

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**

EDUARDO ELGUESABAL DE PAIVA

**NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL:
a legitimidade do fenômeno no combate à pandemia do corona vírus e na efetivação do
direito à saúde**

Rio de Janeiro
2020

EDUARDO ELGUESABAL DE PAIVA

**NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL:
a legitimidade do fenômeno no combate à pandemia do corona vírus e na efetivação do
direito à saúde**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor e Mestre Luigi Bonizzato

Rio de Janeiro

2020

CIP - Catalogação na Publicação

d278n de Paiva, Eduardo Elguesabal
NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL: a legitimidade do fenômeno no combate à pandemia do corona virus e na efetivação do direito à saúde / Eduardo Elguesabal de Paiva. -- Rio de Janeiro, 2020.
65 f.

Orientador: Luigi Bonizzato.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Ativismo Judicial. 2. Neoconstitucionalismo. 3. direito constitucional. I. Bonizzato, Luigi, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

EDUARDO ELGUESABAL DE PAIVA

**NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL:
a legitimidade do fenômeno no combate à pandemia do corona vírus e na efetivação do
direito à saúde**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor e Mestre Luigi Bonizzato

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020

Ao meu falecido avô e jurista, pois tenho certeza de que gostaria de estar presente neste momento.

AGRADECIMENTOS

A palavra "agradecer", assim como muitas outras, contém a raiz "*gratus*", advinda do latim e que significa ser acolhido ou acolher em favor, de forma agradável. A evolução dessa raiz gerou significados distintos, porém com certa similaridade entre si.

Dizemos que aquela pessoa que conhecemos é engraçada, que é graciosa em razão de sua delicadeza, e por fim agradecemos por ela fazer parte de nossa vida, já que graças a ela a vida é mais prazerosa.

Em todas essas variações, a constante é a ideia de favor sem retribuição. Fazer algo gratuitamente é fazê-lo de forma desinteressada, sem esperar algo em troca e pelo prazer de fazê-lo, de agradar.

No decorrer de nossas vidas nos deparamos algumas vezes com pessoas assim, e é a elas, e por elas, que devemos agradecer.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a análise de legitimidade do ativismo judicial em relação ao combate a pandemia da COVID-19 através das premissas gerais deste fenômeno, assim como do paradigma neoconstitucional. Além disso, quer dizer, da exposição do necessário para a compreensão do tema, serão utilizadas duas decisões judiciais, quais sejam, uma cautelar proferida em sede de ação de descumprimento de preceito fundamental, e uma liminar proferida em sede de mandado de segurança coletivo, de modo que ambas as fundamentações serão analisadas, aferindo-se, portanto, a legitimidade (ou não) do ativismo judicial nelas constante.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Neoconstitucionalismo; Separação de poderes. Judicialização; Ação de descumprimento de preceito fundamental. mandado de segurança.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the legitimacy of judicial review in relation to combating the pandemic of COVID-19 through the general premises of this phenomenon, as well as the neo-constitutional paradigm. In addition, that is to say, from the presentation of what is necessary to understand the subject, plus two judicial decisions will be used, namely, a preliminary injunction issued in the event of a breach of a fundamental precept, and a preliminary injunction given in the context of a collective mandamus, so that both grounds will be analyzed, thus verifying the legitimacy (or not) of judicial review contained therein.

Keywords: Judicial activism; Neoconstitutionalism; Separation of powers. Judicialization; Failure to comply with a fundamental precept. writ of mandamus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. NEOCONSTITUCIONALISMO	12
1.1 Modelos Anteriores ao Neoconstitucionalismo	12
1.2 A mudança de paradigma: do modelo constitucional ao modelo neoconstitucional	14
1.3 A constituição como centro do ordenamento jurídico	16
1.4 Expansão da Jurisdição Constitucional.....	18
1.5 Evolução dos princípios.....	19
1.6 Controle de Constitucionalidade.....	23
1.7 A nova hermenêutica	25
2. ATIVISMO JUDICIAL	28
2.1 Judicialização da Política.....	28
2.2 Críticas à judicialização da política	30
2.3 Considerações iniciais acerca do ativismo judicial.....	33
2.4 Causas do Ativismo Judicial.....	35
2.5 Limites do Ativismo Judicial.....	36
2.6 Leading cases	38
3. ANÁLISE DE CASOS	42
3.1 Introdução	42
3.2 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669.....	43
3.3 Mandado de Segurança Coletivo nº 5071716-92.2020.8.13.0024.....	52
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário vem sendo alterada ao longo dos anos, de modo que se tem ampliado suas garantias institucionais, atribuições e competências. Consequentemente, há a alteração da lógica do sistema político, assim como a alteração na relação entre os três Poderes constituídos. Tais mudanças do Judiciário possuem sua base ideológica no constitucionalismo moderno, isto é, o paradigma que possui como máximas as premissas da força normativa e supremacia jurídica à constituição.

Nesse sentido, passou-se a admitir uma intervenção do Judiciário no Executivo e Legislativo, exercendo uma espécie de contrapeso, por meio do exercício da jurisdição constitucional e mecanismos de fiscalização e controle da constitucionalidade dos atos destes outros poderes constituídos. Com efeito, juntamente com a ampliação das atribuições do Judiciário, este deixa de ser um mero aplicador da lei ao caso concreto, e passou a atuar de forma mais ativa e com maior liberdade de interpretação e atuação com vistas a efetivar os valores constitucionais. Dessa forma, passou-se a aplicar as disposições Constitucionais em casos não expressamente contemplados, como por meio de interpretações extensivas da norma, aumentando seu alcance.

Por uma série de motivos, o Judiciário, como órgão encarregado da guarda da ordem Constitucional, é invocado para satisfazer inúmeras demandas, de modo que, ao atuar nestes casos, acaba por exercer um papel ativo, intervindo no campo de atuação dos demais poderes, estes políticos e representativos. Neste contexto de ascensão do Poder Judiciário, abre-se espaço para o chamado ativismo judicial, que pode ser entendido como uma atuação expansiva de juízes e tribunais, com vistas a intervir no espaço de atuação dos demais poderes constituídos, com o intuito de maximizar a efetividade e a supremacia da constituição.

Em suma, tem-se um novo paradigma constitucional, qual seja, o neoconstitucionalismo, que acaba criando o terreno propício para o desenvolvimento do fenômeno do ativismo judicial, de modo a potencializar a juridicidade da lei maior. Nesse sentido, tem-se a supremacia e efetividade constitucionais, aliados ao seu conteúdo axiológico, de modo a possibilitar uma atuação judiciária em padrões distintos aos antes vistos, de modo a maximizar seu conteúdo.

Posto isso, este trabalho irá analisar, sob o prisma do novo constitucionalismo, algumas decisões qualificadas como ativistas, de modo a perquirir sua validade e legitimidade, mediante análise do caso concreto debatido, assim como da fundamentação exposta. Nesse sentido, os dois primeiros capítulos serão dedicados aos aspectos gerais do chamado neoconstitucionalismo e do ativismo judicial, respectivamente, enquanto que o terceiro e último capítulo será referente à análise de casos, com vistas a perquirir a legitimidades de tais decisões.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1 Modelos Anteriores ao Neoconstitucionalismo

Após o fim do modelo feudal europeu, com a consagração do modelo liberal burguês, a sociedade ocidental percorreu três modelos jurídico-organizacionais. São eles: (i) o Estado pré-moderno ou absolutista; (ii) o Estado legislativo de direito ou constitucional; e (iii) o Estado constitucional propriamente dito ou neoconstitucional.

O primeiro deles, o Estado pré-moderno ou absolutista, adveio da necessidade que se tinha à época de um poder centralizado nas mãos de um soberano, visto que anteriormente o poder era fragmentado pelos diversos feudos e burgos (cidades) do território "nacional". Este paradigma organizacional, do ponto de vista jurídico, possuía como principais características: (i) a pluralidade de fontes normativas, isto é, as formas como o direito se manifesta em sociedade; (ii) a tradição jurídica romana, por meio da atuação dos pretores, julgadores que davam a norma de acordo com o caso concreto, e pela atuação dos jurisconsultores, profissionais especializados que, a título exemplificativo, tinham como uma de suas funções a emissão de pareceres e auxílio aos pretores nos julgamentos; (iii) e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação, buscando valores morais atemporais de justiça para a resolução dos casos que se apresentavam.

Neste modelo, a jurisprudência e a doutrina eram responsáveis por criar o direito, de modo que o processo legislativo não possuía a relevância que possui atualmente. Além disso, ele caracterizava-se pela inexistência de um sistema único e escrito de leis, isto é, as normas eram extraídas dos mais variados documentos, emanados das mais variadas instituições de poder da época, os quais eram aplicados em comunhão. Se aferia a validade do direito comum na medida de sua racionalidade, assim como na justiça de seu conteúdo. As motivações e argumentos, geralmente de inspiração jusnaturalista, eram inundados de religiosidade, na medida em que a igreja católica era extremamente influente e legitimava o poder soberano dos monarcas absolutistas.

Com o fim do paradigma do Estado pré-moderno, temos o advento do Estado legislativo de direito ou constitucional, modelo que se consolida na Europa ao longo do século XIX após

a Revolução Francesa. Tal modelo possui como principais características: (i) a tripartição dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, proposta por Montesquieu; e (ii) a supremacia da lei.

No Estado legislativo de direito (ou constitucional) a lei formal posta pelo Estado passa a ser o direito (máxima da legalidade). Fato é que a formalização das normas, advindas do mesmo ente, acabou por trazer segurança jurídica ao sistema. Ainda, sua justificação passa a ser de natureza positivista, isto é, é legítimo aquilo que é emanado de autoridade competente. Com efeito, e não podia ser diferente, a doutrina passa a desempenhar papel majoritariamente descritivo das normas jurídicas, enquanto que a jurisprudência passa a ter mera função técnica de conhecimento, aplicando a lei ao caso concreto por meio de processo de subsunção.

É neste paradigma jurídico que se tem o advento das constituições, documento de conotação política que formaliza os ideais revolucionários da época. Tais constituições possuíam um extensa gama de garantias básicas, em outras palavras, direitos fundamentais de primeira geração¹, aqueles de caráter individualista e que impõe abstenções ao poder público, isto é, limitam sua atividade. Com efeito, tais documentos não possuíam juridicidade, nem vinculavam a atuação dos poderes estatais. As primeiras constituições liberais burguesas, ou declarações de direitos, eram a expressão dos ideais revolucionários que tomaram conta da Europa, contudo, eram tidas como documentos políticos sem imperatividade normativa. As constituições possuíam curta extensão e eram imbuídas de direitos fundamentais, os quais, entretanto, tinham sua concretização às margens da atividade legislativa². Tais documentos eram tidos como cartas de intenções, formalizavam a igualdade por haverem acabado de sair de um paradigma no qual reinavam os privilégios, mas a lei poderia limitar tal igualdade se esta fosse a vontade coletiva, pois nada poderia ser superior à emanação da vontade democrática por meio da atuação do Poder legislativo.

Por se estar saindo de um paradigma no qual não se possuía segurança jurídica, tendo em vista que não havia um corpo único de leis formais promulgado por uma única autoridade, assim como pela concentração de poder nas mãos de poucas instituições que cometiam

¹ **Art. 2º** A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são **a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão** (*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*).

² Art.1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum (*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*).

inúmeras arbitrariedades, teve-se a noção à época de que a única legitimidade deveria advir da lei, a qual deveria ser a formalização da vontade geral e igual para todos.

Com a ideia de supremacia da lei, a administração passa a se subordinar a ela, deixando de fazer tudo aquilo que o produto do processo legislativo proíbe. Ainda, a interpretação e aplicação do direito passa a ser realizada pelo recém implementado Poder Judiciário, consequência da separação dos Poderes, com vistas a conter possíveis arbitrariedades. Nesse sentido, vale ressaltar que a eliminação de arbitrariedades é o principal objetivo do Estado Legislativo de Direito (ou constitucional).

