



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

CAROLINA FARIAS BORGES

**CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL: uma análise dos julgamentos do STF relacionados à COVID-19**

**BRASÍLIA
2022**

CAROLINA FARIAS BORGES

**CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL: uma análise dos julgamentos do STF relacionados à COVID-19**

Monografia apresentada 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).

Orientador: César Augusto Binder

**BRASÍLIA
2022**

CAROLINA FARIAS BORGES

**CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL: uma análise dos julgamentos do STF relacionados à COVID-19**

Monografia apresentada 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).

Orientador: Professor César Augusto Binder

BRASÍLIA-DF, 05 SETEMBRO 2022

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

Este trabalho tem por escopo analisar as decisões e a movimentação interna do Supremo Tribunal Federal (STF) entre 2020 e 2021, especialmente o ofício 1º/2020 e a iniciativa da PEC nº 6/2020. Para tanto, consideramos os fenômenos do ativismo judicial sob uma perspectiva macroestrutural, conforme Georges Abboud (2020), e o da Supremacia, de acordo com Oscar Vieira (2008). Recorremos aos mecanismos de controle de constitucionalidade, com vistas a compreender controvérsias na condução de políticas públicas. Os resultados revelam uma ampla concessão de medidas cautelares, com fulcro nas Leis nº 9868/99 e nº 9882/99, além de discussões internas referente à preservação harmoniosa entre os poderes, com a necessidade de uma decisão do colegiado. Nesse período em análise, o STF tornou-se órgão atuante em questões que contemplam a competência dos demais poderes, impulsionando uma posição com teor político.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; ADI; ADPF; políticas públicas; pandemia. ativismo judicial; macroestrutural; supremocracia.

ABSTRACT

This work aims to analyze the decisions and internal movement of the Federal Supreme Court (STF) between 2020 and 2021, especially the official letter 1/2020 and the initiative of PEC nº 6/2020. To this end, we consider the phenomena of judicial activism from a macrostructural perspective, according to Georges Abboud (2020), and that of Supremacy, according to Oscar Vieira (2008). We resort to the mechanisms of constitutionality control, in order to understand controversies in the conduct of public policies. The results reveal a wide concession of precautionary measures, based on Laws nº 9868/99 and nº 9882/99, in addition to internal discussions regarding the harmonious preservation between the powers, with the need for a decision by the collegiate. In this period under analysis, the STF became an active body in matters that contemplate the competence of the other powers, promoting a position with a political content.

Keywords: constitutionality review; ADI. ADPF; public policy; pandemic; judicial activism; macrostructural; supremacracy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PRINCIPAIS MECANISMOS.....	8
2.1	Contexto Histórico.....	9
2.2	Sistema de controle judicial de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	10
2.3	Os principais mecanismos de controle de constitucionalidade.....	11
2.3.1	Ação direta de inconstitucionalidade.....	11
2.3.1.1	<i>Características.....</i>	<i>11</i>
2.3.1.2	<i>Legitimação.....</i>	<i>12</i>
2.3.1.3	<i>Objeto.....</i>	<i>14</i>
2.3.1.4	<i>Procedimento.....</i>	<i>15</i>
2.3.1.5	<i>Medida Cautelar</i>	<i>15</i>
2.3.1.6	<i>Da Decisão e seus efeitos.....</i>	<i>17</i>
2.3.2.	Ação declaratória de constitucionalidade.....	19
2.3.2.1	<i>Características.....</i>	<i>19</i>
2.3.2.2	<i>Legitimação.....</i>	<i>21</i>
2.3.2.3	<i>Objeto.....</i>	<i>22</i>
2.3.2.4	<i>Procedimento.....</i>	<i>23</i>
2.3.2.5	<i>Medida Cautelar.....</i>	<i>24</i>
2.3.2.6	<i>Da Decisão e seus efeitos.....</i>	<i>24</i>
2.3.3.	Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	24
2.3.3.1	<i>Competência.....</i>	<i>27</i>
2.3.3.2	<i>Legitimação.....</i>	<i>27</i>
2.3.3.3	<i>Objeto.....</i>	<i>28</i>
2.3.3.4	<i>Procedimento.....</i>	<i>29</i>
2.3.3.5	<i>Medida Liminar.....</i>	<i>30</i>
2.3.3.6	<i>Da Decisão e seus efeitos.....</i>	<i>31</i>
3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO UMA NOVA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA DIRIMIR PROBLEMAS DE	

POLÍTICAS PÚBLICAS.....	33
3.1 Contexto do ativismo judicial.....	36
3.2 “Ativismo Judicial À Brasileira” na visão de alguns autores.....	39
3.3. Suprema Judicial ou “Supremocracia”	46
4 UMA ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19 E AS SUAS IMPLICAÇÕES.....	52
4.1 As ações direta de inconstitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceitos fundamentais no período da pandemia e as indicações de existência da “Supremocracia”	52
4.1.1 Ações direta de inconstitucionalidade.....	52
4.1.1.1 ADI 6341.....	52
4.1.1.2 ADI 6343.....	57
4.1.1.3 ADI 6586.....	58
4.1.1.4 ADI 6587.....	60
4.1.2 Arguições de descumprimento de preceito fundamental.....	61
4.1.2.1 ADPF 669.....	61
4.1.2.2 ADI 672.....	63
4.1.2.3 ADI 709.....	66
4.2 A relação do ofício 1º/2020 perante ao contexto da Pandemia de Covid-19.....	67
4.3 Proposta de Emenda Constitucional 6º/20 e sua relação com a Lei nº 9868/99 e Lei nº 9882/99.....	69
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

Os mecanismos de controle de constitucionalidade, como ADI e ADPF, passaram a ser amplamente utilizados para dirimir conflitos acerca de políticas públicas, o que levou uma ampla concessão de medidas cautelares com base na Lei nº 9868/99 e na Lei nº 9882/99. Diante disso, a Suprema Corte passou a atuar mais fortemente em questões que contemplam diretamente a relação do Judiciário com os demais poderes, impulsionando também a posição política do Supremo Tribunal Federal no cenário. Uma das razões que deu origem a essa atuação política, para Vieira (2008), é a “hiperconstitucionalização contemporânea”, que resultou da desconfiança da democracia.

Para Clarissa Tassinari (2016, p. 85), esse fenômeno advém da “aceitação do protagonismo do poder judiciário”, o qual foi muito influenciado pelo advento das teorias neoconstitucionalistas, tendo o judiciário o respaldo para interferir nas “novas democracias” desde o reconhecimento da discricionariedade judicial. Além disso, ocorre, o que Tassinari denomina (2016, p. 122) de “argumento pelo qual são criadas as condições teóricas para o natural alargamento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para ações políticas diretas travestidas pelo pressuposto técnico de provimento judicial.” Dessa forma, vale indagar-se se tais mecanismos possibilitaram a interferência do judiciário nos demais poderes, dando ensejo ao fenômeno do ativismo judicial.

O trabalho, quanto ao tipo de pesquisa, adotará a exploratória, a qual identificará as medidas cautelares das principais ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental em âmbito de políticas públicas no período da pandemia do Covid-19, durante os anos de 2020-2021. É relevante o entendimento, haja vista que tais mecanismos foram amplamente utilizados hodiernamente para dirimir contrariedades em âmbito de políticas públicas, ocasionando uma extensa lista de pedidos de medidas cautelares por autores políticos.

O método empregado será Pesquisa Bibliográfica, que terá como embasamento teórico a dissertação “Ativismo Judicial - Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana”, a tese “Supremacia Judicial Consentida: Uma Leitura da Atuação Do Supremo Tribunal Federal a partir da relação Direito-Política” de Clarissa Tassinari; o artigo “Supremocracia” de Oscar Vilhena Vieira, por ter importância no contexto, haja vista a sua contemporaneidade.

Para a coleta de dados, serão adotadas as técnicas pesquisa bibliográfica e análise de conteúdo qualitativa como: o conceito contextualização do controle de constitucionalidade,

apresentando os principais mecanismos que serão retratados no presente trabalho; o conceito e o contexto do ativismo judicial e o ponto de vista dos autores sobre o papel político do Supremo Tribunal Federal; a análise das principais ADI (6586, 6587, 6341, 6343) e das ADPF (669, 672, 709).

O Capítulo 1 abrangerá o contexto histórico do controle de constitucionalidade, o sistema de controle judicial de constitucionalidade na Constituição de 1988 e os principais mecanismos de controle de constitucionalidade que serão compreendidas nesse trabalho.

O Capítulo 2 abrangerá o contexto histórico do ativismo judicial em países que adotam o sistema *common law*, onde nasce a concepção de ativismo judicial, mostrando que a partir disso houve uma importação de um instituto que não é bem adequado no sistema *civil law*. A importação gerará um conflito sem precedentes, tendo em vista que é um conceito fluido e com ramificações teóricas, mas que muitos reconhecem um ponto comum: a discricionariedade jurídica. Desse modo, serão apresentados os conceitos de diferentes autores brasileiros acerca do ativismo judicial brasileiro ou do *ativismo à brasileira*. No contexto brasileiro, também haverá a distinção do termo ativismo judicial brasileiro e do termo Supremocracia ou macrodecisória.

O Capítulo 3 trará a compreensão a respeito das principais ações diretas de inconstitucionalidade, arguições de descumprimento de preceito fundamental ajuizados nos anos de 2020-2021 no decorrer da pandemia de Covid-19, apresentando um paralelo com os conceitos dos autores abordados no capítulo anterior. Além do mais, compreenderá a divergência entre os ministros no Ofício nº 1/2020 e a relação da PEC 6/2020 com a Lei nº 9868/99 e a Lei nº 9882/99.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PRINCIPAIS MECANISMOS

2.1 Contexto histórico

O fato que marcou notavelmente o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno foi *Marbury v. Madison*¹. Tal acontecimento foi caracterizado pelo princípio da supremacia da Constituição, isto é, os poderes do Estado são subordinados à Carta Magna, o qual o Poder Judiciário será seu intérprete final. Luís Roberto Barroso (2019) sustenta que Marshall foi o precursor na história do direito constitucional, pois apresentou grandes fundamentos que justificou o controle judicial de constitucionalidade que são a supremacia da Constituição e que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição.

De forma breve, o caso *Marbury vs. Madison* originou-se no contexto da perda da eleição de John Adams para Thomas Jefferson. Adams tentou controlar o Judiciário, nomeando aliados políticos para cargos importantes, por exemplo, ele colocou o seu secretário de Estado, John Marshall, como presidente da Suprema Corte. O novo secretário de Estado, James Madison, recusou-se a entrega dos diplomas de investidura para os que não haviam recebido (no caso *Marbury*) e, diante disso, Jefferson não reconheceu as novas nomeações. A partir desse fato, Willian Marbury pediu a confirmação da sua nomeação, propondo um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, que era presidida pelo antigo Secretário de Estado do governo Adams, John Marshall.

Marshall dedicou seu voto que *Marbury* tinha direito à investidura no cargo e também acrescentou que deveria existir um remédio jurídico para assegurá-lo. Luís Roberto Barroso (2019) acrescenta que Marshall enfrentou mais dois problemas que eram de saber se o *writ of mandamus*² era a via própria e, se fosse positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo. E dessa forma, Marshall concluiu que as duas categorias de atos do Executivo não eram suscetíveis à revisão judicial, como os atos de natureza política e as demais atribuições do Executivo.

Dimitri Dimoulis (2016) prevê que, ao persuadir a Corte, Marshall angariou duas vantagens políticas: a primeira consistia que a Suprema Corte evitava o conflito com o governo

¹ Luís Roberto Barroso (2019, p. 27) salienta que em um ambiente politicamente hostil que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos. Além disso, o Barroso (2019) defende que a argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa.

² O *writ of mandamus* consistia em uma ordem para a prática de determinado ato (BARROSO, 2019, p. 29).

federal, aceitando a decisão de não entregar o diploma de investidura a Marbury; segundo, a Suprema Corte afirmava seu poder diante dos demais poderes, o que desenvolveu o controle de constitucionalidade de leis federais.

Na visão de Dimoulis (2016), a Suprema Corte criou um grande artifício para futuros conflitos com os demais poderes: a politicidade do controle de constitucionalidade, ou seja, a decisão da Suprema Corte foi resultado de um cálculo político e não da mera aplicação de normas vigentes³; a segunda conclusão deve-se à natureza polêmica das decisões sobre a constitucionalidade, isso significa que a decisão se baseia em opções interpretativas discutíveis com intuito de chegar às conclusões opostas, como na decisão *Marbury vs. Madison*, confirmando que as questões constitucionais são sempre controvertidas.

Para Luís Roberto Barroso (2019), *Marbury vs. Madison* foi a primeira decisão que a Suprema Corte exerce controle de constitucionalidade, a qual nega-se a aplicação de leis consideradas inconstitucionais em sua interpretação. Além disso, a Corte comprovou ao julgar o caso que a competência seria derivada de um sistema lógico. Em outros vocábulos, Barroso (2019) defende que se a Constituição é a lei suprema, será, dessa forma, inadmissível a aplicação de uma lei incompatível a ela, o que desobedeceria sua supremacia. Por essa razão que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade⁴, isto é, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Vale dizer que, de acordo com Luís Roberto Barroso (2019, p. 40), a teoria da nulidade⁵ da norma inconstitucional no Brasil foi demasiadamente acolhida no Direito brasileiro desde o início da República. Esse é o entendimento que prevalece ainda nos dias atuais, mas que foi mitigada pelo Supremo Tribunal Federal ao passar dos anos: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fez alguns temperamentos à aplicação rígida da tese, e, já agora, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, ampliou a competência discricionária da Corte relativamente à pronúncia de nulidade e o conseqüente caráter retroativo da decisão.”

³ Para Dimitri (2016, p. 44), as decisões tidas como jurídicas são tomadas pelos Tribunais Constitucionais possuem caráter político, por ser política sua origem, motivação e repercussão. Ademais, ele defende que as decisões que abrangem afastamento de lei podem ter maior visibilidade social e acabam tornando-se políticas, pois surgem controvérsias públicas com a participação das autoridades dos demais poderes e da opinião pública.

⁴ A tese de que norma inconstitucional é nula predominou nos Estados Unidos. De acordo com Luís Roberto Barroso (2019, p. 38), essa tese foi acolhida em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, como em Portugal, Espanha, Alemanha e Itália, apenas na Áustria que perpetuou que a lei inconstitucional é meramente anulável, em conformidade com a teoria Kelsiana.

⁵ “Teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório — e não constitutivo —, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Como regra não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao status quo ante” (BARROSO, 2019, p. 38).

2.2 Sistema de controle judicial de constitucionalidade na Constituição de 1998

A Constituição de 1988 criou o sistema eclético, híbrido ou misto, delimitada por um controle por via incidental e difuso (com características do sistema norte-americano), e por um controle por via principal e concentrado (advindo do sistema continental europeu), essa foi implementada com a EC n. 16/65 de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso (2019). O autor arrola as principais inovações, dentre elas (BARROSO, 2019, p. 87):

- a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
- b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

De acordo com Barroso (2019), o controle principal (por ação direta) e concentrado considerou dois eventos diferentes, sendo implementado perante o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, também da ação direta de constitucionalidade, instituída pela EC n. 3/93 (art. 102, I, a); e perante o Tribunal de Justiça do Estado, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º).

Vale ressaltar que uma inovação relevante trazida pela Constituição Federal foi o fim do monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o controle de constitucionalidade por via principal passou consistir por um grande conjunto de legitimados.⁶

Luís Roberto Barroso (2019, p. 89) descreve que, no Brasil, há o conjunto dos dois controles: o controle incidental, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e o

⁶ No art. 103, CF, os legitimados são: o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

controle principal, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, são eles:

- a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica) (art. 102, I, a);
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a);
- d) ação direta interventiva (art. 36, III);
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Vale acrescentar que na perspectiva de Barroso (2019), ocorre uma predisposição explícita no alargamento da jurisdição brasileira constitucional abstrata e concentrada, o que fomenta uma ampla legitimação ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Pode-se citar que as principais leis que regulam e que vão servir para o presente estudo são: a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que abarca o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade; e a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, disciplina o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos ditames do § 2º do art. 102 da Constituição.

2.3 Os principais mecanismos de controle de constitucionalidade

Vale ressaltar que serão apenas abordados apenas os mecanismos relevantes para esse presente trabalho, são eles: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Preceito Fundamental (ADPF).

2.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade

2.3.1.1 Características

A ação direta de inconstitucionalidade⁷ de lei ou ato normativo, também conhecida como ação genérica, surgiu no ordenamento brasileiro por intermédio da Emenda Constitucional no

⁷ Na ação direta, cabe ao autor indicar os atos infraconstitucionais que considera incompatíveis com a Constituição e as normas constitucionais em face das quais estão sendo questionados, com as respectivas razões, pois o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que não pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos que não tenham sido impugnados, ainda que os fundamentos sejam os mesmos.

16 de 1965. A Constituição de 1988 instituiu a ADI e atribuiu a competência para o seu julgamento ao STF (art. 102, I, a, da CF)⁸.

Como assinalado por Dimitri Dimoulis (2016), o objetivo geral da ADI é baldar que norma contrária à Constituição se mantenha no ordenamento jurídico, afetando o sistema normativo por violar a supremacia constitucional, pois, de acordo com o autor, a aplicação de atos normativos inconstitucionais gera danos de difícil reparação. De acordo com o mesmo autor, no contexto processual, a ADI é uma forma de realização do controle de constitucionalidade de tipo judicial, abstrato e repressivo. Os objetivos são a preservação da supremacia constitucional e preservação da segurança jurídica, o que impede o surgimento de decisões discordantes dos preceitos constitucionais, isto é, permite eliminar incertezas geradas por controvérsias jurídicas no que concerne à constitucionalidade de normas.

Vale ressaltar que o sistema federativo vigente no Brasil dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados.⁹ Porém não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal.

2.3.1.2 Legitimação

Para Luís Roberto Barroso (2019), a legitimação passiva, na ação direta de inconstitucionalidade, não apresenta maior dificuldade: recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo. Em relação a Dimoulis (2016), na ADI não há, formalmente, legitimado passivo, porém o órgão responsável pela edição do ato pode se manifestar no prazo de 30 dias (art. 6º da Lei 9.868).

Vale destacar que caberá ao Advogado-Geral da União defender os dispositivos impugnados, conforme preconiza o art. 103, § 3º, da CF. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (2019, p. 227): “A defesa, propriamente dita, da norma impugnada, seja ela federal ou estadual, caberá ao Advogado-Geral da União, que funciona como uma espécie de curador da

⁸ Em harmonia com art. 102, I, a da CF, será competência do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição e a atribuição de processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal.

⁹ O art. 125, § 2º da CF prevê a possibilidade da instituição de uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição estadual. Luís Roberto Barroso (2019, p. 224): “Mas não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal.”

presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público. ”

Conforme Barroso (2019) salienta que o Advogado-Geral da União ficará responsável pela defesa do ato em qualquer circunstância sem ostentar a condição de partes, e o Procurador-Geral da República será incumbido da emissão de parecer nas ações dessa natureza, seja ou não o autor do pedido.

Nesse mesmo ponto, Dimoulis (2016) valoriza que tal defesa caracteriza o contraditório ao processo da ADI, além disso, esse confronto de posicionamentos colabora para a tomada de uma decisão mais factual e torna o procedimento mais jurídico e menos político.

Segundo Barroso (2019), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os universais¹⁰, que abrangem aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os especiais¹¹, que abrangem os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade apropriada.

O entendimento restritivo de legitimação das entidades de classe de âmbito nacional é a denominada pertinência temática. Nas palavras do Luís Roberto Barroso (2019, p. 237): “A ideia, a rigor, mais se aproxima do conceito processual que identifica o interesse em agir: é preciso que haja uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente. ”

Ademais, Barroso (2019) acrescenta que há um temperamento do STF à superação da jurisprudência mais restritiva, ou seja, a Corte já conheceu ação direta proposta por confederação integrada por apenas duas federações, exprimindo que a requerente tinha demonstrado a sua representatividade adequada e que esse requisito é que deveria prevalecer, confirmando a legitimidade.¹²

Outro aspecto relevante trazido pela Lei n. 9.868, de 11 de outubro de 1999, é a

¹⁰ São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. (BARROSO, 2019, p. 229)

¹¹ Os legitimados especiais abarcam: o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BARROSO, 2019, p. 229)

¹² Barroso (2019, p. 238) evidencia que as principais linhas jurisprudenciais em matéria de legitimação das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional são limitativas de sua atuação, em parte para assegurar representatividade adequada e em parte como autoproteção da Corte contra o número excessivo de ações diretas de inconstitucionalidade.

possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem acerca de matéria levada a julgamento por intermédio do *amicus curiae*¹³, instituto originário do Direito estadunidense.

2.3.1.3 Objeto

Os atos impugnáveis mediante ação direta de inconstitucionalidade são a lei e o ato normativo federal ou estadual, em conformidade com o art. 102, I, a, da Constituição Federal.

