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471**. Rio Grande do Norte. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 20mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363**. Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 17.04.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

BUCHANAN, James. Politics Without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert D. (Org.). **The Theory of Public Choice II**. Michigan: The University of Michigan Press, 1996. p.11-22.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 475-498.

COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279-280.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Manual de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2018. v. I e IV.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 461-462.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo-SP: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. **Ativismo Judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a Ideia de Democracia**. Curitiba: Revista Unicuritiba, 2016.

FORTUNATO, Décio Formagini; MULLER, Leandro Martins. **Ativismo Judicial e a (I) Legitimidade das Decisões Proferidas**. Santa Cruz do Sul: Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C.S. Duarte. Prefácio de Adriano Moreira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio 2009.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, p. 1442, oct., 2004.

KUMASACA, Daniel Mascarim Pires. **A Tripartição das Funções do Estado e as Súmulas Vinculantes: análise histórica e impactos na atualidade brasileira**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 433.

LEITE, George Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do Ativismo Judicial ao Diálogo Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MOREIRA, Melissa de Carvalho. **Reflexões acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: VirtuaJus, 2018.
- NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- ORRUTEA, Rogério Moreira. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.
- PINTO, Nádia Regina as Silva. O direito à Saúde na pandemia do Coronavírus e as perspectivas de acesso igualitário nas redes assistenciais públicas e privadas. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 18-33, Jan.-Jun., 2020.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina Victor. A criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista de Direito da UFMS**, Campo Grande, MS, v. 5, n.2, p. 294-317, jul.-Dez., 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 13-50.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SILVÉRIO, José Davi Pinheiro. Aspectos do direito financeiro e a judicialização de políticas públicas da saúde. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 28 maio 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54685/aspectos-do-direito-financeiro-e-a-judicializacao-de-politicas-pblicas-da-sade>. Acesso em: 28 maio 2021.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Juiz Não é Deus - Juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- _____. Mut(il)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson

(coord.). **Crise dos poderes da república judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VIARO, Felipe Albertini Nano. **Judicialização**: análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2018.