Com efeito, a lei passa a ser vista como manifestação da vontade de todos e centro do ordenamento jurídico³. O legislador, por sua vez, passa a ser tido como infalível e sua atuação é sempre considerada legítima, pois expressa a vontade geral e a democracia. Dessa forma, não há possibilidade de controle da atividade legislativa, pois esta nada mais é que a vontade democrática. Controlar a atuação daqueles que ali estão para formalizar a vontade geral seria um atentado a democracia e aos ideais revolucionários liberais.

Outra característica extremamente relevante deste paradigma jurídico, é o fato de que uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas somente por haver sido formalizada por agente competente para tanto. Tal concepção é decorrente da ideia de supremacia da lei, que é legítima por si mesma, caso respeitado o devido processo legal de elaboração. Pode-se dizer que existe uma supervalorização da lei em função da segurança que ela, em tese, traz, algo que faltava ao paradigma anterior, assim como por representar a vontade da sociedade como um todo, algo que quebrou com o ideal absolutista de concentração de poder de decisão nas mãos de alguns poucos.

1.2 A mudança de paradigma: do modelo constitucional ao modelo neoconstitucional

Como visto, o paradigma legislativo de direito, modelo anterior ao neoconstitucionalista, auferia a validade jurídica de uma lei simplesmente pela análise de

³ **Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral.** Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos (*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*).

conformidade dos aspectos formais necessários para sua produção, independentemente do seu conteúdo. A superação deste modelo, que pregava a supremacia da lei, está intimamente associada à queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, ambos regimes que perpetraram inúmeras barbaridades sob a égide da lei. Neste contexto, por mais absurdas que fossem as ações praticadas, estavam devidamente pautadas em leis formais postas por autoridade competente. Tanto o era, que na tentativa de se eximirem de suas responsabilidades, oficiais nazistas utilizaram como parâmetro de defesa exatamente o argumento de que estavam cumprindo seus deveres legais.

Kelsen, em sua clássica obra "Teoria Pura do Direito", já afirmava que:

“Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considera-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.”⁴

A partir da segunda metade do século XX, houve o declínio do paradigma legalista, na medida em que o direito já não podia se limitar somente ao positivismo jurídico, isto é, sua legitimidade não poderia se dar somente por ser norma formal emanada de autoridade competente, de modo que a aproximação entre Direito e moral se fazia necessária, na medida em que se tinha a concretização da dignidade da pessoa humana como objetivo fundamental.

Posto isso, o neoconstitucionalismo, por sua vez, se contrapõe ao excesso de formalismo do positivismo jurídico que reinou no estado legislativo, na medida em que se passou a entender que a atuação do legislador não era infalível e que era impossível dissociar completamente o direito da moral. O Direito deixa de restringir-se as regras jurídicas, passando a aceitar-se o caráter normativo dos princípios. Neste modelo, a validade das leis não depende apenas do respeito à forma prescrita para sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com o conteúdo constitucional. O Judiciário, por sua vez, passa a ser responsável pela invalidação de atos legislativos e/ou administrativos que não estejam em consonância com a constituição.

⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 44

Com a renovação de pensamento sobre o que deveria ser o direito, houve a renovação das constituições, que passaram a conter, além dos direitos fundamentais de primeira geração, os direitos fundamentais de segunda geração, isto é, os direitos sociais. Além disso, as constituições passam a estar repletas de valores morais, transformados em normas jurídicas por meio dos princípios, os quais deixam de ser princípios gerais de direito com mera utilização na integração de lacunas no ordenamento jurídico - possuindo caráter subsidiário à regra formal - e passam a integrar o texto constitucional, sendo agora princípios constitucionais dotados da mais alta hierarquia normativa e de caráter deontológico. Neste novo paradigma, e é esta a mudança mais significativa, as regras devem ser interpretadas de acordo com os princípios e valores constitucionais.

Percebe-se, portanto, que o novo paradigma constitucional do pós-guerra está associado a uma expansão das normas constitucionais, que passam a ter força normativa, e cujo conteúdo pretende permear todo o ordenamento jurídico, na medida em que passa a condicionar a validade de todas as suas normas.

1.3 A constituição como centro do ordenamento jurídico

Como antes visto, até meados da década de 1940, era vigente na Europa o formalismo jurídico do Estado legislativo de direito, que pregava a supremacia da lei como expressão da vontade geral. A lei era emanada do Poder Legislativo, órgão competente, o qual era insuscetível de controle e considerado infalível, posto que representava o povo e formalizava o ideal democrático⁵.

A partir do final da mesma década, sendo a Lei Fundamental de Bonn o grande marco deste processo, foi-se moldando um novo paradigma jurídico, inspirado no modelo estadunidense de supremacia da constituição e constitucionalização de direitos fundamentais⁶,

⁵ Ideal democrático este não em sua acepção moderna, de realização da vontade da maioria, porém com respeito às minorias, mas somente no sentido de materialização da vontade geral.

⁶ Importante ressaltar que os direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, liberdade, propriedade e igualdade já faziam parte de declarações de direitos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (v. artigo 2º de tal carta política). Este novo processo de constitucionalização de direitos é, na verdade, inerente aos direitos sociais, os quais passam a integrar o rol de direitos fundamentais, ou seja, há um alargamento de tal rol. A característica marcante, de fato, deste novo modelo constitucional é a supremacia constitucional, que passa a ser dotada de caráter normativo e vinculante, passando a figurar no ápice do ordenamento jurídico.

que ficavam protegidos contra possíveis rupturas inerentes ao processo político majoritário, resguardando-se assim os valores básicos da sociedade e a organização do Estado.

A supremacia do texto constitucional frente às outras normas do ordenamento jurídico é uma bases do neoconstitucionalismo. A Constituição é uma Lei Fundamental, e portanto é superior a todas as demais normas presentes no ordenamento jurídico. Como centro deste, a constituição passa a ser seu parâmetro de validade. Ainda, todas as normas, qualquer que seja o ramo do direito, devem ser interpretadas nos termos da lei maior, já que inválidas se a ela contrárias.⁷

A partir de tal premissa, surge a possibilidade do *judicial review*, já que se a Constituição é uma lei suprema, e cabe ao Judiciário interpretar as leis e resolver conflitos entre uma lei superior e outra inferior, cabe ao Judiciário invalidar as normas contrárias à Constituição. A própria *Supreme Court* estadunidense exaltou este entendimento no caso *Marbury vs Madison*, em 1803, como se verá adiante no Capítulo II.

A supremacia da constituição caminha juntamente com o reconhecimento de sua força normativa, rompendo com a antiga concepção vigente no paradigma anterior de que a constituição é somente um documento político destituído de juridicidade. Com efeito, ganha status de norma jurídica dotada de imperatividade, isto é, possuidora de caráter vinculante e obrigatório, além de, obviamente, eficácia imediata.

Segundo Luis Roberto Barroso, o reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais acarreta consequências relevantes, tais como:

- (i) a constituição tem aplicabilidade direta e imediata as situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais; (ii) a constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais; (iii) os valores e fins previstos na constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do direito no momento de determinar o sentido e o alcance

⁷ Nesse sentido, é válido apontar o método da interpretação conforme a constituição, utilizado para compatibilizar o texto legal à constituição. Segundo Pedro Lenza, tal técnica consiste na compatibilização da norma ao ordenamento constitucional, devendo ser utilizada, sempre para dar a lei o sentido adequado da Constituição, sem invalidá-la. (LENZA, 2009)

de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida."⁸

Percebe-se, portanto, que a supremacia da constituição face ao ordenamento jurídico acarreta no reconhecimento de sua força normativa, de modo a vincular comportamentos e criar relações jurídicas. Ainda, já que no topo do ordenamento jurídico, é critério de validade de tudo que está em escala hierárquica inferior, devendo todas as leis serem interpretadas e aplicadas em consonância com o conteúdo constitucional, que passa a permear todo o sistema.

1.4 Expansão da Jurisdição Constitucional

O termo jurisdição vem do latim "*jurisdictio*", que significa "dizer o direito". Ela é o poder legal, no qual são investidos certos órgãos e pessoas, de aplicar o direito no caso concreto (CÂMARA, 2015)⁹. A jurisdição constitucional, por sua vez, é o poder de dizer o direito constitucional, isto é, o que está de acordo com a constituição. A jurisdição constitucional sofre uma expansão com o advento do neoconstitucionalismo, já que a constituição passa a gozar de status de norma jurídica de hierarquia superior a todas as outras. A amplificação da jurisdição constitucional se dá, principalmente, por dois motivos: (i) o alargamento do rol de direitos fundamentais; e (ii) o processo de constitucionalização do direito.

Tendo em vista que a constituição possui aplicabilidade prática e imediata, o desrespeito ao seu conteúdo enseja a necessidade de prestação jurisdicional e, neste caso, jurisdição constitucional. Com a ampliação do rol dos direitos fundamentais, maior deverá ser a atuação da jurisdição constitucional para garantir a sua concretização, já que mais situações poderão ser alvo de questionamentos à justiça. Um maior número de direitos enseja um maior número de garantias, que muitas das vezes, precisam de um garantidor, que neste caso passa a ser o Poder Judiciário.

Outro fator relevante para a expansão da jurisdição constitucional é a constitucionalização do direito. Tendo em vista que a constituição é o ápice do ordenamento jurídico, tudo que está em posição hierárquica inferior deve estar em consonância com a

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 232.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Gen Atlas, São Paulo, 2015, p. 33.

norma maior. Ainda, a interpretação das normas do ordenamento jurídico deve ser realizada em conformidade com a constituição. Dessa forma, tem-se um efeito expansivo das normas constitucionais, que passam a condicionar a validade e o sentido das normas de direito infraconstitucional. Com efeito, abre-se espaço, assim como cria-se a necessidade, para a criação de um órgão responsável pela análise destas questões, isto é, responsável por dirimir as controvérsias entre normas que envolvam a aplicação da constituição.

A constitucionalização do direito acaba por trazer consequências às atuações de todos os Poderes da república. O Legislativo tem restringida a sua liberdade de produzir as leis, isto é, não pode produzir nada em desconformidade com o texto constitucional, assim como deve agir nos comandos da constituição, realizando as políticas estabelecidas em seu texto. Ao executivo, há a limitação de sua discricionariedade administrativa, assim como a imposição de deveres de atuação. Ao Judiciário, resta o papel de analisar a conformidade das condutas dos outros Poderes com o texto constitucional, assim como a interpretar as normas de direito infraconstitucional de acordo com os valores constitucionais.

1.5 Evolução dos princípios

Atualmente, os princípios são a base do ordenamento jurídico, são as normas que fundamentam e sustentam o sistema, isto é, são suas normas fundamentais. Ainda, são dotados de juridicidade e normatividade, e podem tanto serem aplicados diretamente ao caso concreto como prescrever a maneira que se deverá atuar. Contudo, nem sempre foi assim, havendo a juridicidade dos princípios passado por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, os princípios eram tidos como axiomas jurídicos, isto é, normas estabelecidas pela racionalidade e pelo ideal de justiça compartilhado na sociedade, estando o ideal de justiça intimamente ligado à essência dos princípios gerais de direito. Contudo, a formulação axiomática de tais princípios os arrastou para o descrédito, já que havia grande valorização da lei formal genérica, objetiva e não abstrata, buscava-se um direito mais próximo das ciências naturais (BONAVIDES, 2015).¹⁰

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros, São Paulo, 2015, p. 267.

A segunda fase, por sua vez, é a positivista, com a entrada dos princípios nos códigos como fonte normativa subsidiária. Para esta escola, os princípios eram extraídos das normas, isto é, das regras jurídicas. Faz-se o caminho inverso, no sentido de alcançar-se a "premissa maior", os princípios, através da "premissa menor", as normas, isto é, os princípios são derivados das leis. Os princípios, com efeito, já estão dentro do direito positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Ainda, assim como na fase jusnaturalista, no positivismo os princípios careciam de normatividade, sendo mero meio integrativo de lacunas no ordenamento jurídico.