De acordo com Barroso (2019), essa rigidez da limitação foi sendo progressivamente amenizada. O Supremo Tribunal Federal, primeiramente, passou a aceitar o controle em situações excepcionais, por exemplo, em matéria de leis orçamentárias. A jurisprudência tradicional foi confrontada abertamente por diversos ministros e acabou expressamente relativizada em precedente de 2008. Diante disso, Barroso (2019, p. 242) explana que o Tribunal passou a considerar o caráter abstrato da fiscalização realizada em ação direta diz respeito à existência de uma questão constitucional posta em tese:

Por maioria, o Tribunal entendeu possível aferir a presença dos referidos requisitos, destacando que o caráter abstrato da fiscalização realizada em ação direta diz respeito à existência de uma questão constitucional posta em tese — desvinculada, portanto, de qualquer caso concreto —, e não ao conteúdo do ato específico sobre o qual o controle irá recair.

Conforme assinalado pelo Luís Roberto Barroso (2019), esse posicionamento confirma a disposição que já vinha se delineando no Supremo: por apresentar maior consistência, inclusive por afastar uma distinção aparentemente incompatível com a dicção expressa do art. 102, I, a, o qual estabelece o cabimento de ação direta para o controle dos atos normativos e das leis em geral, quando editados pela União ou pelos Estados-membros.

2.3.1.4 Procedimento

O processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, antigamente, eram reguladas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pela Lei n. 4.337, de 1º de junho de 1964 e pela jurisprudência desenvolvida pela Corte ao longo dos anos, desde a introdução da ação genérica, com a Emenda Constitucional n. 16/65. Hodiernamente são regidos pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Dimoulis (2016) explica que o órgão responsável pela edição do ato impugnado pode

¹³ De acordo com Luís Roberto Barroso (2019, p. 259), tal inovação fez carreira rápida no ordenamento brasileiro reconhecida como fator de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

se manifestar no prazo de 30 dias - art. 6º da Lei n. 9.868/99. Decorrido esse prazo, são ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União na qualidade de defensor da norma impugnada e o Procurador-Geral da República que apresenta seu parecer de maneira livre. Cada um desses órgãos deve se manifestar no prazo de 15 dias (art. 8º). O prazo de 30 dias é estipulado para o oferecimento de informações adicionais, esclarecimentos, perícia ou audiência pública (art. 9º).

Ademais, a ação direta de inconstitucionalidade não admite desistência (conforme o art. 5º da Lei), arguição de suspeição ou impedimento— ressaltada a possibilidade de os próprios Ministros afastarem-se de determinado julgamento por razões de foro íntimo (art. 7º). A Lei n. 9.868/99 observou a participação no processo, por meio da apresentação de petição ou memorial, de quem não seja parte, todavia disponha interesse legítimo na ação. Diante disso, o relator poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, levando em conta a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (art. 7º, § 2º). Conforme Barroso (2019, p. 258) acrescenta que predomina hoje na jurisprudência a respeito do pedido de ingresso: “Após alguma hesitação, a jurisprudência do STF firmou o entendimento de que o pedido de ingresso poderá ser feito até a remessa dos autos à Mesa, para julgamento”.

O relator poderá solicitar informações aos Tribunais Superiores e aos Tribunais federais e estaduais, a respeito da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição conforme o texto do parágrafo 2º. Vale acrescentar que a instrução probatória na ação direta é limitada, devendo as informações, perícias e audiências ser produzidas ou realizadas no prazo de trinta dias (§ 3º).

2.3.1.5 *Medida cautelar*

A Constituição prevê expressamente a possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. Trata-se de providência de caráter excepcional¹⁴, à vista da presunção de validade dos atos estatais, inclusive os normativos. Barroso (2019, p. 261) ilustra que:

Na prática, contudo, devido ao congestionamento da pauta do Supremo Tribunal Federal, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada adquire maior significação: seu indeferimento remete a apreciação da matéria para um futuro, que pode ser incerto; e seu deferimento, embora provisório por natureza, ganha, muitas vezes, contornos definitivos, pela prolongada vigência da medida liminar.

¹⁴ Dimitri Dimoulis (2016, p. 119) evidencia que a lei não indica os requisitos para a concessão da medida cautelar. Diante disso, tais requisitos encontram-se na jurisprudência e doutrina e podem ser sistematizados: a) razoabilidade jurídica da tese apresentada (*fumus boni juris*); b) relevância do pedido que decorre dos possíveis danos em razão da demora da decisão demandada (*periculum in mora*); c) conveniência e oportunidade da cautelar em razão da avaliação comparativa do benefício esperado e do ônus da suspensão provisória.

Luís Roberto Barroso (2019) alerta que ajuizamento extemporâneo da ação direta irá desautorizar o reconhecimento de *periculum in mora* quando já decorrido lapso temporal substancial desde a edição do ato normativo impugnado, o que impossibilita a concessão de medida cautelar. Além disso, Barroso (2019, p. 262) preconiza que a concessão da medida deve importar na suspensão do julgamento, *in verbis*: “O indeferimento do pedido cautelar não tem efeito vinculante, mas a concessão da medida deve importar na suspensão do julgamento de qualquer processo em andamento perante o Supremo Tribunal Federal, até a decisão final na ação direta”.

Dimoulis (2016) assume que a decisão que concede medida cautelar suspende os efeitos da norma questionada até a decisão final, ademais, sustenta-se que a liminar deve ter prazo de vigência de 180 dias, aplicando-se analogicamente o prazo estipulado para a liminar em ADC.

Vale enfatizar algumas peculiaridades da Lei n. 9.868/99. Essa Lei abarca que a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal¹⁵ (portanto, no mínimo seis Ministros), reunidos em sessão do Pleno com a presença de pelo menos oito Ministros¹⁶. No período de recesso, o pedido cautelar será apreciado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal de acordo com RISTF, art. 13, VIII.

Ademais, ela prevê a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado acerca do pedido cautelar, devendo eles se manifestar no prazo de cinco dias (art. 10), somente sendo legítima a dispensa de tal manifestação em caso de excepcional urgência (art. 10, § 1º). O relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República no prazo de três dias (§ 2º) se julgar indispensável, cabendo sustentação oral do requerente e do requerido (§ 3º). A Supremo Corte publicará a decisão, caso conceda a medida cautelar, e solicitará informações a serem prestadas no prazo de trinta dias (art. 11). A medida cautelar será atribuída de eficácia contra todos¹⁷ e concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (§ 1º).

¹⁵ Referências genéricas de “maioria absoluta” ou “dois terços”, entende-se que o número de presenças ou votos não se calcula com base nos 11 Ministros do STF previstos no art. 101 da CF, mas sim dos membros efetivos do Tribunal em cada momento. Se, por exemplo, um Ministro falecer e outro se aposentar, o STF possuirá 9 integrantes, sendo necessário, para a maioria absoluta, cinco votos (e não seis, como ocorre quando as 11 vagas são ocupadas). Mas, na maioria dos casos, a legislação prevê quórum numérico, não importando o número efetivo de Ministros (DIMOULIS, 2016, p. 119).

¹⁶ A decisão é tomada pelo Plenário com a maioria absoluta de seus membros, salvo no período de recesso, no qual a decisão pode ser tomada pelo Relator, nos termos do art. 10 da Lei 9.868/99.

¹⁷ “O caráter *erga omnes* da decisão é traço típico dos pronunciamentos em ação direta, que repercutem sobre a própria lei e não sobre situações jurídicas subjetivas. Há decisão no sentido de reconhecer, igualmente, efeito vinculante à decisão cautelar” (BARROSO, 2019, p. 263).

A concessão da medida da cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (§ 2º)¹⁸. Acrescenta o Ministro que (2019, p. 264): “O restabelecimento da vigência e eficácia da norma preexistente afetada pelo ato reconhecido como inconstitucional decorre da regra geral elementar de que atos inválidos não devem produzir efeitos válidos, salvo em casos excepcionais, atos inválidos não devem produzir efeitos válidos.”

De acordo com o Barroso (2019), o relator está autorizado a conduzir o processo por um rito mais célere, o relator poderá, após a prestação de informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação (art. 12 da Lei n. 9.868/99).

2.3.1.6 Da Decisão final e seus efeitos

Vale ressaltar que a Lei n. 9.868/99 trata conjuntamente da decisão a ser proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. A decisão final deve se dar pelo voto favorável de pelo menos seis Ministros presentes, visto que confere ao quórum de decisão – art. 23 da Lei 9.868/99, e, de pelo menos oito Ministros pelo quórum de deliberação – art. 22 da Lei 9.868/99. Se não for obtido o quórum de deliberação ou de decisão, o julgamento será suspenso até que a maioria prevista seja lograda (DIMOULIS, 2016)

Dimoulis (2016) explana que em alguns casos não se revela possível obter maioria de seis Ministros para declarar a norma constitucional ou inconstitucional, por exemplo, se um ou mais Ministros se declararem impedidos e os demais forem divididos. Nessa hipótese, a ADI deve ser indeferida sem que ocorra confirmação da constitucionalidade da norma impugnada. Essa norma continuará vigorando com base na presunção de constitucionalidade.

Vale dizer que a decisão final da ADI pode ser de procedência do pedido de inconstitucionalidade ou de improcedência que corresponde à declaração de constitucionalidade da norma questionada, conforme preconiza o art. 24 da Lei 9.868/99. Dimoulis (2016) explana, a partir disso, a natureza dúplice da ação. Nesse artigo estabelece que proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente a

¹⁸ Vale dizer que, a lei limitou-se a reiterar jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal na matéria em relação à questão temporal, conforme Ministro Luís Roberto Barroso (2019, p.263-264). ADIn MC 1.434-SP, rel. Min. Celso de Mello: “A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex nunc, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere. Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ex tunc, com repercussão sobre situações pretéritas. A excepcionalidade da eficácia ex tunc impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar.

eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. Julgada a ação, faz-se a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato (art. 25) e, dentro de dez dias após o trânsito em julgado, publica-se a parte dispositiva do acórdão (art. 28).

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurível, ressalvada a interposição de embargos de declaração (art. 26), que somente poderão ser oferecidos pelo requerente ou pelo requerido, e não por terceiros, nem mesmo pelo Advogado-Geral da União. No entanto, caberá reclamação para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões, conforme preceitua o art. 102, I, I da CF.

Segundo Barroso (2019), por meio do art. 26 da Lei n. 9.868/99, que fomenta o entendimento da jurisprudência pacífica da Corte, a qual no controle por via principal e abstrata não caberá ação rescisória, além disso, a decisão na ação direta gera efeito retroativo, salvo expressa deliberação em sentido contrário, conforme acentua o art. 27 dessa Lei.

Por meio do art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/99 fica evidente a eficácia erga omnes e efeito vinculante, tal como: “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”¹⁹.

Conforme Barroso (2019) argumenta que a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, como qualquer ato jurídico, destina-se à produção de efeitos próprios. A doutrina costuma caracterizar como sendo, em regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes.

O art. 27 da Lei n. 9869/99 disciplina a modulação dos efeitos²⁰. Segundo Barroso (2019), o Tribunal poderá modular os efeitos da decisão, nas seguintes situações: em que exclui de seu alcance classe de pessoas que sofreriam o ônus excessivo da decisão; ou em que impede o efeito retroativo em determinado caso (incidindo apenas a partir de seu trânsito em julgado); ou em que fixa um momento específico como marco inicial para produzir efeitos da decisão. Além desses casos citados, também ocasionará a modulação dos efeitos quando o Tribunal

¹⁹ Por intermédio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, vigorou o reconhecimento de efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade passou a figurar também no texto constitucional, com a nova redação dada ao art. 102, § 2º. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁰ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

declara que determinado dispositivo de lei ou ato normativo editado na vigência da ordem constitucional anterior não foi recepcionado pela nova Constituição. Acrescenta que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza jurisdicional, como consequência tal decisão estará amparada pela autoridade da coisa julgada, ou seja, uma vez transitada em julgado, seu conteúdo tornará indiscutível e imutável (CPC/2015, art. 502).

2.3.2 Ação declaratória de constitucionalidade

2.3.2.1 Características

Na visão de Dimoulis (2019) o procedimento da ADC foi delineado pelo STF mediante autocriação de normas processuais por não contemplar previsões legais aprofundadas. Por intermédio da Lei 9.868, de 1999 que regularizaram a ADC e a ADI de forma similar. A competência para o julgamento da ADC é do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, da CF).²¹

De acordo com Luís Roberto Barroso (2019), a Lei n. 9.868/99 trata conjuntamente da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, sendo que ambas fazem parte do juízo concentrado e abstrato a respeito da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, variando apenas o pedido.

Conforme Barroso (2019), a ação declaratória de constitucionalidade não se aproxima tanto com o direito comparado. Diante disso, o Ministro explica que a ação declaratória de constitucionalidade surge foi por meio de um mecanismo de reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção.

Para Barroso (2019), a finalidade equivale o afastamento da incerteza jurídica e a estipulação de uma orientação homogênea referente à matéria.

Já Dimitri Dimoulis (2016), a finalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é corroborar definitivamente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de certo dispositivo, sobre o qual surgiram divergências. Ele explana da seguinte forma (DIMOULIS, 2016, p. 151): “Isso permite, por um lado, confirmar a obrigatoriedade-supremacia do texto

²¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I — processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. O texto constitucional não prevê expressamente a legitimidade de instituição dessa modalidade de ação direta em âmbito estadual, como faz em relação à representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º).

constitucional e, por outro lado, confirmar a validade (ou não) do ato normativo questionado, eliminando a insegurança jurídica gerada pela discussão jurídica acerca de sua inconstitucionalidade. ”

No âmbito processual, Dimoulis (2016) argumenta que ADC é um meio para realizar o controle de constitucionalidade de tipo judicial, abstrato e repressivo²². No que tange o âmbito material, na perspectiva do mesmo autor, esse instrumento manifesta a excepcionalidade em que as outras autoridades podem questionar esse ato. A presunção de constitucionalidade²³ é uma regra que distribui o ônus da argumentação, isto é, não cabe a autoridade que criou a norma comprovar sua constitucionalidade e sim aquela que questiona sua validade. O que concerne a função da ADC é ascensão da segurança jurídica, ou seja, irá impedir que normas gerais e abstratas e de relevante repercussão social permaneçam no ordenamento jurídico por um longo período, gerando danos de difícil reparação. Vale acrescentar que se ocasionar dúvidas a respeito da constitucionalidade, a decisão em sede de ADC possibilitará uma resposta vinculante, afastando incertezas geradas por decisões discrepantes sobre a constitucionalidade da norma.

Dimoulis (2016) levanta um problema trazido por esses sistemas que regulam o controle de constitucionalidade abstrato e concreto, como o sistema brasileiro, o que pode gerar consequências indesejáveis para a administração da justiça. Por isso, a concessão de cautelares, em caso de ações individuais que questionam a constitucionalidade de normas, poderá agravar ainda mais a situação, gerando discrepâncias e incertezas jurídicas.

Esses dois institutos são diferenciados e caracterizados por “sinal trocado” (DIMOULIS, 2016, p. 151):

Tanto na ADIn como na ADC a decisão soluciona a dúvida, dirimindo o conflito sobre a constitucionalidade. A diferença processual está no fato de que na ADC a decisão de constitucionalidade se dá julgando procedente a ação, sendo declarada a improcedência se for decidida a inconstitucionalidade. Já na ADIn, a declaração de procedência indica a inconstitucionalidade do dispositivo e vice-versa (art. 24 da Lei 9.868). Por isso afirma-se que as duas ações seriam, no fundo, idênticas, mas com “sinal trocado”.

²² Esta forma de controle de constitucionalidade inseriu-se no sistema normativo brasileiro pela Emenda Constitucional 3, de 1993, que deu nova redação ao art. 102, I, a, da CF, prevendo a ADC ao lado da ADI. (DIMOULIS, 2016, p. 151).

²³ Dimoulis (2016, p. 152) explica que a presunção de constitucionalidade significa duas concepções: “Primeiro, o ato normativo não depende da confirmação de sua constitucionalidade, mas vigora direta e imediatamente até decisão contrária. Segundo, na presença de várias interpretações da norma infraconstitucional, deve ser preferida aquela que a compatibiliza com a Constituição. Para tanto devemos partir do pressuposto que os atos normativos, na dúvida, devem ser tidos por constitucionais. ”

Em relação à semelhança, Dimoulis (2016) evidencia que além da semelhança estrutural, cada uma das ações é de caráter dúplice ou ambivalente, em outros termos, isso depreende-se que essas ações podem suceder na decisão de inconstitucionalidade e também na declaração-confirmação de constitucionalidade²⁴. Por isso, o autor alerta que é importante demonstrar e comprovar a pertinência temática do pedido da ADC, devido a essa peculiar natureza dúplice, tendo em conta as finalidades e o âmbito de atuação das autoridades e entidades.

2.3.2.2 Legitimação

Os legitimados para a ADI são os legitimados para a propositura da ADC.²⁵ Não obstante, a Lei 9.868/99 ostenta uma lista de legitimados para a ADC mais restrita, pois exclui as organizações da sociedade civil e as autoridades estaduais (art. 13). Além disso, os legitimados especiais (não universais) são compostos: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os Governadores de Estado ou do Distrito Federal; as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Conforme Dimoulis (2016), vale ressaltar que, na ADC não há legitimado passivo, também não necessita da atuação do Advogado-Geral da União para defender a constitucionalidade da norma impugnada, bem como ocorre na ADI, pois não há previsão na Lei 9.868/99 a respeito da ADC. Insta salientar que a necessidade de garantir o contraditório no processo de ADC já foi objeto de controvérsia na discussão da Questão de Ordem na ADC.²⁶

2.3.2.3 Objeto

De acordo com Barroso (2019), o pedido na ação declaratória de constitucionalidade é o de que se reconheça a compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a

²⁴ Nesse ponto, Dimoulis (2016, p. 151) argumenta que ao analisar a causa pretendi aberta, na ADI julgada improcedente não se limita a indeferir o pedido, mas também, confirma a constitucionalidade do ato normativo. Do mesmo modo, ADC indeferida não se limita a negar a confirmação da inconstitucionalidade, será declarada a inconstitucionalidade da norma. Para ele, apresenta um resultado mais forte que a simples negação do pedido, o que fomenta a validade da ADC.

²⁵ São atualmente legitimados para a propositura da ADC: (a) o Presidente da República; (b) a Mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados; (c) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (d) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (e) o Procurador-Geral da República; (f) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (g) partido político com representação em pelo menos uma das Casas do Congresso Nacional; (h) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁶ O autor traz esse fato para ilustrar a discussão (DIMOULIS, 2016, p. 153): “O Ministro Sepúlveda Pertence defendeu a necessidade de contraditório, já que o processo da ADC é jurisdicional, propondo um procedimento editalício, pelo qual se daria notícia da ADC às entidades legitimadas para a propositura de ADIn, fixando prazo para sua manifestação perante o STF. Na votação, a proposta foi vencida, considerando a maioria desnecessário defender o ato normativo quando o pedido consiste justamente na confirmação de sua constitucionalidade”

Constituição. Por força de previsão constitucional expressa (art. 102, I, a, e seu § 2º), somente poderá ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade a lei ou ato normativo federal. Vale notar que a legitimação na ADC é mais restritiva²⁷, ao excluir as normas estaduais.²⁸

Dimoulis (2016) acentua que não poderá ser objeto de controle de constitucionalidade o texto da Constituição de 1988 (Constituição originária) no Brasil, cabendo apenas a harmonização das normas constitucionais originárias em caso de conflito, conforme jurisprudência do STF. Em contrapartida, o Supremo Corte julga o cabimento do controle de constitucionalidade das normas que compõem o bloco de constitucionalidade, o que reforça de forma análoga à Constituição originária.²⁹ Também não incluem as Emendas Constitucionais nos demais “atos normativos”, ou atos infralegislativos³⁰.

Luís Roberto Barroso (2019) atenta que os atos normativos em espécie, cuja constitucionalidade pode vir a ser declarada, são em grande parte os mesmos que se sujeitam na ação direta de inconstitucionalidade: emenda à Constituição, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resolução e decretos autônomos. Assim como, não serão passíveis de discussão em ação declaratória de constitucionalidade os mesmos atos em relação aos quais o Supremo Tribunal Federal excluiu a possibilidade de controle concentrado e abstrato quando do julgamento de ações de inconstitucionalidade, entre os quais se incluem atos normativos secundários, leis e atos de efeitos concretos, leis anteriores à Constituição em vigor, lei que tenha sido revogada, proposta de emenda constitucional ou projeto de lei e súmula.

Dimoulis (2019) ressalta o entendimento da causa de pedir que será causa *de pedir* aberta (causa *petendi* aberta), isto é, o STF não ficará limitado aos fundamentos apresentados pelo autor na petição inicial. O STF adotou essa interpretação na ADC 1, podendo a Corte se respaldar em fundamentos não demonstrados pelo autor da ação, por cuidar-se de matéria de ordem pública.

²⁷ A ação declaratória de constitucionalidade se refere à compatibilidade constitucional de lei ou ato normativo de origem federal (art. 102, I, a). Para Dimitri Dimoulis (2016, p.159), o objeto de verificação da ADC é mais restrito do que o objeto da ADIn, porém, a exclusão dos textos normativos estaduais do campo de incidência da ADC dificilmente se justifica, uma possível explicação seria a reverência ao princípio federativo. Entretanto, tal argumento valeria para limitar a ADIn em âmbito normativo federal, o que não ocorre.

²⁸ Porém, Barroso (2019, p. 312) defende que o Estado-membro, no exercício de sua autonomia política e observado o modelo federal, poderá instituir uma ação análoga, com tramitação perante o Tribunal de Justiça, tendo por objeto lei estadual ou municipal e como paradigma a Constituição do Estado, sem prejuízo.

²⁹ As normas do bloco de constitucionalidade podem ser divididas em: (a) as Emendas Constitucionais (conforme o procedimento dos arts. 60 da CF e 3º do ADCT); (b) os tratados internacionais incorporados no direito brasileiro com base no procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF.

³⁰ O autor (DIMOULIS, 2016, p. 160) alerta que atos infralegislativos não podem ser considerados as emendas, que essas são atos de força supralegislativa.

2.3.2.4 *Procedimento*

De acordo com Dimoulis (2016), o processo da ADC é mais simplificado do que o processo da ADI. Após o recebimento da petição inicial, deve ser ouvido o Procurador-Geral da República no prazo de 15 dias (art. 19 da Lei 9.868). Já para o oferecimento de informações adicionais, esclarecimentos, perícia ou audiência pública se o relator o considerar necessário conforme os ditames do art. 20 da Lei 9.968, esse prazo será de 30 dias. De acordo com o autor, esses dispositivos indicam que não há efetiva limitação do poder do relator para escolher o tempo de apresentação do relatório e de seu voto, pois na prática, sempre se verifica “acúmulo de serviço”, o que permite que o prazo de 30 dias seja mais flexível.³¹

Conforme Dimoulis (2016), o RISTF e a Lei 9.868/99, ao se omitir, delegam ao relator a competência de determinar o tempo e a ordem de julgamento³². Diante disso, entretanto, o autor argumenta que isso contrasta com as estritas limitações temporais colocadas de forma preventiva que baseiam o RISFT (art. 170) e a Lei 9.868 que estabelecem limites temporais fixos e curtos para a atuação dos demais participantes do processo da ADC. Diante disso, na sua perspectiva, em função do silêncio do RISTF, a Presidência possui poder discricionário sobre a inclusão de processos na pauta, podendo determinar quando será julgado o processo apresentado pelo relator.

O julgamento é realizado no Plenário, sendo basilar a presença de pelo menos oito ministros (quórum de deliberação previsto no art. 22 da Lei 9.868/99). Primeiramente, cabe o relator apresentar o relatório e o seu voto e, logo após, votam os Ministros presentes na ordem inversa de antiguidade.

2.3.2.5 *Medida cautelar*

De acordo com Luís Roberto Barroso (2019), a Constituição não prevê a possibilidade de concessão de medida cautelar no que se refere à ação declaratória de constitucionalidade. O STF discutiu amplamente a possibilidade de deferimento de medida cautelar nessa espécie de ação, após a introdução da ação declaratória de constitucionalidade pela EC n. 3/93. Diante disso, por maioria, chegou ao entendimento da possibilidade da concessão, para o fim de sustar a prolação de qualquer decisão que tenha como pressuposto a declaração de constitucionalidade

³¹ O autor (DIMOULIS, 2016, p. 157) narra que a partir de uma consulta do andamento processual das ADCs indica que esse prazo não é respeitado: “Basta indicar que a ADC 11, proposta em novembro de 2005, não tinha sido julgada até novembro de 2015”.

³² O art. 20 da Lei 9.868 prevê somente que “o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.”

ou inconstitucionalidade da lei até o julgamento definitivo da ação. Portanto, somente diante da fundada ameaça à segurança jurídica e à isonomia, decorrente de decisões contraditórias, é que haverá interesse em agir e estará legitimada a intervenção do Supremo Tribunal Federal.

2.3.2.6 Da Decisão final e seus efeitos

O quórum de deliberação exige a presença de pelo menos oito Ministros (art. 22 da Lei n. 9868/99). A lei estabelece que, tratando de uma ou de outra ação, efetuado o julgamento, será proclamada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada, se houverem a manifestação de pelo menos seis Ministros (art. 23 da Lei n. 9868/99). A decisão será irrecorrível em qualquer caso, permitindo somente a interposição de embargos declaratórios. Vale realçar que, igualmente, não poderá ser objeto de ação rescisória (art. 26 da Lei n. 9868/99).

A declaração de constitucionalidade, produz efeitos erga omnes e vinculantes, em conformidade com § 2º do art. 102 da Constituição Federal e com parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99.

2.3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

2.3.3.1 Características

De acordo com Dimoulis (2016), no âmbito processual, a ADPF é uma forma de efetivar o controle de constitucionalidade de tipo judicial, abstrato e repressivo. Vale realçar que a Constituição não indica a legitimação ativa, suas hipóteses de cabimento, seu objeto e efeitos. Somente pela Lei 9.882 de 1999, a ADPF foi representada processualmente.

Dimitri Dimoulis (2016) menciona que a particularidade da arguição é a predominância de duas modalidades³³, são elas: a ADPF principal (direta, autônoma) pode ser proposta para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º, caput, da Lei 9.882); a ADPF incidental (por derivação) pode ser proposta como incidente no decorrer de um processo. Nessa modalidade, deve haver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição

³³ Barroso (2019, p. 357-358) salienta que na doutrina, de maneira unânime, aufere-se da Lei n. 9.882/99 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) a arguição autônoma e b) a arguição incidental. A autônoma tem sua previsão no art. 1º, caput: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

(art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882).

Dimoulis (2016) descreve que o termo descumprimento³⁴ é sinônimo da violação de norma, independentemente da forma e do autor da violação. Um outro significado mais abrangente ao termo refere-se às situações de desrespeito ao espírito ou às finalidades da Constituição, embora não viole determinado texto normativo. Já a expressão preceito fundamental resulta na constatação de que a violação de determinadas normas provoca efeitos mais graves para o sistema jurídico.

Insta salientar que, Dimitri Dimoulis (2016) exemplifica o conjunto de normas que devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais, tais como: os fundamentos e objetivos da República, as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º), os direitos fundamentais, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente e os princípios constitucionais ditos sensíveis, conforme art. 34, VII, que são aqueles que dão ensejo à intervenção federal.

Luís Roberto Barroso (2019, p. 361) alega a importância que haja uma melhor definição para verificar o cabimento da ADPF para não ser apenas uma nova via de discussão, nesses seguintes termos:

É preciso, portanto, definir elementos mais precisos para aferir o cabimento de ADPF, sob pena de se banalizar o mecanismo, transformando-o em mais uma via para a discussão de qualquer controvérsia, de direito ou mesmo de fato. Caso sirva para tudo, é bem provável que a ADPF acabe não servindo para nada.

Perante ao exposto, Barroso (2019) alude que a questão constitucional discutida abarca os seguintes quesitos: (a) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental³⁵; (b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos³⁶;

³⁴ Vale salientar que, segundo o Ministro (2019, p. 360), nem a Constituição e nem a lei cuidaram com o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”, o que transfere esse papel para a especulação da doutrina e a casuística da jurisprudência. Ministro alude que: “Intuitivamente, preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição. Por outro lado, impõe-se reconhecer, por força do princípio da unidade, que inexistente hierarquia jurídica entre as normas constitucionais.”

³⁵ Barroso (2019, p. 362) explana que para o cabimento da ADPF, a suposta ameaça ou lesão ao preceito constitucional fundamental deve ser real e direta. Tendo em vista que o art. 10 da Lei n. 9.882/99 dispõe que, “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”. Portanto, o pedido da ADPF feito em face à Corte deverá envolver a fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental, ou seja, não basta a mera invocação de uma violação reflexa.

³⁶ “Cabe aos juízos de primeiro e segundo graus prestar jurisdição, solucionando os casos concretos. Não cabe ao STF presidir fase instrutória para resolução de fatos controvertidos, não seria pertinente utilizar a ADPF se, para produzir uma conclusão acerca da violação de preceito fundamental, fosse necessária dilação probatória. A jurisprudência do STF busca reservar ao próprio Tribunal a definição, em abstrato, do sentido e alcance da

e (c) deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional³⁷.

Em outras palavras, Barroso (2019) preconiza que não caberá a atribuição ao STF, em detrimento de suas atribuições como Corte Constitucional, a competência própria das instâncias ordinárias, ou mesmo do STJ em matéria de interpretação da ordem infraconstitucional. Em outros vocábulos, o autor defende que a violação a preceito fundamental que autoriza o cabimento da ADPF é aquela que interfere de forma direta com a fixação do conteúdo e alcance do preceito e independe da definição prévia acerca de fatos controvertidos, ademais, não caberá a ADPF se a questão suscitada puder ser solucionada pela interpretação do sistema infraconstitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso (2019), um pressuposto genérico para o cabimento da ADPF é a inexistência de outro meio idôneo³⁸, contudo, deve ponderar pelo princípio da subsidiariedade para matéria de ADPF, nesse quesito, ele defende uma interpretação mais aberta e construtiva da regra da subsidiariedade.³⁹ Essa interpretação recomenda que, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional, considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los.

A partir da regra da subsidiariedade, não cabendo a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, por se tratar, por exemplo, de controle relativo a direito pré-constitucional, norma municipal em face da Constituição Federal, disposição regulamentar ou lei pós-constitucional já revogada, pode ser admissível a ADPF. Inversamente, se couber uma daquelas ações, não será possível o ajuizamento da arguição.⁴⁰

Constituição, evitando a revisão do ofício da jurisdição ordinária. Da mesma forma no curso de um recurso extraordinário a revisão de fatos ou provas não será admitida.” (BARROSO, 2019, p. 362- 363).

³⁷ “Não basta que o interessado associe sua pretensão genericamente a um preceito fundamental para que lhe seja autorizado o uso da ADPF. É necessário que a violação alegada seja direta e, de fato, interfira com o sentido e o alcance do preceito fundamental.” (BARROSO, 2019, p. 364)

³⁸ Em consonância com o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

³⁹ A doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem discordado a respeito, pois o primeiro entendimento em relação a esse tema, desenvolvida em sede doutrinária, rejeita o caráter subsidiário ou residual que a lei teve a intenção de reservar para a ADPF (BARROSO, 2019, p. 367).

⁴⁰ Barroso (2019, p. 371) notabiliza que não caberá ADPF apenas porque não cabem ADI ou ADC: “A jurisdição constitucional abstrata não abrange todas as disputas subjetivas. O descabimento de outros mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade, como assinalado, é um elemento necessário para caracterizar a presença da subsidiariedade que justifica a ADPF. Não se trata, porém, de elemento suficiente. Além da presença dos demais requisitos referidos acima, é preciso que os mecanismos subjetivos existentes sejam insatisfatórios, justificando uma intervenção concentrada por parte do STF. Se tais mecanismos forem adequados para afastar eventual lesão, não se justifica o uso da ADPF”.

Diante disso, o Luís Roberto Barroso (2019) transmite que a ADPF não é uma ação abstrata subsidiária, na perspectiva que seria cabível sempre que a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade não o fossem. Ademais, a ADPF não serve como uma nova modalidade de ação rescisória, com o escopo de realizar uma revisão das decisões proferidas em sede concreta.

2.3.3.2 *Competência*

A ADPF, modalidade de processo objetivo, será submetida à jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, nas suas duas espécies⁴¹. Vale acrescentar que a Constituição Federal não previu a arguição no âmbito dos Estados-membros como fez com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º), segundo Barroso (2019), porém poderá ser instituída pelo constituinte estadual, com fulcro no princípio da simetria com o modelo federal. Sua importância, todavia, será limitada, por pelo menos duas razões: (i) os preceitos fundamentais haverão de ser os que decorrem da Constituição Federal; (ii) os atos municipais e os estaduais já são passíveis de ADPF federal. Diante disso, depreende-se que a arguição em âmbito estadual não terá paradigma e objeto próprio.

2.3.3.3 *Legitimação*

Para Luís Roberto Barroso (2019), a legitimação ativa para a arguição, tanto autônoma quanto incidental, recai sobre os que têm direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da lei), em consonância com os enumerados do art. 103 da Constituição Federal⁴². Além disso, o autor define um paralelismo existente que diferencia entre os legitimados universais e os não universais na propositura da ação, nesses vocábulos (BARROSO, 2019, p. 376):

⁴¹ Tal competência perpassa pelo art. 102, § 1º da CF: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal”, e do art. 1º da Lei n. 9.882/99: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

⁴² A Lei nº 9.882 estabelece como legitimados para a ADPF, os mesmos legitimados para a ADI (art. 2º, inciso I). O art. 103 da CF indica, para tanto, uma lista de órgãos estatais e de organismos da sociedade civil: (a) o Presidente da República; (b) a Mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados; (c) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (d) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (e) o Procurador-Geral da República; (f) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (g) partido político com representação em pelo menos uma das Casas do Congresso Nacional; (h) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O claro paralelismo instituído pelo legislador relativamente à autoria da ação leva à aplicabilidade da distinção existente entre legitimados universais — que podem propor a ação em qualquer circunstância — e os legitimados não universais ou especiais, aos quais se aplica o requisito da pertinência temática.

Barroso (2019) acrescenta que em relação à inclusão da possibilidade de controle de atos municipais, não se estendeu a legitimidade ativa aos Prefeitos ou às Câmaras de Vereadores. No que se refere à legitimação passiva, embora não se possa falar, naturalmente, em réus, caberá ao órgão ou agente ao qual se imputa a violação do preceito fundamental a prestação de informações.

Dimoulis (2016) afirma que na ADPF não existe legitimado passivo, no entanto há várias formas de participação de autoridades e pessoas que provavelmente defenderão a conduta impugnada. Caberá ao Advogado-Geral da União defender os dispositivos impugnados quando o objeto da ADPF é a fiscalização de lei ou ato normativo (art. 103, § 3o, da CF). Em tais hipóteses, é necessária a participação do Advogado-Geral da União em razão da previsão constitucional. Essa configuração dá ao processo da ADPF características de contraditório. Segundo o mesmo autor, o confronto de posicionamentos contribui para a tomada de uma decisão mais bem fundamentada e torna o procedimento mais jurídico e menos político.

2.3.3.4 Objeto

De acordo com Luís Roberto Barroso (2019), nos termos do art. 1º da Lei n. 9.882/99, o objeto da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, podendo a arguição ter caráter preventivo ou repressivo. No caso da arguição incidental, além da tutela do preceito fundamental, visa-se também à proteção da segurança jurídica, da ordem social ou à reparação de injustiça dramática, por meio de demonstração da relevância do fundamento da controvérsia constitucional, em conformidade com o art. 1º, parágrafo único, I.

Segundo Dimitri Dimoulis (2016), a Lei 9.882/99 determina como objeto da arguição na modalidade principal “ato do poder público” que causa descumprimento a preceito fundamental. Assim sendo, o objeto de controle mediante ADPF é definido de maneira extremamente ampla, não havendo nem mesmo referência ao caráter normativo do ato. Além disso, o conceito de preceito fundamental é impreciso e a doutrina apresenta diferentes delimitações para tal conceito, exibindo uma vasta lista de todas as categorias de atos do Poder Público que podem ser objeto de controle.⁴³ O autor acrescenta que hoje é possível impugnar

⁴³ Dimoulis (2016, p. 177) enumera alguns exemplos que NÃO podem ser objeto de ADPF principal como: a) Atos jurídicos de particulares (contratos e outras manifestações de vontade), pois a Lei 9.882 exige que o autor do

decisões judiciais, contanto que o assunto trate sobre problema de constitucionalidade e não se relacione exclusivamente com a tutela de interesses subjetivos.

Para Dimoulis (2016), o posicionamento doutrinário mais convincente reconhece inconstitucional a ampla determinação do objeto da ADPF. Esse posicionamento abarca que o Judiciário deverá possuir autorização constitucional específica e explícita para que afaste ou reformule os atos dos demais poderes, caso o Judiciário atue como legislador e administrador negativo (ou mesmo positivo), devido a ampla determinação do objeto da ADPF. Para o autor, caso contrário, haverá uma indevida intromissão na esfera de livre atuação dos demais poderes. Dessa forma, a autorização constitucional há limites procedentes da interpretação sistemática da Constituição com a finalidade do legislador caracterizar a ADPF.

Em outros termos, Dimitri Dimoulis (2016) explana que o objeto deve ser semelhante às demais ações, não obstante, não deve ser idêntico ou mais restrito, pois perderia a utilidade da ADPF. Depreende-se que a Constituição pretendia que o objeto da ADPF fosse mais amplo, sob pena do instituto tornar-se inútil. Por essa razão, a ampla determinação do objeto pela lei não é inconstitucional. Vale ressaltar, conforme o mesmo autor, antes do advento da ADPF, todos os atos do Poder Público eram submetidos ao controle de legalidade e aqueles que contrariavam diretamente a Constituição podiam ser objeto de fiscalização de constitucionalidade no âmbito do controle difuso-concreto.

Segundo Dimoulis (2016), posto isto, a ADPF não foi uma inovação drástica a respeito do objeto do controle de constitucionalidade, apenas, serviu para estender as competências do Supremo Tribunal Federal.

2.3.3.5 Procedimento

O procedimento da ADPF é regulado pela Lei n. 9.882/99, com aplicação subsidiária da Lei n. 9.868/99. De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso (2019), a petição inicial deverá conter a indicação do preceito fundamental violado e do ato questionado, a prova da violação, o pedido, com suas especificações, e, poderá precisar da comprovação da existência de controvérsia relevante sobre a aplicação do preceito fundamental de qual foi violado. O relator solicitará informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, ao apreciar

ato exerça poder público. b) Omissões do Poder Público. c) ADPF pode questionar decisões judiciais, inclusive as transitadas em julgado? Tal orientação cria o risco de transformar a ADPF em uma espécie de super-recurso, após o esgotamento dos demais e o STF em Tribunal de revisão das decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário, mesmo fora das hipóteses de cabimento de Recurso extraordinário.

o pedido liminar, no prazo de dez dias. O relator poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição. Ademais, cabe ao relator, se entender necessário, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão, ou fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, segundo o art. 6º caput e art. 6º § 1º.

O relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros após o prazo das informações e pedirá dia para julgamento. O Ministério Público terá vista do processo, por cinco dias, nas arguições que não houver formulado, após o decurso do prazo para informações⁴⁴. As sustentações orais e juntadas de memoriais poderão ser autorizadas pelo relator, por meio de requerimento dos interessados no processo, nos ditames do art. 6º, § 2º.

Dimoulis (2016) acrescenta que tais dispositivos indicam que não há efetiva limitação do poder do relator para escolher o tempo de apresentação do relatório e de seu voto. Ademais, o julgamento é realizado no Plenário. Devem estar presentes pelo menos oito ministros – esse é o quórum de deliberação, art. 8º da Lei 9.882/99. A princípio, o relator apresentará o relatório e o seu voto, posteriormente, os Ministros presentes votam iniciando pelo mais recente membro do Tribunal. A ordem de votação poderá ser modificada se um Ministro antecipar seu voto após autorização do Presidente, conforme art. 135, §1º.

2.3.3.6 *Medida liminar*

Luís Roberto Barroso (2019) evidencia que a lei prevê de forma expressa a possibilidade de deferimento de pedido liminar na ADPF, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Ademais, é faculdade do relator, antes da decisão, solicitar a oitiva dos responsáveis pelo ato questionado, do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, sendo estipulado prazo de cinco dias para tanto (art. 5º, § 2º).⁴⁵

Vale ressaltar que a liminar poderá consistir na ordem de suspender processos judiciais ou efeitos de decisões judiciais, tal como em qualquer outra medida relacionada com o descumprimento (art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/99). Segundo Dimoulis (2016), a formulação é extremamente ampla, permitindo que o julgador suspenda um ato impugnado ou tome qualquer

⁴⁴ A Lei da ADPF prevê a possibilidade de o Ministério Público pedir vista do processo, com prazo de cinco dias, e se manifestar. Poderá acontecer após o fim do prazo de dez dias para informações da autoridade interessada (art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.882). Em relação ao Advogado-Geral da União deve atuar como defensor do ato impugnado quando objeto de controle é lei ou ato normativo (art. 102, § 3º, da CF).

⁴⁵ O art. 5º, caput, da Lei 9.882 permite a concessão de medida cautelar (pela lei denominada de “liminar”), mediante decisão da maioria absoluta dos Ministros. Antes da decisão, é facultado ao relator solicitar a oitiva dos responsáveis pelo ato questionado, do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, sendo estipulado prazo de cinco dias para tanto (art. 5º, § 2º).

outra providência para remediar a situação. A lei limita esse poder mediante a proibição de afetar situações que são protegidas pela coisa julgada.

Ademais, que nos períodos de recesso do Tribunal ou em casos excepcionais (“extrema urgência ou perigo de lesão grave”), o relator pode conceder a cautelar com decisão monocrática, sendo a decisão sujeita a confirmação pelo Plenário.⁴⁶

Conforme Dimoulis (2016), caberá pedido de reconsideração da decisão que indefere a medida cautelar em controle de constitucionalidade, uma vez que tenha ocorrido fato novo. A Lei n. 9.882/99 não abarca sobre prazo para a validade de medida liminar, diante disso, o autor explica que predominará o entendimento da doutrina: aplica analogicamente na ADPF a previsão de prazo de 180 dias estabelecido como marco máximo para a validade da liminar na ADC.