Em ambos esses contextos, jusnaturalista e positivista, os princípios eram qualificados como princípios gerais de direito. No jusnaturalismo, eram consensos de justiça compartilhados que não integravam formalmente o ordenamento jurídico. No positivismo, por sua vez, estes princípios gerais passam a formalmente integrar o ordenamento jurídico, já que inseridos nos códigos, que eram o ápice da hierarquia à época. A priori, os princípios não gozavam de força normativa, já que eram fontes subsidiárias de direito, como a analogia e os costumes. Todo o valor normativo era atribuído as regras jurídicas, e os princípios eram meras extensões das normas, possuindo como foco a complementação de sua aplicação.

O ilustre jurista italiano Norberto Bobbio foi um dos críticos da falta de normatividade atribuída aos princípios, entendendo que:

"Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um processo de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos ou adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?" (*apud* BONAVIDES, 2015, pág. 269)¹¹

No neoconstitucionalismo, aqueles princípios gerais do Direito destituídos de força normativa tanto no jusnaturalismo como no positivismo jurídico, passam a ser princípios

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 269.

constitucionais, espécies normativas dotadas de normatividade e aplicabilidade. A mudança ocorre com sua inserção nas constituições, documentos que passam a gozar de supremacia dentro do ordenamento jurídico. Sendo os princípios as bases do sistema, e a constituição a norma suprema, a inclusão dos princípios na carta magna acarreta no reconhecimento de sua superioridade. Ainda, com o reconhecimento de força normativa à constituição, os princípios passam a ser considerados normas jurídicas dotadas de imperatividade.

Os princípios constitucionais estão intimamente ligados à noção de fundamento que orienta e confere coerência a todo o ordenamento jurídico. No paradigma neoconstitucionalista, a Constituição é norteada pela presença de princípios valorativos, que são qualificados como as normas fundamentais do sistema jurídico, o fundamento de todo o ordenamento. Os princípios valores nucleares de todo o sistema, inspirando e dotando de unidade e adequação o ordenamento jurídico.

Segundo o jurista italiano Crisafulli:

"Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém" (*apud* BONAVIDES, 2015, pág. 262)¹²

No positivismo, dizia-se que o ordenamento jurídico era completo, isto é, possuía todas as respostas para a resolução de qualquer caso concreto. Ainda, o qualificavam como perfeito ou seja, qualquer conflito entre normas era um conflito meramente aparente, que era resolvido pelos critérios da temporalidade, especialidade e hierarquia. Dessa forma, uma das regras em conflito aparente será reputada inválida, tendo em vista que não poderão subsistir tratamentos distintos a mesma situação fática.

No pós-positivismo, por sua vez, passou-se a aceitar a possibilidade de conflito real entre normas jurídicas, contudo sem o reconhecimento da invalidade de uma delas. As regras jurídicas, neste paradigma, continuam possuindo o mesmo tratamento, na medida em que consistem em previsões mais concretas e objetivas, sendo válidas ou não. Entretanto, distintos

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 262.

princípios, por sua vez, podem prever e permitir situações opostas, sem que haja a declaração de nulidade de qualquer um deles. Nesse sentido, haverá uma valoração do intérprete por qual princípio regula melhor o caso concreto, aproximando-se da concretização do valor geral do ordenamento jurídico, a justiça.¹³

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, isto é, na existência dos fatos por elas previstos, será aplicada ao caso concreto. A dimensão de peso, importância ou valor, por sua vez, é característica exclusiva dos princípios. Nesse sentido, é possível afastar a aplicação de um princípio em determinado caso e, mesmo assim, aplicá-lo em outro caso distinto quando em conflito com outro princípio constitucional, quer dizer, os mesmos princípios possuem valorações distintas conforme mudam os fatos que serão considerados no julgamento do caso concreto.

O método clássico de aplicação das normas no positivismo era o método da subsunção, isto é, o enquadramento da premissa menor dentro da premissa maior. Tem-se um fato, e o que busca é enquadrá-lo em uma das hipóteses normativas previstas pelo ordenamento jurídico, ou seja, é mera atividade técnica de aplicação, sem espaço para juízos de valor por parte do intérprete (aplicador) da lei. Contudo, em situações que envolvam princípios, mais de uma norma pode ser aplicada sobre os mesmos fatos, isto é, há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Percebe-se, portanto, que o método da subsunção não é capaz de resolver tal problema, já que em razão do princípio da unidade da constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais, não seria possível invalidar uma das premissas maiores.

Nesta hipótese, os princípios aplicáveis serão valorados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, ou seja, haverá necessidade de aplicação de novo método interpretativo, a ponderação, aplicável aos chamados *hard cases*. Nesse sentido, não há como resolver o conflito por meio da hierarquia, pois são previsões igualmente constitucionais, tampouco há como resolver tal conflito pelo aspecto da temporalidade, pois são promulgadas

¹³ Nesse sentido, tem-se o princípio da unidade da constituição, que informa que esta deve ser interpretada como sendo um sistema unitário de normas, quer dizer, de regras e **princípios**, sem que haja qualquer hierarquia entre elas. Com efeito, é possível a existência de duas normas dotadas de mesma hierarquia, promulgadas ao mesmo tempo e igualmente genéricas, que podem ser aplicadas ao mesmo caso concreto, levando a conclusões distintas. Dessa maneira, ter-se-ia um conflito real, contudo, em função do princípio da unidade da constituição, não haveria nulidade de uma delas, mas tão somente a ineficácia neste caso concreto específico.

a mesma época, assim como não se pode utilizar o critério da especialidade, já que as previsões são igualmente genéricas. Com efeito, há de se realizar uma valoração das normas aplicáveis, de modo a perquirir qual delas possui maior valor ao caso concreto, de acordo com os fatos que são postos ao intérprete.

Posto isso, percebe-se que as regras são válidas, e portanto passíveis de aplicação ou não, enquanto que os princípios, mesmo em conflito, continuam dotados de validade, porém, dotados de eficácia ou não, de acordo com os fatos em questão. Dessa forma, tem-se que a diferenciação entre regras e princípios se dá na medida de valor, quer dizer, os princípios possuem mais ou menos valor de acordo com os fatos que são apresentados, enquanto que as regras não são valoradas, ou seja, se são válidas, são aplicáveis em seus próprios termos. Em suma, as regras diferenciam-se em sua validade, na medida em que os princípios se diferenciam por seu aspecto valorativo, isto é, seu valor ao caso concreto.

1.6 Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade teve sua origem nos Estados Unidos da América (*judicial review*), mediante construção jurisprudencial da Suprema Corte, que reconheceu sua própria competência para invalidar leis e atos normativos que viessem a ferir a constituição. Este controle era exercido mediante análise do caso concreto pela Suprema Corte, ou seja, era controle difuso e incidental, e teve como *leading case* a lide *Marbury vs Madison*, como se verá adiante no capítulo II.

Tal técnica de controle nada mais é do que uma análise de compatibilidade entre leis ou atos normativos em relação à constituição, de modo a aferir a validade das normas frente ao texto constitucional. Com efeito, pode ser dividido em controle formal e controle material. O controle formal é aquele no qual se busca analisar a conformidade de produção da norma, ou seja, perquirir se a norma foi produzida de acordo com o estabelecido pela constituição. Este controle é de feição técnica, e está voltado para análise dos aspectos formais, não havendo questionamentos acerca do conteúdo ou substância da norma impugnada. O controle material, por sua vez, incide sobre o conteúdo da norma, possuindo os juízes, portanto, maior espaço de análise e deliberação.

Ainda, pode ser exercido de duas formas: por via de exceção e por via de ação. O controle por via de exceção se dá no decorrer do julgamento de um caso concreto, mediante alegação de uma das partes. Têm-se o levantamento da inconstitucionalidade com o intuito argumentativo próprio, isto é, se busca a satisfação de interesse pessoal. Nessa hipótese, o que se busca é que a referida lei inconstitucional não seja aplicada ao caso concreto. É, portanto, controle incidental, subjetivo e difuso. O controle por via de ação, a sua vez, é realizado em abstrato e de forma direta, isto é, por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista no texto constitucional, que é proposta, mais comumente, perante tribunal constitucional.

Hans Kelsen, ao afirmar que o ordenamento jurídico é composto por normas de distinta hierarquia, afirma que as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das normas superiores. A aferição de constitucionalidade, portanto, é consequência da supremacia constitucional. Tendo em vista que os Poderes derivam sua competência da constituição, não podem eles produzir atos contrários à lei maior. Sem o controle de constitucionalidade, a supremacia da constituição seria inócua, já que tal preponderância não seria materializada, abrindo-se espaço para excessos de competência e violações à direitos fundamentais. Seu maior objetivo é, pois, garantir os direitos fundamentais formalizados na carta constitucional. Nesse sentido, limita a atuação do Estado, na medida em que acaba com o poder soberano que detinha o Legislativo no Estado legislativo de direito, de modo a impor aos governados uma vontade sem limites com justificativa na representatividade, isto é, na expressão da vontade geral.

Assim, cita kelsen:

"A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto de conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma processual pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora".¹⁴

É através do controle de constitucionalidade, portanto, que se garante a força normativa, assim como a efetividade do texto constitucional. O reconhecimento da supremacia do texto

¹⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 240.

constitucional como sendo o fundamento de validade do ordenamento jurídico não é suficiente, sendo necessário um mecanismo efetivo para a realização deste controle. Neste sentido, o ministro Gilmar Mendes afirma que "a constituição que não possuir uma garantia para anulação de atos inconstitucionais deixaria mesmo de ser obrigatória".¹⁵

Dessa forma, tem-se que o controle de constitucionalidade não passa de análise de compatibilidade e adequação de leis ou atos normativos em face da constituição, consistindo justamente na aferição da validade da norma frente ao texto constitucional. Assim, por meio do controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concreto, por via incidental ou principal, é que se tem a conciliação de lei ou ato normativo frente a constituição, dando efetividade a supremacia constitucional, principais características do modelo neoconstitucional.

1.7 A nova hermenêutica

Com o neoconstitucionalismo, tem-se o desenvolvimento de uma nova forma de interpretação constitucional. A interpretação tradicional do positivismo era totalmente voltada para o sistema jurídico, isto é, para a norma jurídica aplicada ao caso concreto. Dessa forma, entendia-se que nela estaria contida, em caráter geral e abstrato, a solução para o caso concreto. O problema, por sua vez, daria os elementos fáticos sobre os quais incidiria a norma, de modo que o intérprete somente seria responsável por identificar a norma aplicável.

No neoconstitucionalismo, sendo o primeiro movimento dissonante deste entendimento tradicional a Tópica, passa-se a buscar a solução juridicamente adequada a partir do problema concreto, isto é, o fato e a realidade passam a ser elementos essenciais na atividade interpretativa. O papel do intérprete, neste novo paradigma, não mais se reduz a uma função de conhecimento técnico, de modo a revelar norma contida no texto. Com efeito, o intérprete torna-se um dos participantes do processo de criação do direito, já que passa a fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas (princípios) e realizar escolhas entre os distintos caminhos extraídos de sua interpretação. Dessa maneira, a solução do caso concreto já não mais se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico, ela deverá ser construída através da teoria da argumentação pelo intérprete.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, 5ª edição, Saraiva, 2010, p. 1057.

Nesse sentido, a leitura da norma representa apenas o início do processo de extração da norma, posto que muitas das vezes tem-se a regulação do caso concreto pelos princípios ou conceitos indeterminados. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte de tal processo, na medida em que só é possível encontrar a solução adequada a partir dos elementos do caso concreto. Com efeito, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito mediante desenvolvimento argumentativo, na medida em que existem inúmeros caminhos que podem ser tomados. A necessidade da argumentação, dessa forma, tem por finalidade o controle da racionalidade (razoabilidade) das decisões judiciais.