2.3.3.7 Da decisão final e seus efeitos

Para a decisão final é fundamental a presença de pelo menos dois terços dos Ministros em consonância ao disposto no art. 8º da Lei n. 9.882/99. A lei não estabelece um quórum de decisão específico, sendo suficiente a maioria dos presentes. De acordo com Dimoulis (2016), uma ADPF pode ser declarada procedente com votos de menos que a metade dos membros do Tribunal – significa que sendo 8 dos 11 Ministros presentes podemos ter 5 votos a favor. A doutrina preza pela a maioria qualificada de seis ministros, como prevista para a ADI e a ADC.

Segundo Luís Roberto Barroso (2019), a decisão proferida em ADPF terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º) em relação aos efeitos subjetivos. Aos efeitos objetivos, se a arguição tiver resultado de um ato normativo, por exemplo, serão análogos aos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Depreende-se que há similaridade do efeito da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade em relação a arguição de descumprimento fundamental (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).

⁴⁶ O art. 5º, §1º prevê que: “Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Dimitri Dimoulis (2016, p.156) acrescenta que: “essa previsão pode causar situações embaraçosas para a segurança jurídica, como se verificou na ADPF 54. O relator suspendeu processos judiciais e reconheceu o direito da gestante a realizar aborto em caso de anencefalia em julho de 2004. Em outubro de 2004, a liminar foi suspensa, voltando a vigorar a criminalização do aborto em caso de anencefalia. Em abril de 2012, passados oito anos, a decisão definitiva reafirmou o direito da gestante ao aborto, verificando-se uma oscilação na jurisprudência que foi prejudicial para as gestantes e mostrou a disfuncionalidade do atual sistema de concessão de liminares em ações diretas. ”

Barroso (2019) atenta no que diz respeito aos efeitos temporais, haja vista que a lei preconiza a não retroatividade da decisão.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO UMA NOVA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA DIRIMIR PROBLEMAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle de constitucionalidade para resolver conflitos acerca de políticas públicas tornou-se um ponto discutível e emblemático, tendo em vista que o STF passou a atuar mais fortemente para apreciar questões que envolvam diretamente a relação do Judiciário com os demais poderes, principalmente o Legislativo, bem como incitar sua posição em cunho político, apresentando a nova atuação do Judiciário à frente dos demais poderes (ABBoud, OLIVEIRA, 2014).

A partir desse contexto, Clarissa Tassinari (2016, p. 76) ressalta que o discurso de supremacia judicial no Brasil é derivado de um dever constitucional, que, às vezes, pode ser “oculta em afirmação teórica”. Para Tassinari (2016), o sistema constitucional brasileiro é respaldado pela a quantidade de mecanismos previstos para a proteção dos direitos que foram assegurados pela Constituição de 1988, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Esses mecanismos são alguns dos exemplos que dispõe os três poderes de forma direta em diálogo ou, sob tensão, além de possibilitar a intervenção do judiciário em episódios tipificados por inefetividades constitucionais.

Clarissa Tassinari (2016, p. 85) defende que ocorreu “uma aceitação do protagonismo do poder judiciário”, o qual foi muito influenciado pelo advento das teorias neoconstitucionalistas, ocasionando uma grande interferência do judiciário nas “novas democracias” desde o reconhecimento da discricionariedade judicial. Ela acentua que tal fato reverberou no surgimento do ativismo judicial (TASSINARI, 2016, p. 85): “Tudo isso repercute no surgimento do ativismo judicial, compreendido como uma postura/uma conduta dos membros do judiciário pautada por critérios não jurídicos”. Diante disso, Tassinari (2016) relata duas possíveis leituras sobre a atividade jurisdicional: a judicialização da política e o ativismo judicial⁴⁷.

Além do mais, insta salientar, na visão de Tassinari (2016, p. 122), que há uma afirmação da supremacia constitucional, isto é, que é o “argumento pelo qual são criadas as condições teóricas para o natural alargamento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal

⁴⁷ Para Clarissa Tassinari (2016), a judicialização concerne na ideia da concretização da constituição; por outro lado, o ativismo judicial, apresenta-se como papel político do Supremo Tribunal Federal, porque sua intervenção é soberana – não constrangida por nenhum outro elemento (seja no que diz respeito à relação com os demais poderes ou às balizas constitucionais que o processo constituinte estabeleceu; ativismo é decisão fora do direito, elevando o judiciário a ser fonte de si mesmo.

para maiores intervenções (ou para ações políticas diretas travestidas pelo pressuposto técnico de provimento judicial) ”.

Para Luís Roberto Barroso (2019), o princípio da separação dos poderes passou a conviver com realidades novas e inexoráveis, às quais precisa adaptar-se. A exemplo da interpretação judicial, como a interpretação da Constituição, constantemente consistirá em um ato de vontade por parte do intérprete⁴⁸. Em suas palavras, ele avoca que (BARROSO, 2019, p. 82): “No Brasil dos últimos anos, deixou de ser um departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.” Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais. E ele afirma além disso que (BARROSO, 2019, p. 82): “É certo que os métodos de atuação e de argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política.” Ou seja, é inegável que o judiciário não participe da organização política do país⁴⁹.

Além disso, Barroso (2019) reconhece que esse caráter político da jurisdição constitucional deve ser zelado para que ela não se partidarize ou se desvirtue em instrumento de disputa pelo poder. Em suas concepções, Luís Roberto Barroso (2019, p. 83) aduz que o Judiciário deve ser imparcial, preservando a razão pública, não cabendo doutrinas abrangentes ou em pontos de vista sectários — religiosos, filosóficos, morais, econômicos ou de qualquer outro tipo —, ainda quando espelhem concepções majoritárias na sociedade:

Embora já não sejam cultivados o mito da objetividade plena ou a ficção da neutralidade do intérprete, o Judiciário deve ser um foro imparcial, onde impere o respeito ao fato e ao valor do pluralismo. Um espaço no qual reine a razão pública. Isso significa que as decisões judiciais não se podem fundar em doutrinas abrangentes ou em pontos de vista sectários — religiosos, filosóficos, morais, econômicos ou de qualquer outro tipo —, ainda quando espelhem concepções majoritárias na sociedade. Pelo contrário, as cortes devem buscar argumentos que possam ser reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco e aberto, ainda que venham a discordar dos resultados obtidos em concreto.

Barroso (2019) assegura que a ideia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário, tendo em vista a configuração moderna do Estado e da sociedade.

Segundo Clarissa Tassinari (2016), o STF torna-se o governante bem-intencionado perante a justificativa da exigência do constitucionalismo democrático, a interferência naquelas

⁴⁸ Para Barroso (2019, p. 82), essa vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público. O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado.

⁴⁹ “Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político ” (BARROSO, 2019, p. 82).

situações em que os demais poderes não tiveram uma conduta proativa, seja do legislativo ou do executivo. E para a mesma autora, a sua atuação acaba atingindo dimensão majoritária a pretexto da defesa de interesses contramajoritários (direito das minorias), tornando o poder mais admirado e incentivado por suportes teóricos que defendem a intromissão do judiciário nos demais poderes, *in verbis* (TASSINARI, 2016, p. 152):

Isto é, fundamentado pela proteção dos direitos das minorias (premissa do contramajoritarismo), acaba virando demanda constitucional que o Tribunal faça política pública. Por fim, talvez o STF como o poder mais admirado seja o único elemento que não esteja tão diretamente ligado a uma radicalização das funções que a constituição atribui a este órgão judicial, como ocorre nas outras hipóteses, mas, sim, com o desenvolvimento de uma espécie de cultura constitucional, incentivada por aportes teóricos que elevam o judiciário ao papel de protagonista em democracias constitucionais.

Georges Abboud (2020, p. 1398) reporta o fenômeno do ativismo de forma “macro estrutural e micro decisória”⁵⁰. No Brasil, conforme a dimensão microdecisória, a Constituição é suspensa pelo julgador e substituída por sua subjetividade/discrecionalidade. Diante disso, para Abboud (2020, p.1399), “o juiz obtém uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o escolhido (vanguarda iluminista) para guiar a sociedade na direção do caminho correto, nesse ponto, encaixa-se a figura ideal de um juiz”⁵¹.

Na dimensão macro ou estrutural do ativismo é aquela identificada pelo fenômeno de juristocracia ou da Supremacia Judicial. Nessa dimensão, o Georges Abboud (2020) aduz que o ativismo se evidencia por um agigantamento do Judiciário em face dos demais poderes, sem amparo constitucional para isso.

Perante o exposto, torna-se notável a relevância de contextualizar e conceituar o significado de tal atividade política exercida pela Suprema Corte, que busca atuação mais proativa em questões que envolvam os demais poderes.

⁵⁰ Na dimensão microdecisória, o ativismo equivale-se na suspensão da legalidade como critério decisório. A Constituição Federal e a lei são substituídas por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso (ABBOUD, 2020, p. 1398-1399).

⁵¹ Nesse ponto, sua referência vai ao encontro da figura do juiz Hércules de Ronald Dworkin. O juiz Hércules é descrito como um ser capaz de expressar seus pensamentos, desde os mais específicos até outros, mais amplos e abstratos, não de dentro para fora (como fazem muitos juristas), mas sim de fora para dentro. Dworkin (trad., 2019, p. 78): “Ele poderia decidir todas as questões fundamentais de metafísica, epistemologia e ética, e também de moral, inclusive de moralidade política, também decidir sobre o que existe no universo, e por que se justifica que ele pense que é aquilo que existe; sobre o que a justiça e a imparcialidade exigem; sobre o que significa liberdade de expressão quando bem compreendida, e se e por que se trata de uma liberdade particularmente digna de proteção; e sobre quando e por que é correto exigir que as pessoas cuja atividade está ligada ao prejuízo de outras as indenizem por tal prejuízo. Ele poderia combinar tudo isso e outras coisas mais de modo a formar um sistema maravilhosamente arquitetônico.

3.1 Contexto do ativismo judicial

A origem do ativismo judicial deu-se primeiramente na tradição jurídica estadunidense. No Brasil, foi em face da conseqüente mudança produzida pela jurisdição e pelo processo democrático brasileiro que a doutrina passou a integrar a expressão ativismo judicial. Surge, como defende Clarissa Tassinari (2012), um problema do ativismo judicial ao importar a leitura norte-americana sobre a atividade jurisdicional. A intervenção gradativa do Judiciário na esfera política nos EUA ficou conhecida pela “vontade da decisão judicial” na história da Corte Warren.

Para Georges Abboud (2020), o conceito de ativismo judicial é originário da atuação judicial no *common law*, principalmente nos EUA. Caracterizado pelo surgimento do *legislative override*, o qual caracteriza-se pela possibilidade de o Parlamento imunizar a lei em relação a uma decisão de inconstitucionalidade pelo prazo renovável de cinco anos. Isto significa que o Parlamento tem a possibilidade de ignorar a decisão da Corte Constitucional, e também é permitido a ele imunizar a lei questionada pelo período de cinco anos.

Vale realçar que o contexto que culminou nas modificações realizadas no Direito após a II Guerra Mundial gerou um avanço considerável, visto que possibilitou um crescimento na dogmática constitucional com a positivação de novos direitos, e também simbolizou um novo modo de compreender e concretizar essas garantias. Desse modo, segundo Tassinari (2012, p. 26): “o fenômeno da judicialização da política aparece, especialmente no cenário jurídico brasileiro, como um problema a ser enfrentado”. A exemplo disso, ela vislumbra que no Brasil o processo democrático possui um atributo da promessa de inclusão social, estabelecendo um Estado com objetivos declarados de redução de desigualdades de renda.

Diferentemente da Constituição brasileira, a Constituição estadunidense possui uma matéria mínima e composta por uma linguagem bastante abstrata.⁵² O que possibilitou a discussão entre acadêmicos e a Suprema Corte de delinear o papel da Constituição, destacando o caráter interpretativo do Direito. Esse conflito ocasionou outros questionamentos, ao delegarem poderes aos juízes ativistas nos Estados Unidos, essas opiniões que surgiram nesse país são expostas por Clarissa Tassinari (2012, p. 66):

⁵² Tassinari (2016, p. 86) explana que nos Estados Unidos na medida em que sua constituição atribui poderes específicos apenas ao presidente e ao congresso, deixando para a competência dos estados todo o conteúdo residual, o federalismo gerou um “duplo sistema de normas constitucionais”. Diante disso, o texto constitucional norte-americano potencializa a atuação política da Suprema Corte, exigindo que apresente definições sobre seu conteúdo diante de controvérsias, por outro, é justamente essa sua característica que faz com que a Corte, pois o próprio caráter sintético da constituição estimula que sejam tomadas as principais decisões em nível estadual.

Se, por um lado, a dimensão interpretativa atribuída aos direitos constitucionais estendeu o conteúdo do que havia sido textualmente previsto, incluindo mais garantias aos cidadãos, por outro, gerou a desconfiança sobre as Cortes, no sentido de questionar se, ao decidir sobre tais direitos, os juízes estariam impondo suas próprias convicções morais acima de fundamentos jurídicos.

É relevante expor uma análise comparativa do poder judiciário nos Estados Unidos e no Brasil⁵³, pois foi na tradição jurídica estadunidense que se revelaram as discussões sobre ativismo judicial; foi em face da consequente mudança produzida pela jurisdição e pelo processo democrático brasileiro que a doutrina brasileira passou a integrar a expressão ativismo judicial, que, por sua vez, fundadas em contribuições teóricas norte-americanas. Tassinari (2012) alude que dois temas são bem recorrentes entre a aproximação e o afastamento entre Estados Unidos e Brasil: ao aproximar, surge o problema do ativismo judicial ao importar a leitura norte-americana sobre a atividade jurisdicional; em relação ao afastamento, surge a questão da vinculação destes países a diferentes tradições jurídicas (para o caso brasileiro, *civil law*⁵⁴; já no dos Estados Unidos, *common law*⁵⁵).

Os elementos que constituem o sistema de precedente estadunidense apresentam um distanciamento entre este modelo de jurisdição e o modelo brasileiro. Diante disso, na perspectiva de Tassinari (2012), apesar do distanciamento, há uma tentativa de aproximação entre ambos, que se resulta pela defesa de um ativismo judicial, e também pela criação de mecanismos processuais análogos aos existentes naquele país. O caso das súmulas vinculantes, para a autora, é um exemplo desse problema. A inserção dos enunciados sumulares - ainda sem

⁵³ No Brasil, o STF possui competências originárias e também é uma instância de apelação, tal como a Suprema Corte norte-americana. Mas a constituição brasileira não favoreceu o fortalecimento de um direito constitucional em nível estadual, sendo inesgotáveis os assuntos sobre os quais o Tribunal é provocado a decidir. Em contrapartida, mesmo o juiz singular está autorizado e, para além disso, possui a responsabilidade de analisar o caso à luz da constituição federal. (TASSINARI, 2016, p. 88).

⁵⁴ Para os autores, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019), a tradição brasileira se adequou ao sistema romano-germânico, do direito legislado, conhecido como sistema do *civil law*, ou seja, baseia-se na positivação do direito pela norma legal. A atuação do operador do direito deve ser eminentemente técnica, conhecendo as normas integrantes do sistema e a doutrina que as interpreta, e também a jurisprudência. Seu traço essencial revela-se na análise do sistema a partir da Constituição, como norma fundamental do sistema, seguida da edição de todas as outras normas infraconstitucionais.

⁵⁵ A atividade de política judiciária dá-se mais intensamente junto aos juízes e tribunais, principalmente quando devem estes julgar casos novos, os quais não existam precedentes. A atividade jurisdicional é de natureza política e não técnica. Dessa forma, os juízes não são necessariamente juristas, entretanto podem e devem ser políticos, pois são normalmente eleitos. O traço essencial dos sistemas do caso revela-se pelo apego aos precedentes, leis são escassas e o texto da Constituição geralmente é apenas a expressão de princípios, cuja formatação para os casos concretos se processa na medida em que os conflitos são apreciados pelos tribunais, e sujeitam-se às circunstâncias políticas de cada momento histórico. Por essa razão que as influências e as pressões, naturais na formação do sistema jurídico, são exercidas mais sobre os tribunais do que sobre os parlamentos. (MACHADO, 2000, p. 50).

força vinculativa - pela Emenda Constitucional n. 45/2004 gerou alguns efeitos para o Direito no país. Tassinari (2012, p. 63) exemplifica esse efeito:

Instaurou não apenas o paradoxo de ser, ao mesmo tempo, uma proposta de agilização dos julgamentos e de padronização dos mesmos (numa espécie de defesa da segurança jurídica), mas sua má compreensão deu azo a pronunciamentos discricionários, descontextualizados e descomprometidos com o caso concreto, o que demonstra os problemas de assimilação de mecanismos oriundos de outras tradições jurídicas.

Um dos temas levantados por Clarissa Tassinari (2012, p. 73) é o crescimento do *judicial review* que culminou na interferência judicial em matérias tidas tradicionalmente como exclusivas dos demais poderes:

Atualmente, tem-se observado um grande crescimento do *judicial review*, o que não está apenas relacionado com o entendimento pacífico de que o Judiciário está legitimado a controlar – a partir de parâmetros constitucionais – as decisões políticas dos demais Poderes, mas que diz respeito a uma grande interferência judicial em questões tradicionalmente consideradas como âmbito exclusivo do Legislativo e do Executivo.

É por meio dessa “era moderna” da *judicial review*, em seu ponto de vista, predominantemente apontada por um protagonismo judicial, no qual é reforçada a característica destacadamente legislativa das Cortes. No contexto da tradição *common law*, os juízes não só passaram a dispor à lei caráter secundário, mas também, reescrevê-las. Ante o exposto, a autora (2012) acredita que a atual concepção *judicial review* distorceu completamente a pretensão de Marshall⁵⁶ quando esse introduziu o controle de constitucionalidade.

Em sua tese, a mesma autora (2016) afirma que um dos grandes problemas brasileiro consiste em conjugar dois modelos de controle de constitucionalidade – difuso (originário do contexto norte-americano) e concentrado (próprio do sistema alemão). O Supremo Tribunal Federal, conforme ela reitera, é a quarta instância jurisdicional (quando suas decisões possuem efeitos entre as partes), mas também possui competência originária (cujos posicionamentos geram efeitos para todos). Exemplifica a situação brasileira da seguinte forma (TASSINARI, 2016, p. 89):

Na hipótese brasileira, como há uma mistura desses elementos (que, como observado, não reduzem à mera análise sobre os efeitos da decisão), o STF julga em sede de controle difuso, mas pretende que sua decisão produza efeitos para todos (situação que até é abrangida pela constituição, mas exige a intervenção do Senado Federal – art. 52, X, CF) – caso de mutação constitucional (tese presente no julgamento da reclamação n. 4335/AC).

⁵⁶ Como explicado no capítulo anterior, o caso *Marbury versus Madison* introduziu o modelo de controle difuso de constitucionalidade de leis, o *judicial review*. Foi um marco no constitucionalismo moderno, prevalecendo o entendimento do princípio da supremacia da Constituição na Suprema Corte dos Estados Unidos.

É importante ressaltar em consonância com o posicionamento da autora (2012), que há inconsistências da teoria do direito brasileira com a sistemática norte-americana, pois no Brasil, o Direito está assentado no predomínio da lei (e da Constituição), ainda assim, é alvitado tal insistência em exacerbar o papel da jurisdição.

De acordo com Georges Abboud (2020), o panorama do ativismo praticado no Brasil é distinto dos Estados Unidos. Pois as ações defendidas por autores norte-americanos, como Christopher Wolfe⁵⁷, já podem ser exercidas pelo judiciário brasileiro, sem que sua atuação extrapole os limites impostos pela Constituição.

Por fim, no contexto brasileiro, identifica-se a existência de peculiaridades do constitucionalismo brasileiro, que Clarrisa Tassinari (2016, p. 90) descreve como um “judiciário brasileiro em supremacia de forma multifacetada”⁵⁸.

3.2 “Ativismo Judicial à Brasileira” na visão de alguns autores

A mistura de teoria do direito brasileiro e norte-americano⁵⁹ e de suas constituições deturpa o sentido e não segue uma padrão aceitável pela população. E isso gera o que Clarissa Tassinari (2012, p. 92) denomina de “ativismo judicial à brasileira”, nesses termos:

é possível perceber que, no Brasil, sob o manto do ativismo judicial, a doutrina produziu uma leitura bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional, que se manifesta em oscilações de aproximação e afastamento, sem qualquer pudor, entre a cultura jurídica do Brasil e a dos Estados Unidos. Com isso, não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade. Não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial à brasileira.

O “ativismo judicial à brasileira”⁶⁰ abarca a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria do contexto brasileiro e, além disso, depreende-se uma crítica implícita à utilização desse termo de modo defraudado do contexto de seu surgimento, o que resulta em um conceito errôneo, marcado pela inexistência de uma adequação ao termo do que

⁵⁷ Georges Abboud (2020, p. 1370): “ O jurista americano é favorável a uma modalidade moderada de *judicial activism*, a qual a *judicial review* seria empregada para proteger direitos individuais, resguardar minorias, impulsionar reformas sociais, eliminar discriminações ilegais, além de fulminar e atualizar leis inconstitucionais.”

⁵⁸ O judiciário brasileiro possui diversas faces, muito mais que compõem a Suprema Corta norte-americana, flertando com o sistema common law (TASSINARI, 2016, p. 90)

⁵⁹ Para Tassinari (2016, p. 80), ocorre no Brasil algo que poderia ser chamado de fenômeno de “difusão conceitual – intencionalmente causado, na medida em que a matéria transportada para o lado de cá é seletivamente escolhida, e não equilibrado, porque grande parte do processo de incorporação dos materiais advindos dessas tradições estrangeiras conduzem à concentração de poderes nesta instituição judicial, sem que haja a excreção dos excessos ou dos resíduos (aquilo que, pela diferença entre contextos políticos-jurídicos distintos, com peculiaridades específicas, deveria não ser aproveitado, pois incompatível)”.

⁶⁰ Esse termo é usado pela autora em sua dissertação (TASSINARI, 2012).

se entende sobre o constitucionalismo norte-americano. Na perspectiva de Clarissa Tassinari (2012), o ativismo judicial surge como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um “ativismo judicial à brasileira”, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.

Oscar Vieira (2008) enumera essa ampliação do judiciário por ser notada por diferentes ângulos na sociedade: o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido um efeito da expansão do sistema de mercado em plano global para alguns analistas, os tribunais estabelecem um meio mais fidedigno para comprometer-se à segurança jurídica, à estabilidade e à previsibilidade do que legisladores democráticos, uma segunda corrente defende a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma incapacidade do sistema representativo de cumprir as promessas de justiça e igualdade, característico de um ideal democrático. Por isso, a recorrência exacerbada do judiciário como guardião dos ideais democráticos.

Segundo Clarissa Tassinari (2016), o ativismo judicial e judicialização da política⁶¹ são “cara e coroa de uma mesma moeda”, são duas tendências na atuação do tribunal de última instância do Brasil e constituem um discurso de supremacia judicial, mas que se consolida em sua naturalização, mostrando ser intrínseco às suas prerrogativas constitucionais. Para a autora, o STF pode extrapolar seus limites, utilizando de profecias sobre o fenômeno jurídico, tal como ela exemplifica, *in verbis* (TASSINARI, 2016, p. 118):

Quando ele faz judicialização da política – quando determina aos demais poderes certas ações típicas da esfera política, como, por exemplo, a realização/implementação de políticas públicas. A decisão que introduziu a tese do estado de coisas inconstitucionais ao contexto jurídico brasileiro, em que pese ainda não seja resolutive de mérito, pode ser exemplo disso. Ou seja, nestas situações, sua atuação vai além da apresentação de uma orientação (constitucional) sobre determinado tema; trata-se de uma intervenção mais concreta e específica, por assim dizer.”

Ademais, o ativismo judicial é compreendido como um problema exclusivamente jurídico (TASSINARI, 2012, p. 44), ou seja, é criado pelo Direito, contudo, traz efeitos em todas as demais esferas. Clarissa Tassinari (2012, p. 44) aduz que o ativismo no seu cerne tem problema na teoria da interpretação: “Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito”.

⁶¹ Tassinari (2016, p. 91) explica a ocorrência de duas perspectivas na atuação do tribunal de última instância do Brasil, judicialização da política e ativismo judicial. A judicialização está relacionada à efetivação de expectativas constitucionalmente previstas, ou seja, dialoga com o conceito de implementação de direitos. Já o ativismo judicial provoca uma postura do judiciário descomprometida com parâmetros de constitucionalidade e/ou legalidade, isto é, refere-se à ideia de discricionariedade judicial.

Georges Abboud (2020) evidencia que o ativismo judicial é o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, ou seja, é por meio dele que a Constituição e as leis são suspensas pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/ discricionariedade. Nesse contexto, Abboud (2020, p. 1386) define o ativismo judicial como: “O ativismo judicial apresenta-se como abandono do direito pelo juiz na formação da decisão judicial. O juiz ativista substitui o direito por outra linguagem ou código de decisão, e.g, política, religião, economia, ideologia, opinião pública etc.”

Além disso, ele ressalta a importância de compreender fenômeno do ativismo judicial que está relacionada com a função do direito, acredita que nenhum desejo de mudança pode ser realizado em prejuízo do direito apoiado pelas diretrizes democráticas, pois os juízes não agentes de transformação, mas sim protetores de direitos (2020, p. 1397):

Compreender o ativismo é compreender a real função do direito. Nenhum entusiasmo e desejo de mudança pode ser feito em detrimento do direito aprovado pelas regras democráticas. Juízes não são diretamente agentes de transformação da realidade. Juízes são protetores de direito, podendo agir, inclusive, de forma contramajoritária para tanto.

Outro tópico abordado por Tassinari (2012) concerne sobre a concepção de um “*living constitution*”, quando os juízes acabam inventando um novo documento em vez de dar uma nova interpretação. Em sua percepção e considerando os ensinamentos de Ronald Dworkin, autora afirma que a esfera jurídica e a política são afetadas, haja vista que os ministros da Suprema Corte são indicados pelo poder político, o que demonstra um caráter abstrato dos direitos constitucionalmente previstos, culminando na abertura predominantemente de posicionamentos políticos. Em outras palavras, a política se sobrepõe o Direito e a Moral, o que afasta o judiciário da população, da democracia e da ideia de República (TASSINARI, 2012, p. 67):

É possível observar, assim, como a relação Direito e Moral é atravessada pela Política através da atribuição de autoridade aos juízes, que podem acabar tomando suas decisões a partir de uma intencionalidade político-partidária. Com isso, a interpretação e a própria leitura moral da Constituição acabam possibilitando uma postura do Judiciário considerada elitista, antipopulista, antirrepublicana e antidemocrática.

Partindo dessa ideia, Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, explanam essa relação perigosa quando a Suprema Corte se afasta de suas atribuições como guardião da Constituição Federal (Abboud; Oliveira, 2014, p. 13):

Quando não há a distinção entre os dois corpos, o rei governa e é o governo. Do mesmo modo, quando o STF julga contra texto constitucional expresso, ele deixa de ser guardião da Constituição e sua jurisprudência passa a ser a própria Constituição [...]

Do jeito que a coisa se projeta, a "Supremocracia" de que fala Oscar Vilhena Vieira, ou ainda, a "Juristocracia" que Lenio Streck denuncia a partir de Ran Hirshl, leva-nos a um lugar equivalente ao Poder Absoluto.

Para Ivo Teixeira Gico Júnior (2012, p. 47-48) o ativismo judicial é assim descrito como: “A essa mudança de postura do Judiciário, aqui entendida como a aceitação sistemática da possibilidade de alteração judicial de comandos legais mediante artifícios interpretativos ou simples desconsideração do texto da lei, chamamos ativismo judicial.”⁶²

Para Oliveira (2015), a “ideologia” judicial, conjunto de preferências políticas normativas que compartilham, é um dos mais óbvios fatores capazes de influenciar as decisões dos magistrados, pois suas opiniões e valores sobre temas controvertidos em matéria de controle de constitucionalidade são muitas vezes o fator decisivo, especialmente quando o texto constitucional é essencialmente controvertido. Os magistrados podem decidir motivados por considerações corporativistas, buscando proteger seus interesses ao utilizar as competências jurisdicionais que possuem.⁶³

Cláudio Ladeira de Oliveira (2015, p. 198) acrescenta que as decisões judiciais motivadas pelo auto interesse também podem ser exemplificadas pelos casos em que os magistrados utilizam seus poderes institucionais para enfrentar lideranças políticas que afetam seus interesses ou para barganhar políticas de seu interesse com os poderes executivo e legislativo:

Como os valores ideológicos e os interesses institucionais dos magistrados nem sempre coincidem quanto às consequências práticas, e como nem juízes nem políticos são capazes de perseguir seus interesses de um modo tão simples e unilateral (FEREJOHN e PASQUINO, 2003), é possível que juízes com convicções ideológicas conflitantes atuem de um modo similar na defesa de seus interesses institucionais comuns. Naturalmente, o contrário é igualmente verdadeiro: partidos que conflitam entre si podem, eventualmente, unir-se para enfrentar a excessiva concentração de poder no ramo judiciário. Por outro lado, oligarquias políticas e judiciais podem unir-se contra juízes e promotores de primeira instância no intuito de punir aqueles que sejam percebidos como excessivamente independentes.

Oliveira (2015) preconiza que os magistrados possuem maior facilidade do que os políticos de atuar de forma unificada na defesa de seus interesses institucionais, pois possuem uma estrutura hierárquica organizada (o que facilita a coordenação de ações), treinamento

⁶² Ivo Teixeira Gico Jr. (2012, p. 49) compreende que o ativismo judicial deprecia e, quando generalizado, destrói o valor do capital jurídico. Isso ocorre pela falta de alinhamento horizontal e vertical de interesses dentro do Judiciário, em outros termos, é necessário ter mecanismos de governança, pois o Judiciário poderá não ter um comportamento estável, variando o resultado de acordo com a vontade de cada julgador e com o momento do julgamento. Em uma hipótese dessas, que é bastante preocupante, o ativismo judicial passa a fomentar o anarquismo judicial.

⁶³ O autor cita, a exemplo disso, a decisão monocrática do ministro Luiz Fux, do STF, Ação Originária nº 1773.

comum e compartilham expectativas acerca do comportamento judicial com base em códigos e práticas profissionais. Para o autor, este é o caso em especial de tribunais superiores brasileiros, os quais além de possuírem as competências jurisdicionais relativas ao controle judicial de constitucionalidade, também possuem competências administrativas para gerir uma parcela considerável de recursos públicos.

Ademais, Oliveira (2015) expõe que os juízes e tribunais podem ser motivados por um sentimento mais ou menos difuso de adesão à “opinião pública” que se sobressai sobre algum tema em algum momento, hipótese na qual estarão mais motivados a enfrentar os demais poderes, caso acreditem estar respaldados por uma difusa aprovação social. Os juízes decidem com a intenção deliberada de conquistar respaldo público, no objetivo de alcançar algum conjunto de benefícios específicos⁶⁴.

Para Abboud (2020, p. 1371), “o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não sendo capaz de diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo”. Dessa forma, para Abboud (2020), o ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça de intérprete em prejuízo da legalidade vigente – legalidade como legitimidade do sistema jurídico- não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo. O ativismo se identifica pela concepção em que o Judiciário abandona o direito para julgar a partir de parâmetros metajurídicos, o que não importa se o juiz lançou mão da *judicial review*: o que define se a decisão judicial foi ativista é o desapego do arcabouço jurídico. Portanto, tanto a postura que exercite *judicial review* quanto a favorável ao *self-restraint* podem ser ativistas⁶⁵.

Conforme Abboud (2020), consideram-se o ativismo bom quando a ideologia do juiz coincide com seus interesses e mau ativismo o oposto, em outros termos, torna-se uma questão judicial ontologicamente de conflito de ideologia ou de visão de mundo. Diante do exposto, o autor brasileiro alega que o ativismo é ruim para democracia (ABBOUD, 2020, p.1375):

Todo ativismo é ruim para a democracia, porque em uma democracia constitucional, ao juiz é defeso trocar o direito por sua convicção ideológica. No Estado Constitucional, progressistas e conservadores devem divergir sobre aspectos políticos; contudo, na solução de questões jurídicas, não deveria haver discordância acerca de onde dar início à construção da decisão judicial, ou seja, as leis e a Constituição Federal.

⁶⁴ Oliveira (2015) argumenta que os juízes e os tribunais podem optar por decidir questões politicamente controversas de acordo com suas preferências dos demais poderes, legislativo e executivo, os quais são capazes de influenciar as decisões judiciais de distintas formas, em graus variados de intensidade.

⁶⁵ De acordo com Abboud (2020, p. 1374) o juiz ativista pode ser progressista ou conservador. É necessário somente que deixe de procurar a resposta judicial no Direito e a arquitetura por meio de sua ideologia. Ademais, o próprio autor acredita que (ABBOUD, 2020, p. 1375): “nenhuma defesa ideológica deveria se sobrepor à defesa da Constituição e das instituições democráticas. O debate sobre ativismo não pode ser visto a partir do conflito político.”

Outro ponto que Abboud (2020) salienta é que o texto constitucional representa um limite intransponível para qualquer decisão judicial, principalmente às proferidas pelo STF, porém, no Brasil, a análise da questão do ativismo é preocupante. Por exemplo, há uma manifestação que considera o ativismo como fenômeno “bom” para a democracia porque deixa de ser um magistrado pacífico, atuando de forma que ultrapassa os limites da boca fria da lei. A concessão de política pública e concessão da tutela de direito fundamental pautada no ativismo do bem é uma teoria bem reduzida do fenômeno do ativismo de acordo com o autor, pois o ativismo não se relaciona com a concretização do texto constitucional, não podendo ser aferido por resultado. Vale notar que é possível a implementação judicial de política pública seja constitucionalmente admitida, ou não, dependendo do caso concreto.⁶⁶

Para Georges Abboud (2020) não é nada democrático o juiz impor seus valores, convicções e ideologia a uma sociedade, pois o Direito no ativismo judicial passa a sujeitar-se à subjetividade do magistrado, em outros termos, como se o sentido do texto coubesse ao intérprete. Em suma, considera-se o ativismo sinônimo de extrapolação de limites da atividade judicante, em seus vocábulos (ABBOUD, 2020, p.1383-1384):

É absolutamente não democrático que, no momento de construção da norma, o julgador se utilize dos seus valores, convicções e ideologias, impondo-se a toda sociedade. Sob a ótica ativista, a determinação do Direito passa a depender da subjetividade daquele que decide, como se o sentido dos textos pertencesse ao intérprete. Não por outra razão, a compreensão do ativismo judicial sempre nos remete a discussões sobre a normal e adequada função/atuação dos juízes. Quando falamos em ativismo, obrigatoriamente, falamos em extrapolação de limites na atividade judicante.

Um outro parâmetro apresentado por Georges Abboud (2020) é que o ativismo pode ser uma atuação enganosa do Judiciário diante dos demais poderes sempre que não decorre de razão constitucional- quando apresenta razões não-jurídicas- para isso. Tal fenômeno pode ser observado em âmbito em Ação Direta de Inconstitucionalidade, basta que o STF declare inconstitucionalidade sem base jurídica, invadindo a competência do Legislativo, Abboud (2020, p. 1392) exemplifica nos seguintes termos:

Será considerada insidiosa essa ingerência sempre que não houver lastro constitucional para tanto. Obviamente que o STF, ao declarar inconstitucional uma lei em sede de ADIn, estará

⁶⁶Abboud (2020, p. 1383-1384) realça para não confundir uma decisão de um juiz que conceda tutela judicial atípica para fornecer remédio ou tratamento a segurado do INSS como ativista; pois, nesse caso, compreende-se uma decisão que concretiza direito fundamental do cidadão à saúde. O que interessa para o propósito de combate ao ativismo é o rompimento da noção de discricionariedade judicial.

atuando na esfera do Legislativo. Todavia, há autorização constitucional e fundamento jurídico para tanto, o que nos permite concluir que existe intromissão do Judiciário no âmbito do Legislativo, mas que não é uma intromissão pífida. Ocorre que se, no mesmo exemplo, o STF declarar inconstitucional a lei a partir de razões não jurídicas, atuará de forma ativista e invadirá de maneira ilegítima a esfera de ação do legislativo.

De acordo com Georges Abboud (2020, p.1397) outra faceta que o ativismo deve ser interpretado é como “atuação dos juízes pelo desapego da legalidade vigente (CF+ leis) para prevalecer sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso) na sua decisão”⁶⁷. O mesmo autor defende que toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional em termos qualitativos, assim sendo, o ativismo judicial é identificado pela atuação capciosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes em aspectos funcionais, principalmente diante do Legislativo, tendo em vista que a decisão ativista supera a lei e a própria Constituição. Diante disso, o juiz ativista pratica política a partir de lugar indevido, por isso, essa é um dos motivos pelo qual o ativismo judicial é tão procurado e prestigiado em alguns meios (ABBOUD, 2020, p. 1398): “aquele que obtém decisão ativista consegue atalho para fazer valer seu ponto de vista, sem precisar percorrer os procedimentos propriamente democráticos que cuidam do dissenso político. ”

Vale enfatizar as principais premissas que caracterizam o ativismo judicial por Georges Abboud (2020, p. 1361):

- i) Realização de controle de constitucionalidade das leis não caracteriza, necessariamente, ativismo judicial;
- ii) Do mesmo modo, não é ativismo judicial a atuação contramajoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado;
- iii) Juízes somente podem aplicar o direito mediante atividade interpretativa. Logo, não ser literal não é sinônimo de ativismo judicial. O fato de o juiz não buscar a vontade da lei ou do legislador não caracteriza ativismo;
- iv) Juiz pode ser ativista exercendo a *judicial review* ou praticando o *self-restraint*;

⁶⁷ Abboud (2020, p.1386) aclama que o ativismo é uma troca do direito por política, ideologia, religião ou qualquer outra visão do mundo na formação da decisão judicial. Isto posto, em regra, o ativismo configura agigantamento do Judiciário por intermédio da invasão judicial na esfera de legitimidade e funcionalidade dos demais poderes. O juiz ativista substitui o direito por outra linguagem ou código de decisão, política, religião, economia, ideologia, opinião pública.

- v) Ativismo judicial não é uma questão de ideologia. Ou seja, tanto posturas mais progressistas quanto conservadoras podem ser ativistas;
- vi) Em termos de validade da decisão, todo ativismo incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Segundo Georges Abboud (2018) apesar dessa concentração de poderes do STF e do Judiciário ser a instância controladora da legalidade e constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, em nenhuma hipótese a Constituição Federal autoriza ativismo judicial, pois de forma clara, ela estabelece integralmente a primazia da lei, o dever de motivação e o princípio da separação de Poderes. Ele salienta que o ativismo judicial é o oposto do dever de accountability.⁶⁸

3.3 Supremacia Judicial ou “Supremocracia”

Tassinari (2016) explana que a Supremacia Judicial aparece como discurso, pois está imersa no mito de que a constituição lhe propicia as circunstâncias para seu surgimento, ou porque seria o caminho impreterível para desdobramento do cenário jurídico contemporâneo. Ela conceitua a Supremacia como (2016, p. 143):

discurso que ajuda a compreender os descompassos institucionais e, ao mesmo tempo, impõe um modelo, seja porque considerado uma fatalidade inevitável (uma tendência natural de um cenário político em crise, fragilizado, simultaneamente, pela apatia das instâncias majoritárias, mas também pelo descrédito de seus eleitores), seja porque desejado (numa espécie de confiança social atribuída).

Uma das características da Supremacia, conforme Tassinari (2016), é a discricionariedade (compreende na busca critérios extrajurídicos como justificção para a solução de casos judiciais) que é observada no modo de exercício que implica no aumento dos poderes dos órgãos judiciais. A autora acrescenta que (TASSINARI, 2016, p. 115): “Em outras palavras, a supremacia judicial em sua perspectiva de autoridade interpretativa pode servir a um cômodo e comovente discurso para a legitimação de excessos (discricionariedade), o que, agregado a outras dimensões de supremacia, é ainda mais problemático. ”

⁶⁸ “Segundo Samuel Issacharoff, a accountability é uma das chaves fundamentais para o regime democrático. Para que uma determinada democracia seja legítima, é preciso que, por um lado, haja competição pelo apoio político dentro das regras legais. É a disputa organizada pelo poder que assegura, antes, a responsabilidade das elites políticas e, depois, a legitimidade no exercício da autoridade estatal. Por outro lado, é também necessário que os julgamentos das pessoas, em uma democracia consolidada, não sejam baseados em uma tabulação arbitrária de suas preferências preexistentes, mas sim em uma avaliação do desempenho daqueles que exercem o poder a partir de efetivos critérios de accountability” (ABBOUD, 2018, p. 27-51).

Tassinari (2016, p. 115) aduz que o Tribunal se investe em supremacia “quando, ciente de que sua decisão será cumprida independente de seu conteúdo (porque não existe instância de revisão de seus atos), não se responsabiliza constitucionalmente pela fundamentação (ainda que muitas vezes tente traduzir critérios não jurídicos para uma linguagem constitucional) ”. Para Clarissa Tassinari (2016), a indicação da autoridade final que se fundamenta à luz da constituição, possuindo a supremacia judicial simplesmente porque decide por último, não se leva em conta o fato de que pode agir em excesso, por discricionariedade, podendo ocorrer a fundamentação de posicionamentos judiciais marcados por obscuridades interpretativas, o que está longe dos objetivos de um estado democrático⁶⁹.

Ademais, Tassinari (2016) enfatiza uma outra justificativa afim de que a supremacia judicial seja orgânica e natural no Brasil: por intermédio do exercício de uma autoridade simbólica, isto é, coloca-se o Supremo Tribunal Federal como o poder mais admirado. Percebe-se que essa naturalidade na Supremacia não está ligada diretamente um discurso da previsão do controle de constitucionalidade, mas sim cuida-se de um papel que é arquitetado pelo imaginário da sociedade⁷⁰.