Aqui, a norma jurídica não se restringe ao texto de uma lei, de modo que a interpretação de uma regra é algo a mais que a simples interpretação das palavras do texto legal. De acordo com o movimento positivista, o direito é um sistema completo e no qual inexistem conflitos reais, sendo estes meramente aparentes e resolvidos através dos métodos hierárquico, da especialidade e da temporalidade. Partindo-se de que o texto não é a lei, mas somente a forma da lei, não é possível abstrair a realidade da norma, de modo que só é possível chegar à norma por meio da análise dos fatos. O direito e a realidade não devem ser, assim como não são, incomunicáveis.

Outro ponto de mudança em relação a interpretação constitucional foi a abertura do seu rol de intérpretes. Até então, somente participavam do processo de interpretação constitucional os órgãos estatais ou aquelas pessoas diretamente a ela vinculadas. Com efeito, com esta nova dinâmica, todos passam a ter a faculdade de interpretar a constituição, isto é, tanto o cidadão comum, quanto o órgão estatal com atribuição formal para tanto podem interpretar as disposições constitucionais. Desse modo, possuem legitimidade na interpretação da constituição todos os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos e grupos sociais. O alargamento do rol de intérpretes é uma consequência da incorporação da realidade ao processo de interpretação, na medida em que a interpretação da constituição deve sempre estar em consonância com a evolução da sociedade, de modo a permitir o progresso e atender as demandas da sociedade.

Por fim, temos outra inovação trazida pelo neoconstitucionalismo e suas premissas, qual seja, a interpretação conforme a constituição. Tal técnica tem como escopo a preservação dos frutos da atividade legislativa. Partindo-se do pressuposto de que uma norma pode admitir

várias interpretações, de modo que algumas destas interpretações levam ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, permitem compatibilizá-la com a constituição. Nesse sentido, tem-se que a norma interpretada conforme a constituição será considerada constitucional, evitando-se a sua anulação e, conseqüentemente, respeitando a independência e harmonia entre os poderes constituídos. A aplicação dessa técnica interpretativa parte do pressuposto de constitucionalidade de que gozam as leis, de sorte que em caso de dúvida a lei será interpretada conforme a constituição. Ainda, sendo a constituição composta por princípios elementares que se conectam e interligam, de modo a formar um sistema normativo, não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que a constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.

Percebe-se, portanto, que o neoconstitucionalismo trouxe inovações em relação a atividade interpretativa, trazendo os fatos do caso concreto para o centro da discussão acerca da norma a ser aplicável, isto é, os fatos passam a ser tão importantes quanto o texto legal em si. Nesse sentido, tem-se a necessidade de argumentação racional do intérprete, coparticipe do processo de produção da norma, na medida em que se utiliza de conceitos indeterminados e princípios dotados de alto grau de abstração. Ainda, tem-se o alargamento do rol de interpretes da constituição, na medida em que a interpretação deixa de ser atividade meramente técnica realizada pelos órgãos estatais para tornar-se objeto de evolução social.

2. ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Judicialização da Política

A judicialização da política consiste na transferência de importantes questões de âmbito político, social ou moral ao Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Legislativo e o Executivo, de modo que se pode afirmar que tal fenômeno acarreta a expansão da jurisdição em detrimento dos outros Poderes constituídos (BARROSO, 2015).¹⁶ Nesse sentido, tal transferência que pode ser feita pelos próprios poderes políticos, como uma estratégia para evitar desgastes sociais, assim como pela própria sociedade, que provoca o Judiciário para decidir sobre questões que, a princípio, deveriam ser tomadas na esfera política.

É fato que a judicialização é a nova realidade da discussão política, já que inúmeras decisões de âmbito governamental e social de extrema relevância passam a ser tomadas por magistrados em Tribunais, fugindo ao imaginário usual de que deveriam ser decididas por congressistas na Casa Legislativa ou pelo chefe do executivo no Palácio Presidencial. Posto isso, deve-se, para melhor compreensão deste fenômeno, passa-se a analisar suas causas.

A judicialização decorre e se potencializa em razão de alguns fatores, tais como: (i) a constitucionalização do Direito; (ii) a supremacia da Constituição; (iii) a adoção de uma Constituição analítica; (iv) do amplo acesso ao Poder Judiciário dado pela carta política; (v) e do sistema de controle de constitucionalidade adotado. A soma desses fatores proporcionou intensas modificações no desenho institucional brasileiro, assim como na relação entre os Poderes estatais, colocando o Judiciário no espaço político e, também, ampliando sua importância e participação no sistema democrático.

A primeira causa da judicialização, a constitucionalização do Direito, fez com que os valores contidos na Constituição se irradiassem por todo o ordenamento jurídico, resultando na necessidade de interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com o texto constitucional. Com efeito, a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, desempenhando um papel principiológico e axiológico, seja na confecção de novas leis, assim

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Rio de Janeiro, Saraiva, 2015, p. 437.

como na interpretação das já existentes e na atuação dos três Poderes. Dessa forma, abre-se o leque de possibilidades de discussão daquilo que pode ser considerado (in)constitucional e, portanto, ser alvo de questionamento perante o Judiciário.

A supremacia da constituição, por sua vez, surge como ponto de apoio e condição de validade de todo ordenamento jurídico, na medida em que todas as demais normas infraconstitucionais encontram validade na Lei Maior. Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico ou de manifestação de vontade pode subsistir se incompatível com a Lei Fundamental. Dessa forma, surge o Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, como o responsável por garantir esta supremacia, tanto no plano formal como material.¹⁷

A Constituição de 1988, no que lhe diz respeito, traz uma imensa carga valorativa em seu texto, por meio de princípios constitucionais abertos. Com efeito, se faz necessária, em muitos casos, a atuação do Judiciário para obtenção da norma jurídica, que não mais é extraída do texto por um processo de subsunção, mas sim através de raciocínio espiral, que leva em conta as particularidades de cada caso concreto com que se depara o magistrado. O princípio da Legalidade, por exemplo, não deve ser aplicado da mesma forma na esfera privada como é aplicado no âmbito da administração pública. Enquanto que em uma hipótese se pode fazer o que a lei não veda, na outra, se deve fazer aquilo que a lei permite e comanda.

Ainda, a Constituição extremamente analítica e abrangente que vigora no Brasil, assim como o amplo acesso ao Judiciário, fez com que o fenômeno da Judicialização ganhasse proporções ainda maiores que em outros países. Com efeito, é evidente que questões de relevância política, social e moral tendam a chegar ao conhecimento do Judiciário antes que ocorra o debate nos outros dois Poderes, nada mais lógico. Nesse sentido, está o artigo 5º, inciso XXXV, que diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Nesse sentido, também é pertinente apontar que a constituição de 1988 é imbuída de inúmeras matérias que antes eram parte da legislação ordinária, por marcar a redemocratização de um país que vinha de décadas de ditadura e repressão, de modo que

¹⁷ Aliado a este fato, tem-se a inclusão da realidade no processo interpretativo e a inclusão do cidadão comum no rol de interpretação constitucional, de modo a aumentar ainda mais as demandas perante tribunais.

inúmeras parcelas da sociedade possuíam o anseio por positivar o que julgavam pertinente na mais alta escala hierárquica, qual seja, a constitucional.

Por conseguinte, há a questão do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que combina duas matrizes. A americana, na qual qualquer Juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma quando provocado de maneira incidental no caso concreto, fazendo com que a lei deixe de ser aplicada quando considerada inconstitucional, com a matriz europeia, que prevê ações diretas para questionar a constitucionalidade de norma perante Corte Constitucional. Assim, qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao Supremo, já que este é o detentor da última palavra em relação a constitucionalidade da norma, seja em sede de ação direta ou de Recurso Extraordinário.

A judicialização, portanto, não decorre de uma opção dos magistrados, na medida em que, os princípios da inafastabilidade da jurisdição¹⁸ e do impulso oficial¹⁹ fazem com que o Poder Judiciário não possa negar a prestação jurisdicional, devendo solucionar o caso posto a sua apreciação. Nesse contexto, a judicialização decorre do sistema institucional vigente, e não de uma opção política do Judiciário. Com efeito, juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão, sendo o modo como venham a exercer essa competência determinante para a configuração de ativismo judicial legítimo ou não.

2.2 Críticas à judicialização da política

É certo que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o julgamento satisfatório devido à falta de informação ou conhecimento específico para tanto. Com efeito, cria-se o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e, possivelmente, indesejáveis, que podem ser desencadeados quando juízes e

¹⁸ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (*Constituição Federal de 1988*).

¹⁹ **Art. 2º** O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei (*Código de Processo Civil de 2015*).

tribunais não anteveem o impacto de suas decisões, seja sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público, por exemplo.²⁰

É notório que cabe aos três Poderes pautar sua atuação a partir do texto constitucional. Além disso, sabe-se que o Judiciário não possui o monopólio da interpretação constitucional, mesmo que seja sua a última palavra em casos de divergência. Portanto, é pertinente a indagação de como é possível determinar qual Poder possuiria melhor capacidade de atuação para produzir a melhor decisão sobre determinada matéria.

Outro aspecto digno de menção é o discurso utilizado no mundo do direito, isto é, suas expressões técnicas e seus métodos próprios de argumentação e interpretação. O domínio dessa linguagem exige conhecimento técnico e treinamento específico, que, via de regra, não são acessíveis à generalidade das pessoas. Diante dessas colocações, Barroso, citando Jeremy Waldron, destaca que “a primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica.”²¹

Dessa forma, a judicialização acaba por mudar o foco da discussão pública, de modo que o próprio debate sobre o interesse público pode ser relegado a segundo plano, em meio as preocupações com a técnica jurídica e com o formalismo impostos pelo direito. Ainda, passa de um ambiente no qual as razões podem ser postas de maneira mais simples e abrangente para outro que possui métodos ímpares de debate. Com efeito, a transferência do debate público para o Judiciário ainda acaba por trazer uma carga excessiva de politização dos tribunais, viabilizando “paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.”²²

De fato, embora exista a possibilidade de realização de audiências públicas, participação no debate, na forma do *amicus curiae*, de entidades representativas do interesse coletivo, assim como a possibilidade de entidades da sociedade civil proporem ações diretas perante o Supremo, como é o caso da OAB, é leviana a afirmação de que este problema esteja

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 439.

²¹ WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review apud* BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 445.

²² BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 446.

satisfatoriamente mitigado, até mesmo porque o Poder Judiciário, em sua estrutura e organização, guarda traços identificadores de sua atuação, incluindo, como já mencionado, a linguagem e o discurso próprio.

Nota-se, também, que inúmeros casos acerca de interpretações controvertidas das cláusulas constitucionais, que apresentam conceitos extremamente abertos e vagos, chegam ao Supremo Tribunal Federal. São temas que ensejam debates e que, *a priori*, não possuem uma resposta correta ou consensual. “Os principais casos constitucionais contemporâneos decididos pelas Cortes Constitucionais implicam uma análise de questões que a doutrina estrangeira classifica como desacordos morais razoáveis.”²³

Kelsen, ao elaborar sua teoria de Jurisdição Constitucional, procurou determinar uma estrutura hierárquica de normas, escalonada de maneira objetiva e lógica a fim de limitar a margem de discricionariedade dos juízes àquelas hipóteses contidas na norma. Dessa forma, a Corte Constitucional teria competência apenas para eliminar o que não for ao encontro do estabelecido. Porém, os *Hard Cases*, segundo Dworkin, que envolvem matérias passíveis de contestação, não possuem nos textos constitucionais quaisquer indícios sobre qual posicionamento se deve seguir. Com efeito, é possível, assim como é muitas vezes plausível, que juízes distintos cheguem a diferentes conclusões acerca da mesma questão.

Soma-se a esse fato, a afirmação recorrente de que juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, não possuindo, portanto, o caráter democrático-representativo em sua investidura. Para Barroso, “A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais.”²⁴ Em contraponto à esta crítica, pode-se entender que a Constituição Federal atribui expressamente esse poder ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, ao atribuir-lhe a competência para guardar a Constituição e seus valores. Dessa forma, ao fazer

²³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Disponível em: <jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>. Acessado em: 17/08/2020

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acessado em: 17/08/2020

valer a Constituição e as leis, estar-se-iam concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte originário ou pelo legislador, ou seja, pelos representantes do povo.

2.3 Considerações iniciais acerca do ativismo judicial

A expressão Ativismo Judicial teve origem nos Estados Unidos e foi forjada com conotação pejorativa e depreciativa, sendo comumente o termo escolhido para qualificar a atuação da Suprema Corte norte-americana durante o período dos *Civil Rights*, mesmo que já se pudesse notar atuação ativista da *Supreme Court* em casos de *Judicial Review* datados do século XIX, como se verá adiante.

Durante o referido período, foi construída uma jurisprudência progressista, e inclusiva, em matéria de direitos fundamentais, que até então possuíam eficácia extremamente limitada e restrita a determinadas parcelas da sociedade estadunidense, sendo efetivadas inúmeras mudanças na sociedade por meio de uma interpretação extensiva de direitos. Com efeito, órgãos que tradicionalmente eram os responsáveis pela tomada de decisões políticas, adquirem papel secundário nesta trama, de modo que o protagonismo é incorporado pela Suprema Corte. Com efeito, percebe-se, que o ativismo judicial está associado a uma maior participação do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais através da interpretação extensiva dos princípios constitucionais abertos, possuindo ingerência no espaço de atuação dos outros Poderes da República para tanto.

Entretanto, é necessário salientar que no âmbito do *common law* o Poder Judiciário possui atuação mais ativa no processo de formação do direito do que quando comparado ao *civil law*. Uma das bases do *common law* é o sistema do *stare decisis*, de modo que tribunais inferiores estão vinculados as decisões proferidas pelos órgãos de julgamento superiores quando estiverem diante de fatos idênticos. Em contraposição a esta verticalização dos precedentes, temos sua horizontalização, isto é, o órgão judicante não deve ignorar suas próprias decisões anteriores. Contudo, como o direito deve acompanhar as mudanças da sociedade sob pena de tornar-se ineficaz e desconexo com a realidade, temos a possibilidade de *overruling*, que é a desconstituição de precedente, o qual será superado e perderá seu caráter vinculante. Além disso, outro fato distintivo do modelo estadunidense para o brasileiro

aparece na medida em que no país da América do Norte os magistrados são eleitos, ou seja, possuem maior representatividade democrática.

Posto isso, para alguns o ativismo é capaz de proporcionar a adaptação do direito as novas realidade sociais, assim como a novas pautas axiológicas, indo de encontro ao passivismo e a autocontenção judicial, que, guiados pelo propósito de respeitar as opções do legislador e dos precedentes passados, conduziriam a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Através da nova hermenêutica, as decisões judiciais não ficam adstritas a reproduzir o que está nos textos legais, de modo que deve se adequar aos respectivos casos concretos.

Já para outros, o ativismo se manifesta na medida em que se configura a atuação dos juízes como legisladora, isto é, criadora de norma jurídica (sendo muitas vezes extensiva de direitos). Esse entendimento é fundado na ideia de que o papel dos tribunais não é o de criar o direito, mas simplesmente revelar a regra jurídica constante no texto normativo criado pelo legislador e sancionado pelo chefe do Executivo. Com efeito, uma corte ativista seria aquela que ultrapassa os limites impostos pelo texto normativo, de modo a ampliar seu alcance ou, até mesmo, criar regra jurídica.

Posto isso, o ativismo judicial pode ser considerado um fenômeno positivo ou negativo, a depender do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões. Elival Ramos, irretocavelmente, assinala que:

“Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea.”²⁵

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas. Tais como:

²⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

“a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”²⁶

Percebe-se, portanto, que o ativismo judicial é caracterizado por uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, interferindo, inclusive, no espaço de atuação dos outros dois Poderes, de modo a dar maior efetividade aos valores constitucionais através de uma interpretação extensiva de direitos.

2.4 Causas do Ativismo Judicial

Essa postura mais intensa e incisiva que vem adotando o Poder Judiciário é causada por uma série de fatores. O primeiro deles é o reconhecimento da importância do Judiciário como um Poder essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, com vistas a ter maior possibilidade de controle de legalidade sobre os outros dois Poderes e seus atos, ensejando, como consequência, a ascensão institucional de juízes e tribunais. Além disso, o descrédito das instâncias políticas tradicionais, seja pela crise de representatividade, seja pela deficiência do congresso em atender as demandas e anseios da sociedade civil, também contribuem para que o Poder Judiciário ganhe maior protagonismo, passando a ser visto como aquele que poderia satisfazer a vontade social.

Outro fator que também pode ser levado em consideração, é a preferência do próprio legislativo em deixar a cargo do Judiciário a decisão sobre certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando, assim, seu desgaste ao deliberar sobre temas controversos.

“Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Cadernos [SYN]THESIS, São Paulo, v.5, p.27, janeiro de 2012.

estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões.”²⁷

Em função de todo o exposto, pode-se dizer que o debate de determinadas questões torna-se mais fácil de ser realizado no Judiciário do que no Legislativo. A ampla acessibilidade aos espaços judiciais dada pela Constituição, faz com que se busque o Judiciário para a satisfação de demandas relegadas a segundo plano pelas instâncias políticas tradicionais.

2.5 Limites do Ativismo Judicial

Com a mudança de perspectiva ocorrida no Direito Constitucional durante o século XX, que deixa de lado sua perspectiva legalista e formalista para adotar normas abertas e imbuídas de valores, cria-se a necessidade de uma construção interpretativa pelo magistrado em busca do sentido da norma, de modo a buscar a aplicação mais correta em cada caso concreto. Conseqüentemente, abre-se espaço para o protagonismo judicial, na medida em que se confere maior grau de liberdade ao juiz em busca da solução que melhor realiza a vontade constitucional.

O Ministro Gilmar Mendes, no voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, referente à questão de cláusula de barreira, demonstra seu interesse em legitimar o Supremo Tribunal Federal como um tribunal com capacidade criativa afim de solucionar os conflitos:

“(…) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.”²⁸

²⁷ VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *In*: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, 2009, p. 44.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acessado em: 17 de agosto de 2020

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, procurou na Arguição de Preceito Fundamental nº 45, estabelecer situações em que caberia a intervenção do Judiciário nas políticas públicas conforme se aduz do fragmento colacionado:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”²⁹

Ou seja, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, caso os órgãos estatais competentes cumpram com seus encargos políticos e jurídicos, de modo a não comprometerem a eficácia e a integridade de direitos constitucionais individuais e coletivos, não haverá de se falar em atuação ativista. Caso ocorra, será ilegítima.

Outro fator limitador da postura ativista que pode ser extraído do voto do ministro é a proporcionalidade. Este princípio visa a aferição de compatibilidade entre o meio empregado e o fim visado, isto é, a verificação de legitimidade da finalidade do ato, de modo que deve haver uma relação lógica entre os meios e os fins. Ainda, visa conter os possíveis excessos estatais em suas condutas, de maneira a contrabalancear aquilo que se ganha e aquilo que se perde.

O princípio da proporcionalidade permeia todas as esferas jurídicas, assim como os atos de todos os Poderes, e compele todos os órgãos do Estado. Com efeito, todos devem adaptar seus atos e os meios de que dispõe para concretizá-los aos fins que buscam, sempre se levando em conta os efeitos decorrentes de suas ações. A proporção adequada se torna, portanto, condição da legalidade e legitimidade de qualquer conduta estatal.

Nesse sentido, a proporcionalidade é verificada na medida que se encontra a racionalidade do ato. O princípio da proporcionalidade tem como escopo a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com seus efeitos para que haja

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acessado em: 17 de agosto de 2020

possibilidade de controle do excesso. A proporcionalidade é, pois, a adequação lógica que deve haver entre tais elementos.³⁰

Além da adequação entre o meio empregado e o fim almejado, a proporcionalidade também está relacionada à necessidade, sendo necessário verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução do fim visado, de modo a impossibilitar a ocorrência de excesso na atuação estatal.³¹

Por fim, a proporcionalidade deve conter a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, de modo que o que se ganha deve ser mais valioso do que aquilo que se perde ao praticar determinado ato, de modo que a atuação nunca pode gerar um ônus maior que o benefício trazido.

Posto isso, o magistrado não deve invalidar decisões legislativas ou executivas que se encontram situadas no âmbito do razoável, de modo a impor seu próprio juízo de valor. O exercício legítimo da função jurisdicional nestes casos está atrelada à impedir aquelas opções que estejam incontestavelmente em descompasso com a ordem constitucional e não possuam adequação lógica entre meios e fins.

Dessa forma, é importante frisar que qualquer ato estatal, seja ele emanado de qualquer um dos Poderes, para ser considerado constitucional, e portanto legítimo, não basta que haja sido formalmente constituído. Também é necessário que esteja materialmente em consonância com o valores superiores básicos assinalados na constituição, como os de ordem social, democrática e da dignidade humana, assim como aos princípios elementares não escritos da lei maior, como o Princípio da Proporcionalidade.

2.6 *Leading cases*

Talvez o primeiro caso de ativismo judicial que se pode citar, considerado um marco do controle de constitucionalidade e do *Judicial Review*, foi a lide *Marbury vs Madison*, julgada pela Suprema Corte norte-americana em 1803. Por meio dessa decisão, a Suprema Corte

³⁰ Ato irracional é aquele arbitrário, isto é, que não segue princípios lógicos

³¹ Nesse sentido, está o princípio da vedação do excesso, segundo o qual, na consecução de um fim, deve-se utilizar o meio estritamente adequado, evitando-se todo **excesso**.

desenvolveu e estruturou a sua competência para exercer o controle de constitucionalidade com base na seção II, do artigo 3º, da Constituição Norte-Americana³², com vistas a afastar as leis federais que contrariassem a Constituição.

A fundamentação elaborada pela corte é no sentido de analisar a natureza de ato do Poder Executivo com fins de se perquirir se este ato estaria sujeito à controle da corte ou não. Com efeito, entendeu-se que os atos do Executivo que expressam mera vontade política não poderiam ser examinados pelo Judiciário, devido à discricionariedade que o Poder Executivo possui em relação a suas condutas de caráter meramente político. Entretanto, aqueles atos do Executivo que mantêm relação com a concretização de direitos fundamentais poderiam ser examinados. Para tanto, afirmou que a Constituição é a norma máxima do ordenamento jurídico, devendo todas as demais leis ou atos normativos com ela estar em consonância, motivo pelo qual cabe ao Judiciário rever aquilo que vai de encontro à Lei Maior.

Na fundamentação, a Suprema Corte afirma que quando o oficial do Poder Executivo é incumbido de uma tarefa, de cuja realização depende a efetivação de direitos individuais constitucionais, tem-se uma obrigação do agente público em realizá-la. Com efeito, o cidadão que se considerar lesado tem o direito de procurar um remédio legal para reparar tal violação. No caso concreto em questão, a Suprema Corte considerou o ato de entregar o diploma de investidura a *Marbury* uma mera função a ser exercida pelo oficial do Executivo, sem cunho político e que, portanto, *Marbury* possuiria direito a um remédio legal.

Neste caso, para justificar a caracterização da atuação da *Supreme Court* como ativista, temos a interpretação da constituição estadunidense de modo a viabilizar o controle de constitucionalidade, o qual não possui previsão expressa na constituição norte-americana, possibilitando, portanto, a declaração de inconstitucionalidade de ato do Poder Executivo,

³² "A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei."

com vistas a impor a este determinada conduta. Nesse sentido, tem-se a interferência da Suprema Corte no âmbito de atuação do Poder Executivo, com vistas a dar maior efetividade a constituição e a direito fundamental.