Segundo Tassinari (2016), a composição da Supremacia judicial se sustenta por uma dimensão de autoridade, em três desdobramentos: a autoridade interpretativa, a política e a simbólica. Mas a simbólica é vista como a principal, haja vista que legitima o Supremo Tribunal Federal como um poder político a ser apto para resolver os problemas da sociedade (TASSINARI, 2016, p. 153):

Afinal, a última palavra do Supremo Tribunal Federal sem a dimensão simbólica de supremacia é apenas o reconhecimento de que a interpretação final da constituição (ou de uma lei) é feita por esse órgão, o que, numa leitura técnica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é impossível de contestar. Portanto, sua autoridade política se desenvolve e se consolida na medida em que cresce, simbolicamente, fixa-se no imaginário jurídico a ideia de que o STF é a instituição mais apta a resolver os problemas e dirimir os conflitos da sociedade.

Tassinari (2016) alude a Supremacia Judicial como uma espécie de oráculo⁷¹, isto é, o oráculo não precisa apresentar razões que expliquem uma linguagem técnica e jurídica seu

⁶⁹ Tassinari (2016, p. 115) ressalta que “o texto constitucional brasileiro também abriu a possibilidade para que o legislativo e o executivo participem desse diálogo constitucional – as portas não podem e não estão fechadas para eles. Não há uma relação de dependência natural do judiciário para a definição das controvérsias sociais. A menos que ela seja construída”.

⁷⁰ “Ao contrário de autoridades que se fundam a partir de um elo com funções constitucionais que se acredita que já tenham sido instituídas (e, portanto, alcançariam sua legitimidade pelo texto da constituição), trata-se de um papel que é construído pelo imaginário da sociedade – o de protagonista das relações sociais, e que acaba sendo assimilado de modo cada vez mais naturalizado.” (TASSINARI, 2016, p. 144)

⁷¹ Clarissa Tassinari (2016, p. 119): “É algo que ganha conotação até mística, pois não se sabe o que dele esperar, entretanto, o que move a consulta ao oráculo é a dúvida, mas, simultaneamente, a certeza de que a melhor resposta virá. Assim, não há quaisquer elementos de previsibilidade sobre em qual sentido será sua orientação – e tampouco

posicionamento. A sua orientação será dotada de caráter divino e respeitável, o que garantirá a legitimidade de posturas ativistas, em seus termos (TASSINARI, 2016, p. 119):

E é justamente por isso que, sob algumas condições (e não sempre), o STF acaba sendo aproximado da figura do oráculo: quando a sociedade passa a esperar que o Tribunal apresente a palavra final sobre certas controvérsias, acreditando e dispensando qualquer exercício reflexivo, que será feito o que for mais adequado, pois é ele o intérprete autorizado. É assim, por exemplo, que posturas ativistas ganham legitimidade; é desse modo que a constituição brasileira e toda legislação que tenha sido obrigatoriamente por ela inspirada, que são limites impostos ao provimento judicial (à diferença do que acontece quanto ao oráculo na mitologia), acabam tornando-se irrelevantes; é desse jeito que a democracia sofre um de seus ataques.

Oscar Vieira (2008) caracteriza esse fenômeno de Supremacia Judicial como “Supremocracia” que consiste na singularidade do arranjo institucional brasileiro, referindo-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. A Suprema Corte teve no decorrer da história grande dificuldade para impor suas decisões no âmbito do controle difuso de constitucionalidade sobre as instâncias judiciais inferiores; isso gerou uma fragilidade resistente. Desse modo, conforme o autor (2008), um exemplo desse fenômeno é a adoção da súmula vinculante, para enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Em suma, a “supremocracia” relaciona-se à autoridade adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil, e também se refere à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes que foi dada pelo texto da Constituição de 1988, onde o Supremo moveu-se para o centro do arranjo político.⁷²

Para Oscar Vilhena Vieira (2008), tal processo de expansão da autoridade judicial tornou-se mais intenso com a adoção de constituições mais ousadas. Além disso, Vieira (2008) afirma que a “hiperconstitucionalização contemporânea” é consequência da desconfiança na democracia, entretanto, a ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário concorrerá para minorar o sistema democrático representativo.

Um exemplo citado pelo autor é o texto colombiano de 1991, onde fomenta a institucionalização de jurisdições constitucionais bem vigorosas e respaldadas em textos constitucionais ambiciosos. Em relação ao Brasil, ele defende que houve uma enorme pretensão

há problema nisso, pois é consequência de seu caráter divino; trata-se de uma sabedoria inerente, identificada com a divindade.

⁷² Oscar Vieira (2008, p. 445) caracteriza o fenômeno de “Supremocracia” como expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. Em sua perspectiva, a ideia da centralização de uma corte no nosso sistema político não é nova, pois Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema. Além disso, Rui Barbosa (1914) avocava a importância da centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes.

do texto constitucional de 1988, que trouxe maior concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal; isso, de fato, modificou vigorosamente o equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. Esse fato se explica pela acumulação de funções de tribunal no Supremo (VIEIRA, 2008, p. 444):

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes.

O mesmo autor afirma que a ampliação dos instrumentos para a jurisdição constitucional levou o Supremo a exercer um tipo de poder moderador, e também de responsabilidade por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, validando, legitimando uma decisão dos órgãos representativos e substituindo as escolhas majoritárias. Para Vieira (2008), o Supremo deixou de ser um órgão que protege regras constitucionais e passou a criar regras, o que de certa forma acumulou um exercício de autoridade com exercício de poder, nesses termos (VIEIRA, 2008, p. 445):

O Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de “proteção de regras” constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de “criação de regras”; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer interprete constitucional, com exercício de poder.

Segundo Vieira (2008), esse exercício de poder deveria ficar reservado aos órgãos representativos em um sistema democrático, pois quem exerce poder em uma república deveria estar subordinado a controles de natureza democrática, sabe-se que isso não ocorre em um Poder Judiciário, pelas prerrogativas que é dado ao sistema. Tal abordagem também é discutida por Ivo Teixeira Gico Jr. (2015), esse demonstra que não há controle de natureza democrática no poder judiciário, pois configura-se uma organização que realiza uma função impositiva de modo independente dos demais poderes. Na visão de Gico Jr. (2015), a estrutura de separação de poderes brasileira foi criada para que o Judiciário fosse uma organização em que a riqueza e o poder de seus membros não dependessem do resultado de seus julgamentos, desse modo, os magistrados não terão interesse particular em relação ao resultado de suas decisões.

Vale notar que a Constituição de 1988 transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador, já que persistia

uma desconfiança do legislador. Nesse contexto da Constituição de 1988, o Supremo passou a receber muitos processos, e isso deve-se à ampliação de temas da Constituição e de um defeito natural do sistema recursal brasileiro, que melhorou somente depois da Emenda 45, pois não havia mecanismo que inspecionasse a discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos a serem julgados e não havia mecanismo eficiente para impor suas decisões às demais esferas do judiciário. Em seus termos, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 447) exemplifica nos seguintes vocábulos:

Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. Este crescimento é resultado imediato da ampliação de temas entrincheirados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário.

A expansão de autoridade do Supremo pode ser compreendida pela “própria arquitetura institucional”, de acordo com Vieira (2008, p. 447). Isso significa que Constituição de 1988, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional, dessa forma, as funções do Supremo Tribunal Federal estão divididas em pelo menos três tipos de instituições (2008, p. 447): tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância. Por exemplo, na função de tribunal constitucional, o Supremo tem por obrigação julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos tanto em âmbito federal, como estadual.

Vieira (2008) explana que tal competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição concedeu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais no sistema político, além disso, foi atribuída a competência para julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo; por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais. Para o autor (2008), a politização desta esfera de jurisdição foi desenvolvida por meio da propositura de ações diretas garantidas por novos atores políticos e sociais (artigo 103 da Constituição Federal), o que transformou o STF em uma câmara de revisão de decisões majoritárias por intermédio da reinvidicação dos políticos que foram derrotados no campo representativo, utilizando-se do Supremo como “uma segunda arena política para bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores”. Desse modo, observa-se um caráter pluralista da Suprema Corte que fica

encarregada de solucionar conflitos políticos⁷³.

Para Vieira (2008), o Tribunal deveria abdicar-se de mudar a decisão do legislador quando não há uma inconstitucionalidade evidente. O que não significaria omissão, mas sim preservaria os parâmetros de separação de poderes, haja vista que o judiciário não teria competência de inovar a ordem jurídica. Conforme o autor, não era comum a eliminação tão radical dos argumentos que permeavam a pauta de uma conduta deferente⁷⁴, conferindo ao Supremo uma postura ativista perante as decisões do legislador, principalmente quando essas afrontavam direitos. O que tornou notável a partir desse contexto, para Vieira (2008), é que o Supremo permitiu-se ser uma instituição com maior liberdade para comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as suas soluções almejadas, a qual aquela instituição passou a substituir as decisões do Legislativo, caso entenda que as suas decisões são superiores.

Oscar Vilhena Vieira (2008) expõe a existência de uma grande ambição legislativa por parte de uma minoria - naquela época que foi escrito o artigo- e a busca dos na inserção da tele audiência como um espaço para realizar discursos que trariam desfechos políticos. O televisual das audiências, também diferencia o Tribunal das grandes cortes constitucionais ao redor do mundo. O autor defende (VIEIRA, 2008, p. 454) que: “Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX.”⁷⁵

Entretanto, para Vieira (2008), essa abertura à sociedade civil não pode ser vista como algo negativo, pois, revela a necessidade do Supremo em amplificar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com repercussão integralmente política; pois a corte ativista fica sujeitada a padrões de escrutínio em razão de uma enorme exposição pública e de responsabilidade por tomar grandes decisões, já que acaba expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades, ou seja, o Supremo passará a ser cobrado pelos efeitos de seus atos, principalmente, quando se toma decisões de natureza política.

⁷³ Nos termos do autor (VIEIRA, 2008, p. 449): “Inclusive, outra incumbência para o Supremo é foro especializado, devido à grande taxa de criminalidade no escalão político, o Supremo passou a agir como juízo de primeira instância. Por isso, pode-se dizer que o Supremo se transformou um tribunal de pequenas causas políticas.”

⁷⁴ Em outras palavras, a sua crítica concerne que não houve uma discussão sobre deferência, postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador democraticamente eleito (VIEIRA, 2008, p. 452).

⁷⁵ Clarissa Tassinari (2012, p. 46) entende da mesma forma, *in verbis*: “Desta divisão criada por Kelsen, convém mencionar que a preocupação que surge com o problema do ativismo judicial é justamente o que o autor não toma por prioridade em sua teoria pura. Isto é, em sendo o ativismo judicial uma questão de hermenêutica jurídica, isto é, que envolve a discussão sobre como aplicar o direito, pode-se dizer que tal debate não estava incluído como o centro da teoria kelseniana, cujo enfoque é direcionado à construção da ciência do direito.”

4 UMA ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19 E AS SUAS IMPLICAÇÕES

O capítulo anterior apresentou o contexto do surgimento do ativismo judicial, sobre a importação de tal fenômeno para o sistema brasileiro *civil law*. Ademais, foi factível discriminar o fenômeno do ativismo judicial no cenário brasileiro em uma visão microdecisória e uma visão macroestrutural (ABBOUD, 2020, p. 1398). A visão microdecisória é comumente observada em decisões monocráticas⁷⁶. Em vista da visão macroestrutural, pode-se afirmar que ocorre em circunstâncias que o colegiado, em sua maioria, sente-se com tamanha soberania para usurpar de suas competências ou até mesmo ampliar suas competências⁷⁷, isto é, o fenômeno da Supremocracia, proposto por Oscar Vieira (2008).

Posto isto, caberá a análise de atuais decisões do Supremo Tribunal Federal no período de pandemia do Covid-19 entre os anos de 2020-2021.

4.1 As ações direta de inconstitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental no período da pandemia e as indicações de existência da “Supremocracia”

4.1.1 Ações direta de inconstitucionalidade

4.1.1.1 ADI 6.341

Refere-se à ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) diante da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. O requerente apoiou-se na inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 926/2020, pois essa modificou a interpretação dada pelo artigo 3º, caput, I, II e VI, e §§ 8º, 9º, 10 e 11, da Lei Federal nº

⁷⁶ Cabe decisões de monocráticas para ADPF, Lei n. 9882/99. Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Esse é o mesmo entendimento para ADI e ADC. Art. 10, Lei nº 9.868/99. Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

⁷⁷ O fenômeno da Supremocracia será destacado no Ofício 1º/2020, como um exemplo.

13.979/2020. Além do mais, com fulcro no artigo 23, II, da Constituição Federal, alegou-se a existência de vício de inconstitucionalidade formal, dado que a matéria é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, a saúde pública é matéria de competência comum de todos os entes federativos; e não está contida somente no art. 23 da Constituição Federal, visto que o art. 194 da CFRB também estabelece a mesma competência. Vale realçar que essa decisão da ADI 6.341 tornou-se notória na sociedade e, desse modo, foi carregada de diferenças políticas, de opiniões ou de "achismo" (BRASIL, 2020, p. 25):

É lamentável - e reitero o que já disse anteriormente - que na condução dessa crise, sem precedentes recentes no Brasil e no mundo - o Ministro Dias Toffoli, nosso Presidente, iniciou dizendo que, em cem anos, talvez seja a crise mais grave de saúde no mundo -, é lamentável que, nessa condução, mesmo em assuntos essencialmente técnicos, de tratamento uniforme em âmbito internacional, haja discrepâncias políticas entre entes federativos, haja discrepâncias políticas e de opiniões ou do "achismo", como alguns vêm denominando, entre autoridades do mesmo âmbito, e falte cooperação, falte coordenação.

Em seu ponto de vista, o Ministro Alexandre de Moraes argumentou que se houvesse excessos nas regulamentações estaduais e municipais, caberia a análise de cada ato do Poder Executivo (prefeitos e governadores). E acrescentou que o fator determinante para essa decisão do STF foi ocasionado por falta de uma regulamentação na política do isolamento social do Governo Federal (BRASIL, 2020, p. 25): “Mas a verdade é que, se isso ocorreu, foi porque não houve, até agora, uma regulamentação geral da União sobre a questão de isolamento, sobre o necessário tratamento técnico-científico dessa pandemia gravíssima, que vem aumentando o número de mortos a cada dia.”

É interessante realçar as premissas que permearam a decisão da ADI 6.341, são elas (BRASIL, 2020, p. 37):

1ª: O Estado Democrático de Direito garante também o que Madison chamava de liberdade pública: o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2ª: O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3ª: *O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que*

Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4ª: A União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. *Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada "presumption against preemption" do direito norte-americano.* O Congresso Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública. No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais.

5ª: O caminho mais seguro para a identificação do fundamento constitucional do exercício da competência dos entes federados é, portanto, o que se depreende da própria legislação. A Lei 8.080, de 1990, a Lei do SUS dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e assegura esse direito, por meio da municipalização dos serviços. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

6ª: É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. Como se depreende dessa Lei, o exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes. [grifado].

Diante disso, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é que deve abster-se da declaração de nulidade de leis estaduais e locais por ofensa à competência dos demais entes, desde que não haja violação material à Constituição.

Em sede de alegações, foi sedimentado o entendimento que o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo em ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal⁷⁸ (BRASIL, 2020, p. 38):

É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

⁷⁸ Compreende aqui, o entendimento trazido no capítulo anterior, o qual Clarissa Tassinari (2016, p.86) defende que o texto constitucional norte-americano potencializa a atuação política da Suprema Corte, exigindo que apresente definições sobre seu conteúdo diante de controvérsias, por outro, é justamente essa sua característica que faz com que a Corte, pois o próprio caráter sintético da constituição estimula que sejam tomadas as principais decisões em nível estadual. Em relação ao Brasil, Tassinari (2016) defende que o STF possui competências originárias e que tornou uma instância de apelação, tal como a Suprema Corte norte-americana.

Além disso, torna-se evidente a vontade política do Supremo Tribunal Federal nesse seguinte trecho dessa ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 2020, p. 46):

Essa forma de entender o papel do Supremo Tribunal Federal promove uma deferência com as escolhas políticas do Poder Legislativo. O Congresso Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública. No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais.

Assim como, Tassinari (2012) traz sobre o problema da importação do ativismo judicial no nosso sistema *civil law*, observa-se que, na ADI 6341, há mais uma tentativa de importar o funcionamento do sistema de federação proveniente dos Estados Unidos para o presente caso⁷⁹. Contudo, nos Estados Unidos, a autonomia de cada estado afasta-se do conceito de “experimento democrático”, idealizado pelo STF nessa ADI⁸⁰ (BRASIL, 2020, p. 46):

É evidente que essa proposição incentiva a produção normativa dos demais entes da federação, não como forma de descentralização que facilita a cooptação do poder pelas elites locais, mas como verdadeiro experimentos democráticos, isto é, o federalismo como um “laboratório social da democracia”, na feliz expressão do Justice Louis Brandeis. A expressão democrática do federalismo realiza-se pela estrita adesão às regras constitucionais e, em especial, aos direitos e garantias fundamentais.

A Ministra Rosa Weber salientou que não caberia ao Presidente da República definir as atividades essenciais, o que violaria o princípio da separação dos poderes. Acrescenta, ainda, que a jurisprudência se baseia na exigência de parâmetros para delegação de leis como meio de controlar a atuação do Executivo, em suas expressões (BRASIL, 2020, p. 19):

A possibilidade de o Presidente da República definir essas atividades, por decreto, a meu juízo, tangenciaria afronta ao princípio da separação de poderes (art. 2º CRFB). Isso porque há aqui uma instituição da figura do regulamento autorizativo, na medida em que o Presidente, por medida provisória, delegou poderes para si próprio, sem instituir critérios de controle e responsividade. Desse modo, o Congresso Nacional fica obstado a exercitar o controle do art.

⁷⁹ O ex-senador Marco Maciel (PFL-PE), em agosto de 2003, discorreu sobre as diferenças entre o federalismo brasileiro e o norte-americano no Plenário. Marco Maciel abarcou sobre as origens dos sistemas federativos dos Estados Unidos e do Brasil. As colônias da América do Norte se dispuseram em uma Confederação que consistiram em um porção mínima desse território, em relação ao Brasil, esse era um país de dimensões continentais quando a Constituição de 1891 instituiu a Federação como união indissolúvel e perpétua de suas antigas províncias. Para o ex-senador, a construção do sistema federativo, em ambos os países, foi uma forma de distribuição espacial do poder político. Ele defendeu que deveria preocupar-se com a qualidade do poder que se atribui à União e à parcela atribuída aos estados. Isto significa que, a simetria federativa trazida pela Carta de 1988 na divisão de poderes do Estado deve-se repercutir nas demais esferas, como na política, na economia, no território do Brasil.

⁸⁰ Tal fenômeno de experimento democrático defendido na ADI 6.341 remete o que Clarissa Tassinari (2016) ressalta sobre a tentativa de aproximar o judiciário brasileiro com o judiciário norte-americano, gerando o problema do ativismo judicial na importação da leitura norte-americana sobre a atividade jurisdicional, pois são países de tradições jurídicas distintas.

49, V, da Constituição Federal, ante a ausência de parâmetros normativos de controle. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi construída nesse sentido (a saber, RE 13.357, RE 208.206, RE 186.359, ADI 2.387), de se exigir parâmetros para a atividade de delegação legislativa, a fim de ter meios de controle da atuação do Chefe do Executivo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

O Ministro Luiz Fux defendeu que a federação brasileira é demasiadamente centralizada⁸¹, e apresenta dois possíveis fatores para esse “federalismo nominal”, tal como (BRASIL, 2020, p. 94):

Vislumbro dois fatores essenciais para esse quadro. O primeiro é de índole jurídico-positiva: a engenharia constitucional brasileira, ao promover a partilha de competências entre os entes da federação (artigos 21 a 24), concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União. O segundo fator é de natureza jurisprudencial. Não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, sobretudo aquele inspirado no “princípio da simetria” e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União.

Mais uma vez, em seu âmago, endossa o entendimento, por parte dos ministros, que o Brasil deve experimentar mais “abertura” nesse federalismo, o que vem ser chamado de “experimentalismo democrático” (BRASIL, 2020, p. 97):

O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos estados, municípios e pelo Distrito Federal, como reflexo do experimentalismo democrático. Por isso, merecem ser prestigiadas as iniciativas regionais e locais, nos casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, a menos que haja ofensa a alguma norma expressa e inequívoca da Constituição.

Nessa ADI, por maioria, foi deferida a medida cautelar pelo então Ministro Marco Aurélio, com base no art. 3º, § 9º da Lei nº 13.979/20, com o intuito de acondicionar a incumbência dos entes, conforme os ditames do art. 198, I, da Constituição. Esclarece que o Presidente da República ficará encarregado, mediante decreto, disciplinar somente sobre os serviços públicos e atividades essenciais⁸².

⁸¹ Como explicado no capítulo anterior, o federalismo gerou um “duplo sistema de normas constitucionais”. Nos Estados Unidos, a sua constituição atribui poderes específicos apenas ao presidente e ao congresso, deixando para a competência dos estados todo o conteúdo residual, o que, de certa forma, potencializa a atuação política da Suprema Corte. É o próprio caráter sintético da constituição que estimula que sejam tomadas as principais decisões em nível estadual (TASSINARI, 2016, p. 86).