Ressalta-se o fato de que a própria fundamentação da sentença não se dá no sentido de alegar expressa violação ao texto constitucional. Nesse sentido, não se nota, aqui, a violação perquirida através de processo de subsunção, ou seja, quando a constituição prevê exatamente a situação do caso concreto e se enquadra a premissa menor na premissa maior, mas sim por meio de construção lógico-interpretativa, aplicando-se o texto constitucional a situação que não está expressamente prevista.

Outro caso paradigmático de ativismo judicial foi *Dred Scott vs Sandford*, também julgado pela Suprema Corte estadunidense, em 1857. O entendimento fixado neste caso foi no sentido de que os escravos, assim como os bens móveis ou propriedade imóvel privada, não poderiam ser retirados de seus donos sem o devido processo legal (*due process of law*), reforçando-se e dando maior efetividade ao referido princípio, aplicando-o a situação que não estava expressamente prevista no texto constitucional.

No segundo caso em que houve declaração de inconstitucionalidade de normas, a Corte entendeu que o Congresso excedera à autoridade que lhe fora delegada pela Constituição quando proibiu a escravidão em alguns estados norte-americanos, já que, segundo a Suprema Corte, a Casa Legislativa não possuiria legitimidade para promulgar normas contrárias à proteção constitucional da propriedade. Com efeito, o compromisso de Missouri, ato que fixou um paralelo como limite para estabelecer os estados norte-americanos que poderiam adotar o trabalho escravo, foi declarado inconstitucional.

Aqui, novamente percebe-se a aplicação da constituição à situação que não é expressamente prevista em seu texto, assim como a declaração de inconstitucionalidade de ato emanado por outro Poder constituído. Contudo, difere da anterior quando dá maior efetividade à direito constitucional (propriedade), aumentando seu alcance. Para tanto, justifica-se tal decisão com base em princípio que visa afastar arbitrariedades, *o substantive due process of law*, no sentido de que nenhum cidadão pode ser extirpado de sua propriedade sem o devido processo legal, e, caso o processo seja arbitrário, deverá ser invalidado.

De outro modo, assemelham-se as decisões quando há a sobreposição de ato da Suprema Corte sobre os atos emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente. Restringe-se a antes irrestringível discricionariedade do Executivo, assim como a irrestrita liberdade que possuía o Legislativo na elaboração das Leis, na medida em que se aumenta a competência da *Supreme Court*. Além disso, põe-se a constituição no topo do ordenamento jurídico, assim como lhe é conferida normatividade e aplicabilidade prática e imediata.

3. ANÁLISE DE CASOS

3.1 Introdução

A pandemia do Covid-19 (*Corona Virus Disease*) paralisou todo o mundo, de modo a fazer de 2020 um dos anos mais atípicos da história. Disseminando-se em velocidade alarmante em um mundo que não tinha as ferramentas para lidar com a doença, virou de cabeça para baixo todas as nações, da mais rica a mais pobre. O isolamento social, por sua vez, foi uma das medidas consideradas eficazes pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para conter a pandemia³³, de maneira a não colapsar os sistemas de saúde mundo afora e preservar a saúde e a vida das pessoas.

Entretanto, a adoção dessa política para conter a propagação do vírus, apesar de comprovadamente trazer resultados significativos, ocasiona a paralisação da economia, de modo a causar reflexos negativos na sociedade, levando muitos ao desemprego e a miséria. A partir daí, forma-se uma corrente favorável à flexibilização do isolamento social, indo de encontro ao posicionamento da Organização Mundial de Saúde, baseado em pesquisas e evidências científicas.

Este cenário, por sua vez, acaba gerando um debate acerca do posicionamento correto, isto é, aquele que é de fato o mais benéfico para a sociedade. Com efeito, cria-se terreno para o ativismo judicial, já que tal debate envolvendo políticas públicas passa a ser judicializado. No exercício da judicialização da política, tem-se a possibilidade de análise pelo judiciário de questões que não estão, a princípio, no âmbito de sua competência. Com efeito, tal atuação se pauta, ou se deve pautar, na necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, assim como na interpretação das normas constitucionais de modo a alcançar sua finalidade, sob pena esterilização da supremacia constitucional e ofensa à separação de poderes.

³³ “Para reduzir a velocidade de contágio do COVID-19, muitos países introduziram medidas sem precedentes, com significativos custos sociais e econômicos – fechando escolas e comércio, cancelando eventos esportivos, pedindo as pessoas para ficarem em casa e seguras. Nos compreendemos que esses países estejam agora procurando identificar quando e como poderão relaxar tais medidas. A resposta depende do que tais países fazem enquanto essas medidas estão sendo aplicadas. Pedir as pessoas para ficar em casa e reduzir a movimentação da população significa “comprar tempo” e reduzir a pressão sobre os sistemas de saúde. A última coisa que qualquer país precisa é abrir escolas e comércio apenas para serem forçados a fechá-los novamente em razão da reincidência do vírus. Medidas agressivas para localizar, isolar, testar e tratar são não apenas o melhor e mais rápido caminho para um país superar restrições sociais e econômicas extremas – são também a melhor maneira de evitá-las.”

Serão comentadas aqui algumas decisões proferidas por tribunais no decorrer deste período pandêmico. A primeira delas é uma cautelar proferida em sede de ação de descumprimento de preceito fundamental, com vistas a anular ato do poder executivo, alegando para tanto sua inconformidade com a ordem constitucional. Em suma, se trata de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de proibir a veiculação de campanha publicitária que visava minimizar os efeitos da COVID-19, deslegitimando as medidas protetivas de isolamento social.

A segunda decisão que aqui será comentada, por sua vez, foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, mais precisamente pelo Juízo da 3ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte. Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes com vistas a suspender a eficácia de decreto que determinou a suspensão das atividades comerciais das associadas representadas pela impetrante no município de Belo Horizonte, fundamentando para tanto que não seriam atividades essenciais.

Posto isso, será analisada a postura ativista de ambas as decisões, de modo a explicitar os motivos que assim as qualificam, tendo em vista suas finalidades e espectro de atuação, assim como a legitimidade de tal conduta do poder judiciário, que será analisada por meio de sua lógica argumentativa e respeito ao desenho institucional imposto pelo ordenamento jurídico, assim como aos seus princípios e mandamentos.

3.2 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669

Em primeiro lugar, está a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso, ajuizada pela Rede Sustentabilidade contra veiculação de propaganda pelo Governo Federal que incentivava a população ao retorno às atividades, sob o slogan: "O Brasil não pode parar". Com efeito, foi alegado que tal postura vai de encontro às recomendações da OMS, que recomenda o isolamento social na contingência da epidemia, de modo a evitar a disseminação desenfreada da doença, garantindo, portanto, a saúde e evitando a superlotação e colapso do sistema de saúde. Com efeito, afirma a autora da ação que a veiculação de informação falsa, passando a ideia de que a Covid-19 não possui a gravidade alarmante que de fato possui, desinforma a população,

incitando-a a um comportamento que poderá gerar grave comprometimento da saúde pública e da vida.

O ministro Luis Roberto Barroso destaca no acórdão o reconhecimento, por parte das principais autoridades mundiais e nacionais, da gravidade da pandemia e a necessidade de medidas de isolamento, de modo a se preservar a saúde e a vida da população. Com efeito, afirma que a campanha publicitária promovida pelo Governo Federal possui potencial para gerar grave risco à vida e à saúde dos cidadãos, fundamentando tal decisão na proteção do direito à vida, à saúde e à informação.³⁴ Ainda, invoca os princípios da prevenção e da precaução, sendo aquele apto a inibir o dano potencial indesejável, e este a impedir o risco de perigo abstrato. Com efeito, existindo incerteza em relação à adoção de medida ou política de saúde, deve preponderar aquela mais protetiva à saúde e à vida da população.

Ainda, o ministro relator fundamenta que o caráter educativo, informativo e de orientação social,³⁵ parâmetros normativos que possibilitam aferir se a campanha veiculada pelo Governo está em conformidade com os princípios de legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios básicos que regem a Administração Pública³⁶, não foram atendidos e, devido à provocação do judiciário para se manifestar sobre o tema, acabou por invalidar a política pública referente à saúde.

Posto isso, passa-se a analisar o caráter ativista de tal decisão proferida de forma monocrática pelo Supremo Tribunal Federal. O ativismo judicial nada mais é do que a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferir em decisões dos outros Poderes. Nesse sentido, segundo o próprio ministro relator, em uma de suas obras (**v. capítulo II, página...**), uma das hipóteses de verificação da ocorrência de ativismo judicial se dá quando há imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em sede de políticas

³⁴**Art. 5º XIV** - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; e

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos

públicas. Nesse sentido, tem-se a interferência do Poder Judiciário em atividade de competência dos outros Poderes constituídos. Tal interferência, por sua vez, se dá pela ineficiência do poder competente em realizar os comandos constitucionais, seja por falta de ação ou, como no caso em questão, por comportamento comissivo contrário as disposições constitucionais.

A atuação do Poder Executivo, neste caso, pode ser caracterizada como política pública, motivo pelo qual seu questionamento em juízo pode induzir o julgador a uma postura ativista, já que irá analisar ato de competência do Poder Executivo. Uma política pública nada mais é do que as ações do governo voltadas para determinado fim. Nesse sentido, deve-se ter em conta que o fim de tal política pública deve estar em consonância com os valores constitucionais e os direitos fundamentais, sob pena de ser ilegítima e, portanto, inválida. Do mesmo modo, a argumentação utilizada na fundamentação da decisão judicial será fundamental à sua legitimidade.

Ainda, pode-se dizer também que o ativismo judicial visa buscar, através de uma hermenêutica jurídica expansiva, a concretização dos valores constitucionais, dando-lhes maior normatividade e efetividade. Com efeito, a decisão ativista, aquela que contesta e revê decisões de outros entes, se utiliza da interpretação dos conceitos constitucionais indeterminados, assim como dos princípios abertos, de modo a garantir maior eficácia aos direitos fundamentais expressos no texto constitucional.

Nesse sentido, está a decisão cautelar proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669. No caso em questão, o Ministro Relator se utiliza dos princípios constitucionais da prevenção e precaução para dar maior efetividade ao direito à saúde, à vida e à informação. Tais princípios estão originalmente adstritos ao âmbito do direito ambiental³⁷,

³⁷ **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas

II - Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção

no sentido de que, uma vez ocorrido o dano ambiental, por sua reparação ser extremamente complexa e custosa, deve o poder público agir com cautela ao realizar interferências no meio ambiente. Em suma, os princípios da prevenção e da precaução comandam que, se uma dada atividade apresenta riscos de dano ao meio ambiente, tal atividade não poderá ser desenvolvida.

Percebe-se, pela leitura do dispositivo constitucional, que não há previsão de aplicação de tais princípios ao âmbito da saúde. Contudo, nota-se sua utilização na fundamentação da decisão que proibiu o Governo Federal de veicular a referida campanha publicitária, de modo a se utilizar do mesmo fundamento para tanto, qual seja, a difícil reparação do dano causado à saúde, exigindo-se por parte do poder público, portanto, cautela.

Dessa maneira, tem-se uma atuação criativa por parte do Supremo Tribunal Federal, de modo a expandir a eficácia e aplicabilidade dos referidos princípios constitucionais para dar maior eficácia aos direitos fundamentais em questão. Com efeito, foi realizada atividade interpretativa no sentido de aproveitar o cerne de seu conteúdo, a cautela frente a possibilidade de danos irreversíveis, para aplicá-los à questão da saúde, dando maior efetividade aos direitos fundamentais.

Posto isso, pode-se dizer que tal decisão proferida em sede cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é ativista, já que além de invalidar ato de ente competente em sede de política pública, impondo ao governo federal que se abstenha de veicular o ato publicitário em questão, se utiliza da hermenêutica para aplicar dispositivos constitucionais a situação não expressamente prevista em seu texto, de modo a aumentar a eficácia de direitos fundamentais. Passa-se agora a analisar a legitimidade de tal ativismo.

O primeiro critério para se aferir a legitimidade do ativismo, neste caso, é através da análise de legitimidade da conduta do governo federal por meio do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade, primeiramente, é verificada na medida em que se encontra a racionalidade do ato, isto é, a adequação lógica entre os meios utilizados e os fins a que se presta. Nesse sentido, deve-se ter em conta que tais fins devem estar em consonância

IV - Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade

com os fins programados pela constituição, de modo que o poder público não pode contrariar os valores constitucionais.

É evidente que toda ação do Estado deve ser voltada para a satisfação do interesse público. Com efeito, uma campanha publicitária que vai de encontro às recomendações de inúmeros órgãos técnicos, no sentido de desconsiderar todas as evidências científicas relativas à COVID-19 e a necessidade de isolamento social, de modo a minimizar os efeitos da pandemia, não busca, obviamente, preservar a saúde e a vida da população, e, portanto, não pode ser considerada racional, já que não se adéqua ao fim proposto, qual seja, a satisfação do interesse público sob forma de proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde. Não se pode ter como racional uma conduta que contraria veementemente recomendações baseadas em critérios técnicos concebidos mediante análise de pesquisas científicas.

Além disso, tal campanha publicitária contraria o próprio posicionamento do Ministério da Saúde³⁸, que é adepto ao isolamento social como forma de conter a pandemia. Nesse sentido, não é razoável uma política que contraria o órgão especializado do próprio governo. Fora isso, tal conduta fere o princípio da confiança legítima, que proíbe a administração pública de adotar posições contraditórias, ferindo, portanto, a boa-fé dos administrados.

É dever da União informar o público sobre as situações que colocam em risco a sua vida, saúde e segurança. Nesse sentido, não se pode chamar de racional uma política pública que contraria dados científicos de modo a levar a dúvida a posição científica, qual seja, a necessidade de isolamento social. Não há nenhuma adequação entre meios e fins, isto é, o dever de informar não está sendo satisfeito pela propaganda governamental, posto que nela não consta a verdade acerca da real situação de calamidade pública mundial. As

³⁸ “Com base na evolução dos casos no Brasil, até o momento, estima-se que, sem a adoção das medidas propostas pela pasta para prevenção, o número de casos da doença dobre a cada três dias. [...]. O Ministério da Saúde recomenda a redução do contato social o que, conseqüentemente, reduzira as chances de transmissão do vírus, que é alta se comparado a outros corona vírus do passado. Para áreas com transmissão comunitária/sustentada e recomendada a redução de deslocamentos para o trabalho. O Ministério da Saúde incentiva que reuniões sejam realizadas virtualmente, que viagens não essenciais (avaliadas pela empresa) sejam adiadas/canceladas e que, quando possível, realizar o trabalho de casa (home Office). Adotar horários alternativos para evitar períodos de pico também e uma das medidas recomendadas pelo Ministério da Saúde aos estados. Para as instituições de ensino, e recomendado o planejamento de antecipação de férias, procurando reduzir prejuízos no calendário escolar, inclusive com a possibilidade de utilizar o ensino a distância. Poderá ser declarada quarentena quando o país atingir 80% da ocupação dos leitos de UTI, disponíveis para o atendimento a doença. A ocupação é definida pelo gestor local. As medidas também se estendem as pessoas para a diminuição da propagação do corona vírus. Cada um é responsável por ações para se manter saudável e impedir a transmissão da doença. [...].”

consequências da veiculação da publicidade poderiam ser nefastas, acarretando em inúmeras mortes, além da possibilidade de colapso do já fragilizado sistema de saúde. Nenhum fim pode ser maior do que a preservação da vida. Posto isso, é notória a falta de legitimidade e de adequação constitucional de tal política pública. Portanto, a sua anulação pelo Poder Judiciário, neste ponto, é legítima, posto que a política pública não possui adequação racional com o interesse público, mas sim com os interesses de alguns agentes da administração.

Em relação a visualização da decisão cautelar sob o prisma da proporcionalidade, não há de se falar em desrespeito a tal princípio constitucional. O propósito do controle de constitucionalidade é aferir a conformidade dos atos emanados pelo poder público com a constituição, de modo a efetivar sua supremacia e normatividade perante o ordenamento jurídico e a sociedade como um todo, principalmente sob o prisma dos direitos fundamentais. A proibição da veiculação da campanha publicitária, que é contrária aos valores constitucionais, portanto, possui plena conformidade entre meios e fins. Em suma, o Supremo Tribunal Federal se utilizou de sua competência constitucional para invalidar ato contrário à constituição, de modo a garantir a efetividade e supremacia do texto constitucional.

Tem-se uma política pública que não informa adequadamente o público acerca das situações que colocam em risco a sua vida, saúde e segurança, indo de encontro ao dever constitucional de informar corretamente a sociedade. Do outro lado, tem-se o poder judiciário no exercício de sua competência constitucional de garantir a efetividade e supremacia da ordem constitucional. Nesse sentido, há a proibição de veiculação de propaganda inconstitucional pelo agente competente para tanto.

Além da adequação entre o meio empregado e o fim almejado (ou programado pela constituição), a proporcionalidade também está relacionada à necessidade³⁹. Esse segundo critério para aferir a proporcionalidade da medida consiste na análise da possibilidade de existência de meio menos oneroso para consecução do fim necessário, de modo a frear a atuação excessiva por parte do Estado. Sob este aspecto, deve-se perquirir se existe outro modo de garantir a supremacia constitucional sem que seja necessário proibir a veiculação da publicidade do governo federal.

³⁹ Não se analisará aqui, sob o viés da necessidade, a conduta do governo federal, pois esta nem sequer passou ilesa ao teste da racionalidade. Com efeito, se a política nem sequer é capaz de atingir o fim constitucional almejado, é óbvio que existem outras maneiras de alcançá-lo.

Não é papel do Poder Judiciário a confecção de políticas públicas, na medida em que não é o ente competente para ditar o conteúdo da publicidade estatal. Caso o fizesse, estaria extrapolando sua competência constitucional, incorrendo em excesso e, conseqüentemente, falhando a prova da necessidade. Contudo, o que se vê é, na verdade, a mera proibição de veiculação da campanha publicitária, posto que esta é contrária ao interesse público.

Tem-se aqui uma publicidade que vai de encontro a boa prática informativa, criando possibilidade de mácula ao direito à saúde e à vida da população, visto que despreza todas as recomendações de inúmeros órgãos médicos. Tem-se uma política pública que não preza pelo interesse público, com vistas a causar conseqüências irremediáveis e um possível colapso do sistema de saúde. Tem-se, portanto, uma conduta inconstitucional e, conseqüentemente, ilegítima. A decisão do Supremo Tribunal Federal é no sentido de evitar uma catástrofe, impulsionada pela má fé da conduta do governo federal. Não se vislumbra aqui outro meio para se resguardar os referidos direitos fundamentais e a supremacia e efetividade constitucional que não a decisão no sentido de proibir a veiculação da tal campanha. Portanto, tem-se clara adequação à segunda etapa da proporcionalidade, qual seja, a necessidade.

Em relação a proibição da veiculação ser por meio de decisão cautelar, deve-se ter em conta que, com a internet, as informações passam a ser transmitidas em velocidade absurda, de modo que algo que é postado num dia pode viralizar em poucas horas, tornando-se muito difícil sua retirada de circulação. Nesse sentido, utilizando-se dos princípios da prevenção e precaução como fundamentação, determina de maneira cautelar a proibição da veiculação da campanha publicitária estatal. Os possíveis danos que seriam causados pela veiculação de tal peça seriam irremediáveis, de modo que há clara necessidade de impedir sua entrada no ar. Portanto, faz-se necessária a cautelar, não havendo outro meio que pudesse ser igualmente efetivo.

Por fim, a proporcionalidade deve conter a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, de modo que o que se ganha deve ser mais valioso do que aquilo que se perde. De um lado, neste caso, está a proteção aos direitos fundamentais positivados na norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico, do outro a interferência na atuação do Executivo, com vistas a causar instabilidade e ofensa a independência entre os Poderes. É evidente que a interferência de um poder na

política de outro poder causa uma certa instabilidade, contudo, deve-se ter em mente que nenhum ente é maior que a constituição, devendo conformar sua atuação aos comandos constitucionais, já que todos os três poderes retiram sua competência de tal norma, assim como por ela são constituídos. Em suma, por mais que a interferência do judiciário no âmbito de atuação do executivo cause instabilidade institucional, nada pode se sobrepor ao respeito à constituição, de modo que a proteção à sua supremacia e efetividade, assim como aos direitos fundamentais, se sobrepõem a liberdade de atuação e independência dos poderes.

Caso houvesse abstenção do judiciário em invalidar a publicidade do governo federal, maximizar-se-ia a independência funcional dos poderes e a instabilidade seria evitada. Contudo, ter-se-ia inocuidade de direitos fundamentais, com vistas a colapsar o já fragilizado sistema de saúde nacional. Posto o cenário inverso, é fácil perceber que a postura contrária a adotada pelo Supremo Tribunal Federal falharia a prova da proporcionalidade propriamente dita, fazendo com que seu inverso esteja em plena conformidade com tal fase.

Obviamente, o judiciário não deve invalidar decisões que se encontram situadas no âmbito do razoável, de modo a impor seu próprio juízo de mérito. O exercício legítimo da função jurisdicional nestes casos está atrelado a impedir aquelas opções que estejam incontestavelmente em descompasso com a ordem constitucional, como a veiculação de campanha publicitária que desrespeita direitos fundamentais e o interesse público.

É importante frisar que toda a decisão do Ministro Relator foi embasada em critérios técnicos, e não em convicções particulares. Não ocorreu a troca de uma decisão política emanada de autoridade competente por outra emanada de autoridade incompetente. Nesse sentido, nem há de se falar em decisão política, pois não se trata de decisão sobre como conduzir o país durante a pandemia da Covid-19, mas somente a imposição de abstenção ao poder público de tomar caminho em total desconformidade com tal fim proposto,

Ainda, a interpretação dos conceitos indeterminados e princípios é feita de acordo com as informações técnicas, de modo a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais e da constituição de maneira legítima. Além das recomendações dos órgãos médicos, a fundamentação se utiliza de dados históricos, isto é, da curva de contágio relativa aos países

que foram afetados pela pandemia antes do Brasil, de modo substancializar os princípios da prevenção e da precaução.

Na fundamentação da decisão, o Ministro Relator é enfático ao sempre ressaltar que as políticas públicas no combate à pandemia devem estar em consonância com as recomendações dos órgãos médicos. É notório que o judiciário não possui competência para criação de políticas públicas, já que para tal função concorrem o executivo e o legislativo. Contudo, neste caso em questão há de se ater ao fato de que tal política é indubitavelmente contrária às recomendações dos órgãos especializados, como, por exemplo, o Conselho Federal de Medicina⁴⁰ e a Sociedade Brasileira de Infectologia⁴¹, ambas reproduzidas na decisão do ministro.