⁸² O entendimento pode ser sedimentado nesses termos (BRASIL, 2020, p. 99): “Da mesma forma, o artigo 3º, § 9º, da Lei 13.979/2020, ao resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, não limita tal proteção às autoridades federais. Assim como o Presidente da República disporá sobre os serviços públicos e atividades essenciais, poderão os demais entes enumerar as atividades que consideram essenciais às peculiaridades locais, sendo essa a interpretação que mais prestigia o federalismo.”

4.1.1.2 ADI 6343

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade pela incompatibilidade dos dispositivos da Lei nº 13.979/2020 devido às alterações provocadas pelas Medidas Provisórias nº 926 e 927, ambas de 2020.⁸³ A decisão foi monocrática, pelo então Ministro Marco Aurélio, que indeferiu a liminar e submeteu ao plenário.

O partido Rede Sustentabilidade considerou que a superveniência das medidas provisórias reduziria a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios em relação à imposição de restrição à locomoção intermunicipal e intramunicipal, impedindo assim os Estados e o Distrito Federal de disporem sobre transporte intermunicipal. Dessa forma, solicitou a suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. No mérito, o partido postulou a declaração de inconstitucionalidade da expressão “e intermunicipal” compreendida no artigo 3º, inciso VI, alínea “b”, da Lei nº 13.979/2020.

É importante destacar que o então Ministro Marco Aurélio visava respeitar, em decisões monocráticas, o artigo 10 da Lei nº 9.868/1999 no período de recesso⁸⁴. Nesse mesmo contexto, o Ministro acentua a importância da manifestação do Congresso para que não se agravasse visões político-partidárias sobre a questão da pandemia (BRASIL, 2020, p. 4):

As alterações promovidas na Lei nº 13.979/2020 devem ser mantidas em vigor, até o crivo do Congresso Nacional, sob pena de potencializar-se visões político-partidárias em detrimento do interesse público. É certo que, mediante a nova redação do artigo 3º, inciso VI, alínea “b”, da referida Lei, versou-se a problemática do transporte intermunicipal.

Ele compreendeu, nessa ocasião, a inviabilidade de dar destaque ao critério da descentralização do poder, porém, deixando a cargo de cada Estado restringir ou não a locomoção entre os Municípios. Em relação ao § 1º do dispositivo, adotou-se que somente poderiam ser determinadas com evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas em saúde e essas seriam limitadas no tempo e no espaço para a promoção e para a

⁸³ “a) artigo 3º, inciso VI, alínea “b”, relativamente à expressão “e intermunicipal”; b) artigo 3º, § 1º, quanto ao trecho “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”; c) artigo 3º, § 6º; e d) artigo 3º, § 7º, inciso II, no tocante ao trecho “desde que autorizados pelo Ministério da Saúde”.”

⁸⁴ “O Supremo, assim como diversas instituições pátrias, está em verdadeiro recesso, e tudo indica que a Sessão designada para o próximo dia 1º não se realizará. Cumpre atentar para o disposto no artigo 10 da Lei nº 9.868/1999, levando em conta a impossibilidade de cessar a jurisdição. O momento é de crise aguda envolvendo a saúde pública. Tem-se política governamental nesse campo, com a peculiaridade de tudo recomendar o tratamento abrangente, o tratamento nacional. Sob essa óptica, há de considerar-se princípio implícito na Constituição Federal – o da razoabilidade, na vertente proporcionalidade.”

preservação da saúde pública, com o escopo de resguardar a segurança jurídica. Ante o exposto, nessa decisão monocrática, foi indeferida a medida liminar.

4.1.1.3 ADI 6586

Cuida-se de uma ação direta de inconstitucionalidade com pedido de cautelar ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com o propósito de que seja dada interpretação conforme os arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal, ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020. O art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, prevê a possibilidade de vacinação compulsória, desde que, como dispõe o § 1º do mencionado dispositivo, seja determinada “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Na ADI 6586, mais uma vez, fica mais evidente a tentativa de aproximação do sistema norte-americano e brasileiro, dois sistemas tão distintos, nesse fragmento da decisão (BRASIL, 2020, p. 6):

Ressalta, ainda, que a forma federativa do Estado implica a descentralização de poder entre os distintos entes políticos, sendo, portanto, necessário repelir eventual interpretação no sentido de que o Ministério da Saúde deteria a competência exclusiva para dispor acerca da compulsoriedade da imunização, devendo ser admitida a atuação supletiva dos gestores locais.

Enfatiza, também, que se deve aplicar a doutrina conhecida como *presumption against preemption*, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e adotada em precedente do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.110/SP, de que foi relator Ministro Edson Fachin, segundo a qual a atuação legislativa dos Estados-membros é possível, a menos que haja manifesta e deliberada atuação do Congresso Nacional para restringi-la, ou seja, a *clear statement rule*.

A Advocacia-Geral da União, em resposta, aduziu que o Judiciário não deve decidir sobre medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, não somente pela ofensa ao princípio da separação dos poderes, mas também pelo fato que cabe, exclusivamente, ao Executivo, por meio do Programa Nacional de Imunização do Sistema Único de Saúde⁸⁵ a definição da necessidade ou não da obrigatoriedade da vacinação.

⁸⁵ Para AGU, a decisão deveria partir de um ente centralizado, por meio de uma coordenação-geral pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2020, p. 11): “Ressalta, ainda, que, à luz do princípio da predominância de interesses e do interesse nacional envolvido na vacinação para imunização de doenças, o art. 16 da Lei 8.080/1990 estabelece que compete à direção nacional do Sistema Único da Saúde -SUS definir e coordenar os sistemas de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária. Sublinha, que a coordenação-geral pelo Ministério da Saúde é essencial para a uniformização da vacinação, bem como para a segurança dos procedimentos e sua padronização no território nacional.”

Diante da manifestação da AGU, o STF replicou que a apreciação do pedido pelo judiciário, não fere o princípio da separação dos poderes, pelo fato dos pedidos dos requerentes permanecer no âmbito de suas competências técnicas-jurídicas (BRASIL, 2020, p. 13):

Tampouco se pode cogitar de prematuridade do pedido, porquanto a prévia avaliação técnica das vacinas disponíveis não constitui pré-requisito para a análise da constitucionalidade do preceito normativo sob exame. Cumpre notar, ademais, que o pedido dos requerentes situa-se, estritamente, dentro dos limites do exame técnico-jurídico do tema. Por isso, entendo que não há qualquer risco de ingerência do Judiciário na esfera de atribuições do Executivo, com potencial de vulnerar o princípio da separação dos poderes.

Os partidos políticos PDT⁸⁶ e PTB⁸⁷ contrastam no seguinte nível: aquele alega que compete aos Estados e Municípios regular a vacinação obrigatória e outras medidas profiláticas no combate à pandemia causada pela Covid19, contanto que se fundamente em evidências científicas; já o PTB ampara que a aplicação da vacina deverá ser facultativa, e não compulsória, classificando como inconstitucional a possibilidade de um ente federativo estipular a imunização impositiva.

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta 6586, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, em consonância com o voto do relator Ricardo Lewandowski. Interpretaram que a vacinação compulsória não representa vacinação forçada, mas sim facultada sempre que o usuário esquivar-se. Não obstante, a vacinação poderá ser concretizada por intermédio de formas indiretas, como: a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes.

Mas, assegura o Supremo Tribunal Federal, tais medidas impositivas pelos entes federativos⁸⁸ devem ter firmamento científico e análises estratégicas pertinentes, com ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, além do mais, deverá respeitar a dignidade humana, atendendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e as vacinas devem ser distribuídas universal e gratuitamente.

⁸⁶ A ADI 6.586/DF foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). O PDT pleiteava a interpretação para que possibilite a competência local (estadual e municipal) para a decisão no que diz respeito à necessidade, ou não, de imunização compulsória nos respectivos territórios.

⁸⁷ A ADI 6.587/DF, foi ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), diante do mesmo dispositivo (art. 3º, caput, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020). O partido pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo.

⁸⁸ Essas medidas poderão ser implementadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

4.1.1.4 ADI 6587

Foram duas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar sobre o mesmo tema: na primeira (ADI 6.586/DF), ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), para o estabelecimento dos Estados-membros e Municípios a realizarem vacinação compulsória e outras medidas profiláticas no combate à pandemia de COVID-19; na segunda (ADI 6.587/DF), ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), em face do mesmo dispositivo (art. 3º, caput, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020), pede-se a declaração de inconstitucionalidade total do mencionado preceptivo legal.

O PTB alegou a inconstitucionalidade de qualquer tipo de obrigatoriedade da vacina ou que se interprete para impedir o uso compulsório de vacinas sem comprovação de eficácia e segurança.

Vale ressaltar que na ADI 6587, o presidente da República, por meio da Advocacia-Geral da União, defendeu que não era da competência do Judiciário a interferência na implementação da política pública quando ausente a omissão constitucional (p.66): “A Presidência da República, em ambas as ações, sustentou não ser dado ao Judiciário interferir na implementação de política pública quando ausente flagrante omissão constitucional, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes.”

Pela análise dos fatos contidos nas petições, concluiu que não houve elementos probatórios de que a União tenha editado qualquer ato administrativo impedindo a aquisição de vacinas pelos estados e municípios ou que tenha prejudicado a instituição de vacinação compulsória, além disso, não houve prova de que a União tenha pretensão de usar da sua competência para instituir vacinação obrigatória. Nessa conjuntura, ademais, evidenciou-se que qualquer fala do Presidente da República em rede social não é ato administrativo, ou seja, não é um ato proveniente da União, as opiniões foram interpretadas como atos provenientes da liberdade de expressão e do jogo político (BRASIL, 2020, p. 70)⁸⁹:

Eventual fala do Presidente da República para meios de comunicação, ou em perfil de rede social, se bem que possa expressar uma manifestação política que tem natural peso simbólico, não é ato

⁸⁹ As opiniões fazem parte do direito de expressar e liberdade de expressão foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 6.587 (BRASIL, 2020, p. 71): “O Presidente da República, a par de ter atribuições administrativas, é também um agente político e, como tal, tem o direito de expressar as suas opiniões pelos meios que considere apropriados, inclusive com o intuito de influenciar a opinião pública em favor das teses que defende. Isso faz parte da liberdade de expressão e do jogo político, ínsitos ao regime democrático. Tais manifestações, entretanto, não são atos administrativos e não vinculam juridicamente a União, que apenas se expressa pelos meios formalmente reconhecidos. É errôneo atribuir à União uma conduta a respeito da qual não há qualquer prova nos autos, sob a suposição de que um comentário ocasional do Presidente da República implicaria automaticamente a prolação dos atos administrativos respectivos pela entidade política.”

administrativo e não é expressão da vontade da União. Apenas pelos meios formais (decretos, resoluções e atos administrativos em geral) é que a União se manifesta.

Destarte, a premissa da ADI 6.586/DF foi considerada pelo STF uma especulação do partido PDT, a qual a declaração do Presidente da República em um jornal tornaria automaticamente preceitos de uma política pública. Além disso, naquele momento, nenhuma vacina tinha sido registrada no Brasil e que pudesse ser aplicada facultativamente na população, tampouco de forma obrigatória. Por isso, a indagação perante à ADI 6.587 (p.71): “Como pode a ação direta pedir que o Supremo Tribunal Federal autorize ou proíba a imposição de vacinação obrigatória pelos entes públicos, se ainda não existe sequer a vacina contra a COVID-19 no Brasil?”

Diante disso, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação do art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, conforme à Constituição, tendo em consideração o mesmo teor apontado na ADI 6.586.

4.1.2 ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

4.1.2.1 ADPF 669

São duas arguições de descumprimento de preceito fundamental, ADPFs 668 e 669, com pedido de cautelar, propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e pela Rede Sustentabilidade respectivamente, contra ato do Governo Federal, que divulgou preliminarmente e de contratação de campanha publicitária designada “O Brasil Não Pode Parar”, invocando a população a retomar as suas atividades. A decisão monocrática teve como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

O direito citado transcorre da proteção do direito à vida, à saúde e à informação da população (art. 5º, caput, XIV e XXXIII, art. 6º e art. 196, CF). A incidência dos princípios da prevenção e da precaução (art. 225, CF), que, na dúvida quanto à adoção de uma medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde.

A medida cautelar apoiou-se que a disseminação da campanha “O Brasil Não Pode Parar” que já se encontra em curso, ao menos com base em vídeo preliminar, por isso, a reclama urgência para evitar a divulgação de informações comprometem contenção do contágio do COVID19, do mesmo modo que pretende evitar o gasto indevido de recursos públicos escassos em período de emergência sanitária (BRASIL, 2020, p. 3):

As requerentes esclarecem que vídeo preliminar, denominado “#OBrasilNãoPodeParar”, já circula nas redes e foi disponibilizado pelo Governo Federal no Instagram, bem como disseminado por meio do aplicativo Whatsapp. Afirmam que o vídeo preliminar, já disponibilizado em rede, promove divulgação de ideias correspondentes a informação falsa, consistentes na sugestão de que o COVID-19 não oferece risco real e grave para a população, gerando desinformação e incitando os brasileiros a um comportamento que poderá gerar grave contágio e comprometimento da saúde pública e da vida.

O relator afirmou que decidiu conceder de imediato a medida cautelar, sem prejuízo da oitiva das autoridades, por conceber a urgência e a gravidade dos efeitos da pandemia, o risco gerado pela campanha de desinformação (BRASIL, 2020, p. 4):

Dada a gravidade dos efeitos da pandemia para a vida e a saúde da população, os riscos gerados por eventual campanha de desinformação e a importância de assegurar que recursos públicos escassos não sejam desperdiçados em contexto em que são imprescindíveis para a preservação da vida das pessoas, excepcionalmente, optei por decidir de imediato a cautelar, sem prejuízo da posterior oitiva das autoridades ou de sua submissão ao plenário, para confirmação.

Insta salientar a preocupação do relator em frisar que não se trata de uma decisão política a defesa das medidas de “distanciamento social” (na verdade, seria isolamento social nesse caso, mas o ministro utilizou distanciamento social), mas sim sustentada em base científica (BRASIL, 2020, p. 16):

É igualmente importante ter em conta que não se trata aqui de uma decisão política do Presidente da República acerca de como conduzir o país durante a pandemia. Haveria uma decisão política, no caso em exame, se a autoridade eleita estivesse diante de duas ou mais medidas aptas a produzir o mesmo resultado: o bem-estar da população, e optasse legitimamente por uma delas. Não é o caso. A supressão das medidas de distanciamento social, como informa a ciência, não produzirá resultado favorável à proteção da vida e da saúde da população. Não se trata de questão ideológica. Trata-se de questão técnica. E o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros.

O relator Ministro Luís Roberto Barroso deferiu a cautelar⁹⁰ para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar” ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da

⁹⁰ Na ADPF 669, o relator explicou a razão do deferimento da cautelar, *in verbis* (BRASIL, 2020, p. 16): “Por fim, vale observar que não há na presente decisão uma limitação do direito à liberdade de expressão. Em primeiro lugar, seria um pouco discutível falar no direito fundamental da União, ente público, à liberdade de expressar sua “opinião”, em especial contra uma medida sanitária adotada pela própria União. Não custa lembrar que a campanha publicitária aqui atacada conflita com orientações do Ministério da Saúde. Nessas condições, me parece que o que está em debate aqui é, não um direito, mas o dever da União de informar adequadamente o público acerca das situações que colocam em risco a sua vida, saúde e segurança. ”

população, ademais, pediu a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada com a mesma finalidade.

4.1.2.2 ADPF 672

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil devido aos atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, praticados no contexto da pandemia do COVID-19. O pedido do requerente abrange a emergência do novo coronavírus e a necessidade de adoção de medidas urgentes e eficazes, a formulação de políticas públicas na área da saúde e economia, com o intuito de garantir o direito à saúde e demais direitos sociais. O relator da ADPF 672 foi o ministro Alexandre de Moraes.

O recorrente indicou que estudos científicos e da experiência de países em estágio mais avançado de disseminação da COVID-19, a Organização Mundial de Saúde assegurou que o distanciamento social seria o protocolo ideal de prevenção e contenção da escala de contágio da pandemia. Por essa razão, o recorrente afirmou, nesses vocábulos, que (BRASIL, 2020, p.4): “governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária. ”

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil defendeu que a atuação de Estados e Municípios é mais decisiva, porque são as autoridades locais e regionais e, desse modo, possuem mais condições de diagnosticar em relação à doença e a capacidade de operar o sistema de saúde em sua região⁹¹.

Para OAB, a atuação do Governo Federal na área econômica seria insatisfatória para preservar a renda e emprego da população, principalmente dos trabalhadores informais e da população de baixa renda. Mencionou que o Presidente da República estava agindo para desacreditar nas políticas aplicadas por outros entes federativos com base em suas competências constitucionais (art. 23, II, e art. 24, XII, da CF) e com base na independência entre os Poderes (art. 2º da CF). Vale destacar o seguinte fragmento que abarca esse pleito (BRASIL, 2020, p. 5):

⁹¹ A justificativa abarcou que muitos governos estaduais determinaram medidas de contenção do avanço da contaminação, como suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas. Com esteio na Lei Federal 13.979/2020, no art. 23, II e, no art. 24, XII, ambos da Constituição Federal.

Por outro lado, o requerente aponta a atuação pessoal do Presidente da República em nítido contraste com as diretrizes recomendadas pelas autoridades sanitárias de todo o mundo, inclusive do Ministério da Saúde brasileiro. Destaca que o Presidente da República, em especial, tornou-se um “agente agravador da crise”.

A Advocacia-Geral da União sustenta a improcedência do pedido, haja vista que Governo Federal vem adotando todas as providências possíveis para combater a pandemia do covid-19.⁹² A AGU reconheceu a competência concorrente da União e dos Estados para atuar na área da saúde (art. 24, XII, da CF), que não afastou a competência dos demais entes federados, no entanto, defendeu o estabelecimento de orientações gerais, medidas uniformes ao enfrentamento da pandemia.

O relator entendeu que ao Presidente da República, no exercício de suas atribuições, está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade, podendo escolher hipóteses legais e moralmente aceitáveis para o interesse público na esfera da saúde, da assistência e da economia. A AGU apresentou as medidas administrativas implementadas pelo Presidente da República e pelos órgãos da administração pública federal que visavam combater o novo coronavírus. Ademais, ele acrescentou sobre a relevância da Separação de Poderes em um Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2020, p. 14):

Em respeito à Separação de Poderes, ao Presidente da República, como força motriz na condução do Estado nos regimes presidencialistas, compete à chefia da administração pública federal o planejamento e a execução de políticas públicas de âmbito nacional, visando à atenuação dos efeitos sociais e econômicos da pandemia.

No exercício de suas atribuições, ao Presidente da República está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade, podendo, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquelas que entender como as melhores para o interesse público no âmbito da saúde, da assistência e da economia. A AGU, inclusive, trouxe aos autos uma série de medidas administrativas implementadas e planejadas – no campo social e econômico – e normativas (edição de medidas provisórias e decretos) pelo Presidente da República e pelos órgãos da administração pública federal no sentido de prevenir e combater a pandemia.

⁹² A AGU alegou, inicialmente, que o requerente não identificou de forma precisa e delimitada quais seriam os atos concretos do Poder Público contra os quais se insurge, contrariando a formalidade do art. 3º, II, da Lei 8.882/1999. Além disso, discordou da via processual designada, no que se refere ao pedido de que o Presidente da República se abstenha de praticar atos que contrariem recomendações da OMS e do Ministério da Saúde, visto que a ADPF não se prestaria ao controle preventivo de atos do Poder Público.

Para o ministro relator, Alexandre de Moraes (BRASIL, 2020, p.10) a via processual escolhida apresenta conformidade com a legislação: “A legislação prevê que caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o STF com o objetivo de se evitarem condutas do poder público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde e o respeito ao federalismo e suas regras de distribuição de competências, consagrados como cláusula pétrea da Constituição Federal.”

O relator compreendeu que são incabíveis os pedidos formulados pelo Conselho Federal da OAB que conjecturou a possibilidade de o Poder Judiciário substituir o juízo discricionário do Poder Executivo, e assim, determinar a realização de medidas administrativas específicas ao Presidente da República. Em outros termos, o ministro relator Alexandre de Moraes justificou que poderá haver controle jurisdicional somente quando há omissões e medidas de caráter discricionário por parte do poder executivo, mas não da maneira que a OAB tinha proposto.⁹³

Em relação ao outro pedido do requerente, o relator aduz que, assim como em matérias legislativas, administrativas e tributárias, há a competência administrativa comum entre os entes federados no que se refere à saúde, à assistência pública e ao abastecimento alimentar, com esteio no artigo 23, II e IX, da CF. Outrossim, o ministro-relator Alexandre de Moraes expõe que caberá a previsão da competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde nos termos do artigo 24, XII, CF.

Além disso, com amparo no artigo 30, II, CF, os Municípios poderão complementar a legislação federal e a estadual no que couber, contanto que tenha interesse local. Infere-se que a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990) deve ser levada em consideração, tal como a descentralização da execução de serviços, a distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos e as atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). Vale salientar que tal ADPF ampliou a compreensão sobre as competências dos entes federados, estabelecendo mais uma vez que o exercício da competência é concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios no que diz respeito à saúde, assistência pública e abastecimento alimentar.

Portanto, o relator consolidou o entendimento que qualquer iniciativa do Executivo federal, que pretenda vetar as medidas de contenção para o combate à pandemia de Covid-19 praticadas pelos Estados e Municípios, deve ser considerada sem valor constitucional, em seus vocábulos (BRASIL, 2020, p. 24):

Dessa feita, impõe-se reconhecer ausente de fundamento constitucional qualquer iniciativa do Poder Executivo federal que vise a desautorizar medidas sanitárias adotadas pelos Estados e Municípios com o propósito de intensificar ou ajustar o nível de proteção sanitária e epidemiológica nos âmbitos respectivos, com fundamento em orientações de seus órgãos técnicos.

⁹³ “Ressalte-se, entretanto, que o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, pois está vinculado ao império constitucional, exigindo a obediência das autoridades ao Direito, e, em especial, ao respeito e efetividade aos direitos fundamentais.”

Por todo exposto, a medida cautelar da ADPF foi acolhida e julgada parcialmente procedente no mérito, com amparo nos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos.

4.1.2.3 ADPF 709

Consiste na arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Rede Sustentabilidade (Rede), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). O ministro Luís Roberto Barroso foi o ministro-relator dessa ADPF.

O objeto da ação abrangia os atos comissivos e omissivos do Poder Público, referentes ao combate à pandemia por COVID-19, o que poderia implicar um alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), aos direitos à vida (art. 5º, caput, CF) e à saúde (arts. 6º e 196, CF), além do mais, abarcava sobre direito de os povos indígenas viverem em seu território, segundo suas culturas e tradições (art. 231, CF).

Partindo das premissas da decisão, foi alegada a vulnerabilidade dos indígenas a doenças infectocontagiosas. Além disso, arguíram em relação à insuficiência das ações promovidas pela União para contenção da disseminação do vírus e ao direito dos povos indígenas de atuar na formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas⁹⁴. Importante notar as seguintes diretrizes que ampararam a decisão (p. 15): (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, concedeu parcialmente a cautelar da extensa lista dos legitimados⁹⁵. Em relação aos povos indígenas em isolamento, foi

⁹⁴ Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

⁹⁵ A extensa lista da ADPF 709, mostra o que o autor Oscar Vilhena Vieira (2008) explana a respeito da politização da esfera de jurisdição, isto significa que, por meio da propositura de ações diretas garantidas por novos atores políticos e sociais, transformou o STF em uma câmara de revisão de decisões majoritárias por intermédio da reivindicação dos políticos que foram derrotados no campo representativo, utilizando-se do Supremo como “uma segunda arena política para bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores”. Ou seja, abrange um caráter pluralista do Supremo que fica encarregado de solucionar conflitos políticos.

determinado: a criação de barreiras sanitárias, para impedir o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União; a criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em isolamento e de contato recente. No que se refere aos povos indígenas em geral, foram asseguradas: a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa; a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas; a extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, naquele momento, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral; a elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas indicação dos mesmos elementos.

4.2 A RELAÇÃO DO OFÍCIO 1º/2020 PERANTE AO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

O ofício 1º/2020, de 4 de maio de 2020, cuidou-se de uma proposta de emenda regimental formulada pelo Ministro Marco Aurélio, na qual sugeria uma alteração ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de incluir entre as competências originárias do Plenário a apreciação de pedido de tutela de urgência quando abarcado ato do Poder Executivo ou Legislativo, quando praticado no campo da atuação precípua. Depreende-se que houve uma divergência entre os ministros no que diz respeito às decisões monocráticas ao invadir a competência dos demais poderes.

Para Marco Aurélio, a República tem como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, possuindo cada um o seu papel. Ele explana que questões de maior relevância, as questões de maior repercussão vão para o Pleno e com a tamanha carga de processos veio a tornar a maioria das decisões individuais, ou seja, surgiram as decisões monocráticas. Nesse sentido, ele compreende a importância da possibilidade de fazer-se em jogo exame de ato de um dos Poderes, ou seja, tendo o Judiciário a última palavra, um dos integrantes do Supremo, isoladamente, pode tirar, do mundo jurídico, ato praticado por dirigente de outro Poder- Executivo ou Legislativo.

Diante disso, o Ministro Marco Aurélio, nesse ofício, salienta que deve haver uma preservação harmoniosa entre os poderes e também notabiliza a importância do princípio da

autocontenção, portanto, ele alerta que para o Supremo afastar a eficácia de ato de outros poderes, necessitaria de uma decisão do colegiado, tendo em vista que há uma previsão legal ao processo objetivo de acordo com a Lei n 9.868/1999. Seu conselho abarca em acrescentar tais disposições "XI - apreciar pedido de tutela de urgência, quando envolvido ato do Poder Executivo ou Legislativo, praticado no campo da atuação precípua ao artigo 5º do Regimento Interno. Em seus termos (BRASIL, 2020, p. 2):

Esforços devem ser feitos visando, tanto quanto possível, preservar a harmonia preconizada constitucionalmente, surgindo, de qualquer forma, com grande valor, o princípio da autocontenção. Ante a exceção de vir o Supremo a afastar a eficácia de ato de outro Poder, enquanto Poder, a necessidade de guardar a Lei das leis, a Constituição Federal, proponho emenda ao Regimento Interno dando ênfase à atuação colegiada, a fim de que, em jogo ato de outro Poder, formalizado no campo da essencialidade, seja o processo objetivo ou subjetivo - o primeiro já com previsão, nesse sentido, na Lei n 9.868/1999 - examinado e decidido, ainda que de forma provisória, acauteladora, pelo Colegiado. Eis o inciso a constar do artigo 5º do Regimento Interno: "XI - apreciar pedido de tutela de urgência, quando envolvido ato do Poder Executivo ou Legislativo, praticado no campo da atuação precípua.

O Ministro Alexandre de Moraes discordou da proposta regimental, compreendendo que o STF detém o dever-poder geral de efetividade da tutela jurisdicional, de acordo com o art.139, IV do CPC/19. Para Alexandre de Moraes, a concessão, por meio de decisões monocráticas, de medidas cautelares tem-se mostrado instrumento apto à proteção da ordem constitucional, como demonstra a jurisprudência do Tribunal, desde que observados os pressupostos da verossimilhança do direito e do perigo da demora. Acrescenta que é possível que o Relator, observando o poder geral de cautela, aprecie a medida de forma monocrática, nas hipóteses em que a espera pelo julgamento da Sessão Plenária seguinte ao pedido da cautelar possa levar ao perecimento do direito, com consolidação de situações irremediáveis, sendo possível aplicar nesses casos, por exemplo, por analogia, o artigo 5º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.968/1999, que permite, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a decisão liminar monocrática em “casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave”.

Ademais, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou que a redação é excessivamente vaga, no que se refere à expressão “em jogo ato de outro Poder, formalizado no campo da essencialidade”, pois se adotasse essa redação, causaria uma redução desproporcional do campo de atuação do Supremo Tribunal Federal perante aos atos dos demais poderes, ou seja, os ministros não poderiam decidir sozinhos sobre questões que interferissem nos atos do Executivo e do Legislativo.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal preservou a possibilidade de decisões monocráticas contra atos de outros poderes. E os demais ministros, Gilmar Mendes, Ricardo

Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Dias Toffoli acompanharam o voto do Alexandre Moraes, rejeitando a proposta do Marco Aurélio, para acrescentar o inciso XII ao artigo 5º do Regimento Interno.

Vale ressaltar que essa discussão foi no auge da pandemia, em maio de 2020, quando iniciou o conflito entre os poderes. Depreende-se que não é do interesse da Supremocracia, a perda da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008, p. 445). Outro fato decorrente da Supremocracia é a ampliação dos instrumentos na jurisdição constitucional, como foi discutido no capítulo anterior, o que ocasionou o exercício de um tipo de poder moderador, além de conceder ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais no sistema político, julgando omissões inconstitucionais do legislador e do executivo; por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais.

4.3 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 6º/20 E SUA RELAÇÃO COM AS LEIS Nº 9868/99 E LEI Nº 9882/99

Com base em decisões monocráticas anteriores⁹⁶, a proposta de emenda constitucional 6/20 foi apresentada, no dia 04 de março de 2020 (data anterior à emenda regimental do Ministro Marco Aurélio), pelo deputado federal Eduardo Costa (PTB/PA). A Ementa do projeto consiste na alteração da Constituição da República para introduzir o art. 102-A, o qual estabelece que as decisões liminares do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade sejam “pluricráticas”. A redação foi escrita nesses termos (BRASIL, 2020, p. 2)⁹⁷:

Art. 102-A. As ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, não poderão ser decididas monocraticamente em nenhuma hipótese, devendo ser sempre apreciadas pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. O pedido de liminar em tais ações deverá ser apreciado em até três meses, contados a partir de seu registro no protocolo do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁶ Vale ressaltar que a data da proposta da emenda constitucional do deputado federal Eduardo Costa ocorreu 2 meses antes à proposta da Emenda Regimental do ex-ministro Marco Aurélio (4 de maio de 2020. Ofício nº 5/20). Infere-se a ocorrência de possíveis atritos anteriores pela intromissão do STF por intermédio de decisões monocráticas.

⁹⁷ Altera a Constituição da República para introduzir o art. 102-A, dispondo que as decisões liminares do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade sejam pluricráticas.

A justificativa da proposta da emenda constitucional abarca que os parlamentares constituem o âmago da vida política, pois foram eleitos e dotados de legitimidade pelo povo, o que gozam de uma atribuição constitucional originária. Para o Deputado, o processo legislativo é complexo e passa por trâmites até a aprovação da lei⁹⁸. O que feria o processo democrático a declaração de inconstitucionalidade ou a suspensão dos efeitos de normas por meio de uma decisão monocrática. Vale enfatizar a justificação do projeto de lei (BRASIL, 2020, p. 2):

É natural, portanto, reconhecer que, a título de exemplo, uma lei que tenha sido aprovada em nosso Congresso e, em seguida, recebido a sanção presidencial goze de legitimidade e de presunção de constitucionalidade concedida por dois dos três poderes do Estado (Legislativo e Executivo). Eis por que nos parece que as decisões monocráticas que declarem inconstitucionais ou suspendam os efeitos de normas que saem do Congresso Nacional, isto é, que saem da Casa do Povo, não possam ser retiradas de circulação por decisões prolatadas de modo monocrático pelo Supremo Tribunal Federal. Por mais preparados e experientes que sejam os Ministros de nosso Tribunal máximo, não se equiparam a Deuses nem são infalíveis. Devem, como todos, respeitar uma decisão dos outros dois poderes. ”

O deputado defende que geraria uma maior qualidade e legitimidade no princípio do contraditório quando um corpo de Tribunal atua no processo, diferentemente de quando é analisado por uma decisão liminar tomada por um único ministro da Corte.

Compreende-se que as exceções previstas no art. 10 Lei nº 9868/99 (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade) e no art. 5, §1º, da Lei nº 9882/99⁹⁹(Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), tornaram-se regras que fragilizam a separação dos poderes, que decorre do fenômeno tratado no capítulo 2 desse trabalho.

⁹⁸ A questão que deputado se preocupa foi elucidada por Georges Abboud (2020). O autor exemplifica, o ativismo judicial em âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, basta que o STF declare inconstitucionalidade sem fundamento jurídico, invadindo a competência do Legislativo, em seus vocábulos (ABBOUD, 2020, p. 1392): “Obviamente que o STF, ao declarar inconstitucional uma lei em sede de ADIn, estará atuando na esfera do Legislativo. Todavia, há autorização constitucional e fundamento jurídico para tanto, o que nos permite concluir que existe intromissão do Judiciário no âmbito do Legislativo, mas que não é uma intromissão pífida. Ocorre que se, no mesmo exemplo, o STF declarar inconstitucional a lei a partir de razões não jurídicas, atuará de forma ativista e invadirá de maneira ilegítima a esfera de ação do legislativo. ”

⁹⁹ De acordo com a redação do art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental: § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade política exercida pelo Supremo não é vista mais como um dissenso, pois nota-se essa mesma descrição pelos autores e inclusive pelos próprios Ministros¹⁰⁰, esses já afirmam que exercem um papel muito mais político e também já afirmam o exercício de um Poder Moderador no cenário brasileiro. Esse posicionamento tido como unânime e que permeia entre os ministros, é o que Georges Abboud (2020) denomina de ativismo de forma “macroestrutural” e Oscar Vieira (2008) intitula como “Supremocracia”.

Na análise das ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental acolhidas nesse trabalho, fica evidente que a interpretação e a concessão das medidas cautelares possuem uma forte tendência e envolvimento político, isto é, utilizam-se desses mecanismos para delimitar e interferir nas decisões dos demais poderes. Vale lembrar que, segundo Vieira (2008) e Tassinari (2012), com o advento da teoria do Neoconstitucionalismo impulsionou um maior poder à Suprema Corte. Além disso, é importante notar que há uma dificuldade proveniente da exigência da pós –modernidade, devido à idealização de atender todas as demandas propostas pela democracia.

Um outro ponto a ser destacado consiste nos meios de interposição perante ao STF, que abrangem um leque bastante amplo no entendimento do que configuraria risco aos preceitos fundamentais, tal como visto na ADPF 672¹⁰¹. Nesse mesmo aspecto, é o que Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 448) explana a respeito da transformação do Supremo Tribunal Federal em “uma segunda arena política para bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores. ”

Na ADI 6.586/DF, a conclusão consistiu que as razões da ação foram meramente especulatórias do partido PDT. Pois, declarações do Presidente da República em um meio de transmissão de comunicação não seriam aplicadas automaticamente como preceitos de uma

¹⁰⁰ O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Dias Toffoli, no 9º Fórum Jurídico de Lisboa, em Portugal, defendeu a adoção de um sistema semipresidencialista no Brasil. Na prática, na visão do ministro, o modelo brasileiro já é o semipresidencialismo, tendo o STF exercício do poder moderador: “Nós já temos um semipresidencialismo, com um controle de poder moderador que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. ” Ademais, o ministro Dias Toffoli defender ser favorável a adoção do modelo do semipresidencialismo, e que, durante a pandemia de Covid-19, ficou evidente que a Corte atua como “poder moderador”.

¹⁰¹ Na ADPF 672 (BRASIL, 2020, p. 6): “A AGU alegou, inicialmente, que o requerente não identificou de forma precisa e delimitada quais seriam os atos concretos do Poder Público contra os quais se insurge, contrariando a formalidade do art. 3º, II, da Lei 8.882/1999. Além disso, discordou da via processual designada, no que se refere ao pedido de que o Presidente da República se abstenha de praticar atos que contrariem recomendações da OMS e do Ministério da Saúde, visto que a ADPF não se prestaria ao controle preventivo de atos do Poder Público. Para o ministro relator, Alexandre de Moraes a via processual escolhida apresenta conformidade com a legislação (BRASIL, 2020, p. 10): “A legislação prevê que caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o STF com o objetivo de se evitarem condutas do poder público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde e o respeito ao federalismo e suas regras de distribuição de competências, consagrados como cláusula pétrea da Constituição Federal. ”

política pública. Vale salientar que é uma questão meramente política de partidos que utilizam o Supremo como a segunda arena política. A exemplo disso, a extensa lista da ADPF 709 que configura o cenário dos políticos que compõem essa arena demonstrada por Oscar Vilhena Vieira (2008), configurando-se o caráter pluralista da Suprema Corte de solucionar conflitos políticos.

Ademais, o ofício 1º/2020, de 4 de maio de 2020 caracterizou nesse cenário uma divergência entre os ministros, haja vista que o Ministro Marco Aurélio já havia se pronunciado sobre a tomada de decisões por um único ministro quando se tratava de interferência nas competências dos demais poderes. Nesses casos, para ele, era indispensável que ocorresse uma decisão do colegiado, dado a existência da previsão legal ao processo objetivo de acordo com a Lei nº 9.868/1999, principalmente em períodos de recesso (artigo 10 da mesma Lei). A preocupação do então Ministro era latente, visto que esse ressaltou, em um outro momento (ADI 6343), a relevância da manifestação do Congresso para que não se agravasse visões político-partidárias sobre a questão da pandemia.

Nesse mesmo contexto e em conformidade com ofício 1º/2020 do então Ministro Marco Aurélio, o deputado, que propôs a PEC 6/20, defende que haveria uma maior qualidade e legitimidade no princípio do contraditório quando um corpo de Tribunal atua no processo, diferentemente de quando é analisado por uma decisão monocrática. As exceções previstas no art. 10 Lei nº 9868/99 e no art. 5, §1º, da Lei nº 9882/9928 mostram-se que no decorrer do tempo tornaram-se regras que preocupam os agentes políticos.

Para Vieira (2008), é de extrema dificuldade julgar se o fenômeno da Supremocracia é positivo ou negativo, devido à relevância das decisões do Supremo. Para o autor (VIEIRA, 2008, p. 457), em um sistema em que os “poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição”, pode parecer mais assertivo o guardião concretizar a função de preservá-la; no entanto, no cenário de fragilidade política e que não consegue atender as demandas democráticas, o trabalho aparente ser árdua e com percalços. Vale notar que não existe consenso de como melhor interpretar a Constituição e nem de como sanar a discordância entre os princípios constitucionais. Dessa forma, Vieira (2008) defende que algumas mudanças de natureza institucional são primordiais para conter o “mal-estar supremocrático”, como a redistribuição das competências do Supremo. Segundo Vieira (2008), o STF não deveria continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado, pois esse acúmulo de funções põe o Supremo em uma posição muito vulnerável, isto é, ao exercer papel mais político, a Suprema Corte receberá duras críticas, como as críticas que os parlamentares são acostumados a receber da população.

Georges Abboud (2020, p. 1375) defende que a discordância de uma decisão ativista deve nascer por meio do reconhecimento de um ativismo decisório e não porque desagrada politicamente; pois somente assim que o assunto sobre ativismo poderá ter respaldo em um debate:

Nessa quadra da história, nenhuma defesa ideológica deveria se sobrepor à defesa da Constituição e das instituições democráticas. O debate sobre o ativismo não pode ser visto a partir de conflito político. Ou seja, não devo discordar da decisão ativista porque o posicionamento consagrado pelo juiz me desagrada politicamente. Devo discordar porque reconheço o ativismo decisório, ainda que, ao fim, as conclusões do magistrado estejam em consonância com meu horizonte político. Apenas se partirmos desse ponto, nossas discussões acerca do ativismo poderão amadurecer.

É possível, portanto, analisar outras decisões recentes, não somente em políticas públicas no contexto da pandemia como foi trazido nesse trabalho, mas também, é notável observar a ocorrência desse fenômeno, importado e tão discutido pelos autores brasileiros mencionados, em âmbito da política.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, vol. 233/2014. Jul / 2014. p. 13.

ABBOUD, Georges. Cinco Mitos Sobre a Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**. vol. 996/2018. p. 27 – 51.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AGÊNCIA DO SENADO FEDERAL. **Maciel analisa diferenças entre federalismo brasileiro e norte-americano**. 18 ago. 2003. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2003/08/18/maciel-analisa-diferencas-entre-federalismo-brasileiro-e-norte-americano>. Acesso em: 14 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.979/2020**. Lei de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 05 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9868/99**. Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 05 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9882/99**. Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 05 maio 2022.

BRASIL. **PEC 6/2020**. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238418>. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Data da publicação: 15 abril 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 05 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586**. Data da publicação: 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6587**. Data da publicação: 17 dez. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517731>. Acesso em: 10 jul.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343**. Data da publicação: 25 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Data da publicação: 13 out. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755> Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709**. Data da publicação: 05 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669**. Data da publicação: 31 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884084>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ofício nº1/2020- GBMA** (Emenda Regimental- Marco Aurélio). Data da publicação: 04 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-atos-outros-poderes-sejam.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

CALEGARI, Luiza. Marco Aurélio pede que atos de outros poderes sejam julgados pelo Plenário. **Consultor Jurídico (CONJUR)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/ministro-propoe-julgamento-coletivo-atos-outros-poderes>. Acesso em: 20 jul. 2022.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processoconstitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v.1.

GICO JR., I. T. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese (doutorado em Economia Política). Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação (Face), Departamento de Economia. Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo: Dialética, 2000.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 183-216. jan. /jun. 2015.

PEREIRA, José Matias. **Impactos da judicialização da política e ativismo judicial no Brasil**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.3, mar. 2021.

PORTAL PERFIL. **Toffoli diz que Brasil vive semipresidencialismo com STF como poder moderador**. Disponível em: <https://brasil.perfil.com/brasil/toffoli-diz-que-brasil-vive-semipresidencialismo-com-stf-como-poder-moderador.phtml>. Acesso em: 19 jul. 2022.

PORTAL PLENO NEWS. **Toffoli diz que STF exerce um controle de poder moderador.** Disponível em: <https://pleno.news/brasil/politica-nacional/toffoli-diz-que-stf-exerce-um-controle-de-poder-moderador.html>. Acesso em: 19 jul. 2022.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida:** uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação Direito-Política. Tese (doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio Sinos (Unisinos). São Leopoldo, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial:** uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação de Mestrado (mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio Sinos (Unisinos). São Leopoldo, 2012.

VALENTE, Fernanda. STF mantém regra sobre monocráticas contra atos de outros poderes. **Consultor Jurídico (CONJUR).** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-01/stf-mantem-regra-monocraticas-atos-outras-poderes>. Acesso em: 28 jun. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, 2008.