Portanto, tem-se que a Constituição assegura a todos o direito a vida, a saúde, a segurança e a informação, de modo que a estes direitos corresponde o dever do Poder Público de prover os meios necessários à sua garantia, além de, principalmente, não os colocar em risco. Tem-se uma situação extremamente grave, de modo que a pandemia representa, de fato, uma ameaça real a saúde e a vida da população. As medidas de distanciamento social, como

⁴⁰ “Uma nova fase de enfrentamento da epidemia se inaugura a partir de 13/3 com a constatação de transmissão comunitária, em São Paulo e no Rio de Janeiro, com casos comprovados de pessoas que se infectaram sem ter viajado ou ter tido contato com viajantes recém-chegados de áreas epidêmicas. Assim, altera-se o perfil de risco, que passa do viajante e seu contato para qualquer pessoa que viva nessas cidades. As medidas de distanciamento social passam a ser cruciais para a redução da velocidade de progressão da epidemia nesses locais e por consequência, no país. A principal lição aprendida com a China e que a epidemia pode ser desacelerada desde que se reconheça sua gravidade como evento de máxima ameaça à saúde pública e que não se postergue a aplicação de medidas drásticas, inclusive, se a situação assim o exigir. [...]. O caso italiano foi fundamental para que outras nações da Europa e também os EUA e o Brasil se apercebessem que a crise na saúde pública de seus países era iminente e que a entrada com medidas mais duras de contenção da epidemia, logo quando ocorrem os primeiros casos de transmissão local, é mandatória para proteger os Sistemas de Saúde e mantê-los viáveis durante a fase de explosão da epidemia.”

⁴¹ “O Brasil está numa curva crescente de casos, com transmissão comunitária do vírus e o número de infectados está dobrando a cada três dias. Também concordamos que devemos ter enorme preocupação com o impacto socioeconômico desta pandemia e a preocupação com os empregos e sustento das famílias. Entretanto, do ponto de vista científico-epidemiológico, o distanciamento social é fundamental para conter a disseminação do novo corona vírus, quando ele atinge a fase de transmissão comunitária. Essa medida deve ser associada ao isolamento respiratório dos pacientes que apresentam a doença, ao uso de equipamentos de proteção individual (EPI) pelos profissionais de saúde e a higienização frequente das mãos por toda a população. As medidas de maior ou menor restrição social vai depender da evolução da epidemia no Brasil e, nas próximas semanas, poderemos ter diferentes medidas para regiões que apresentem fases distantes da sua disseminação. Quando a COVID-19 chega a fase de franca disseminação comunitária, a maior restrição social, com fechamento do comércio e da indústria não essencial, além de não permitir aglomerações humanas, se impõe. Por isso, ela está sendo tomada em países europeus desenvolvidos e nos Estados Unidos da América. Médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, fisioterapeutas e todos os demais profissionais de saúde estão trabalhando arduamente nos hospitais e unidades de saúde em todo o país. A epidemia e dinâmica, assim como devem ser as medidas para minimizar sua disseminação. “Ficar em casa” e a resposta mais adequada para a maioria das cidades brasileiras neste momento, principalmente as mais populosas.”

se percebe pela leitura das inúmeras recomendações de órgãos médicos, se mostram necessárias, de modo que os países que as adotaram acabaram por conter a disseminação da doença. O Poder Público, ao incentivar a normalidade, faz transparecer a inexistência de gravidade para a saúde da população, levando ao engano acerca das reais condições de segurança e de saúde. Ainda, demonstra clara dissociação do interesse público, consistente em salvar vidas, proteger a saúde e preservar a ordem e o funcionamento do sistema de saúde. Toda a fundamentação da decisão se dá por meio de questões técnicas fornecidas por órgãos especializados, de modo que não se trata de questão ideológica, mas de questão técnica. Percebe-se, portanto, a legitimidade da decisão ativista que proibiu o governo federal de veicular sua publicidade, esta sim, dotada de caráter ideológico.

3.3 Mandado de Segurança Coletivo nº 5071716-92.2020.8.13.0024

Em segundo lugar está a liminar proferida em sede de mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes contra ato do Prefeito de Belo Horizonte, que determinou, mediante decreto, a suspensão de todas as atividades não essenciais do referido Município. Nesse sentido, foi pedida a suspensão de seus efeitos pela impetrante, de modo a possibilitar o regular funcionamento dos estabelecimentos comerciais por ela representados. O impetrado, por sua vez, afirma que tal medida foi tomada com vistas a conter a pandemia, já que a recomendação unânime dos órgãos especializados é no sentido de implementar o isolamento social, e que a gravidade da situação ainda não decaiu, de modo que devem seguir imperando as restrições.

Em sua decisão, o juízo da 3ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte entendeu que houve ofensa ao princípio da legalidade, já que o prefeito implementou a política de restrições aos cidadãos mediante decreto, de modo a usurpar competência da câmara municipal de Belo Horizonte, posto que tais restrições deveriam ter sido impostas por lei. Para tanto, fundamentou sua argumentação no caput, do artigo 3º, da Lei Federal nº 13.979/2020⁴², afirmando que todas autoridades e agentes públicos são competentes para implementar medidas no combate à pandemia, porém, desde que no âmbito de suas respectivas competências. Nesse sentido, afirma que a referida lei não atribui

⁴² **Art. 3º** Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas (...)

ao prefeito poderes para adotar as restrições nela previstas mediante decreto, afirmando que somente lei o poderia fazer, nos termos do inciso II, artigo 5º, da constituição.⁴³ Ainda, afirma que não existe conformidade, nos termos da constituição, entre o Chefe do Poder Executivo Federal e os dos Estados e Municípios para editar medidas provisórias, de acordo com o inciso XXVI, artigo 84, da carta constitucional⁴⁴, assim como inexistente autorização na Constituição do Estado de Minas Gerais e na Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte para tanto.

Ainda, reconheceu ofensa ao Princípio da Livre Iniciativa, em função do impedimento dos associados da impetrante de exercerem plenamente as suas atividades econômicas, argumentando que houve, no caso concreto, atribuição de maior valor à saúde, de modo a desrespeitar a proporcionalidade e a concordância prática. Com efeito, argumentou que o não funcionamento regular destes estabelecimentos gera considerável prejuízo ao erário, em decorrência da diminuição da arrecadação de impostos, de modo a reduzir o montante de recursos disponíveis no combate à pandemia. Nesse sentido, argumenta que "é inconstitucional impedir a realização dessa arrecadação de impostos para compor o orçamento público e financiar a saúde, pois impede a realização daquele dever constituído".⁴⁵

Em suma, fundamentou que: (i) a restrição ao pleno funcionamento dos associados da impetrante deveria ter sido feita através de lei, em respeito ao princípio da legalidade; e que (ii) é inconstitucional restringir seu funcionamento, posto que, dessa maneira, se deixaria de arrecadar impostos, recursos estes que seriam de grande valia no combate à pandemia. Passa-se agora a analisar o caráter ativista de tal decisão.

Assim como a primeira decisão comentada, esta também está relacionada a política pública. Tem-se aqui a invalidação de política pública adotada pelo município de Belo Horizonte, por meio da suspensão do Decreto, com base em sua suposta inconformidade com a ordem constitucional. Como antes dito, o ativismo judicial é uma postura proativa do judiciário, de modo a dar maior efetividade à constituição e aos direitos fundamentais, mesmo que para tanto tenha que interferir na esfera de atuação de outro poder constituído. Nesse sentido, percebe-se, nesta decisão, clara postura ativista, já que há intervenção do poder

⁴³ **II** - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

⁴⁴ **Art. 84.** Compete privativamente ao Presidente da República:

(...) **XXVI** - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

⁴⁵ Página 19 da decisão liminar

judiciário no âmbito do executivo, com a anulação da política pública estabelecida, isto é, há a invalidação de ato administrativo com base em sua inconformidade com a ordem constitucional, de modo a dar, supostamente, maior efetividade à valores e garantias constitucionais, quais sejam, o princípio da legalidade e o direito à livre iniciativa.

Posto isso, tem-se um agente político que estabelece as medidas que deverão ser adotadas no combate a pandemia e, por outro lado, tem-se uma decisão judicial interferindo em tal determinação, de modo a invalidar o "caminho" escolhido, alegando para tanto sua ilegitimidade por afrontar os princípios da legalidade e da livre iniciativa, ambos princípios constitucionais. Nesse sentido, tem-se ativismo judicial, na medida em que há a interferência do poder judiciário no âmbito de atuação de outro poder, qual seja, a suspensão do decreto expedido pelo chefe do executivo municipal do município de Belo Horizonte, de modo a dar, mesmo que supostamente, maior efetividade a direitos e garantias constitucionais fundamentais. Posto isso, passa-se agora a analisar a legitimidade de tal ativismo.

A princípio, tendo em vista que se trata de ato judicial que suspendeu a eficácia de decreto do executivo, há primeiro de se esclarecer a função deste no ordenamento jurídico brasileiro. Tal ato administrativo é confeccionado pelo chefe do executivo e possui o condão de regulamentar lei, isto é, é uma norma jurídica expedida com a intenção de pormenorizar as disposições gerais e abstratas da lei, viabilizando sua aplicação em casos específicos. No caso concreto em questão, tem-se a lei nº 13.979/2020, que prevê de forma geral as medidas que podem ser adotadas no combate à pandemia. Nesse sentido, dá a possibilidade de o chefe do executivo exercer seu juízo de valor na adoção e regulamentação das medidas restritivas, desde que tomadas e fundamentadas de acordo com critérios técnicos.

Com efeito, o referido diploma legal estabelece, em seu artigo 3º, § 9º, que o presidente da república confeccionará decreto elencando os serviços públicos e as atividades essenciais.⁴⁶ Nesse sentido, por voto de maioria, o plenário do STF entendeu que a possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços não afastaria a possibilidade de governadores e prefeitos decretarem, de forma mais restritiva, quais seriam os serviços públicos e as atividades essenciais no âmbito de sua competência, em

⁴⁶ § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º

respeito à independência e harmonia entre os entes da federação. Ainda, reconheceu a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na adoção de medidas no combate à pandemia, como, por exemplo, a própria definição de atividades essenciais. Dessa forma, em função da autonomia e da cooperação entre os entes federativos para tratar sobre medidas da política de saúde, as prerrogativas para adotar providências de isolamento, quarentena e de locomoção e circulação adotadas pelo Presidente da República, não afastam a competência de Prefeitos e Governadores para tratar sobre o mesmo tema. Nesse sentido, cabe à União a edição de matérias de interesse nacional, aos Estados, regional e aos Municípios, local, de acordo com suas peculiaridades.⁴⁷

Posto isso, tem-se que não houve, no caso concreto em questão, ofensa ao princípio constitucional da legalidade, de modo que a própria lei requer que o rol de atividades essenciais e restrições seja exteriorizado por meio de decreto, que possuirá o papel de regulamentar as disposições gerais e abstratas nela constantes, pormenorizando-as. Ainda, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou definitivamente no sentido de que a determinação legal prevista no § 9º, do artigo 3º, da lei 13.979/2020, não deve ser interpretada restritivamente, de modo a não se excluir Prefeitos e Governadores do âmbito de competência para dispor sobre quais serviços serão considerados essenciais, assim como na implementação de medidas restritivas de circulação social, não havendo de se falar em ilegitimidade neste caso. Em suma, cada ente da federação tem legitimidade para a adoção de medidas restritivas no combate à COVID, desde que no âmbito de sua competência, medidas estas que deverão constar em decreto do chefe do executivo do respectivo ente da federação.

Como já anteriormente mencionado, é competência concorrente ao executivo e ao legislativo a formulação de políticas públicas, sendo estas o conjunto de ações que visam determinado fim em prol do interesse público. Ainda, é majoritário o entendimento de que o judiciário somente deve invalidar aquelas opções incontestavelmente inconstitucionais, isto é, em total desconformidade com a ordem constitucional em que não haja possibilidade de adequação. Além disso, tem-se que judiciário também só deve invalidar aquelas políticas fora do espectro do razoável, ou seja, que possuam descompasso entre os meios utilizados e os fins visados.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acessado em: 28 de setembro de 2020.

Uma política pública é um ato discricionário, já que ao administrador são dadas opções, devendo escolher uma destas para a consecução do fim visado pelo ordenamento jurídico. No ato administrativo discricionário a lei não amarra toda a forma de agir do administrador, o qual, neste caso, pode exercer seu juízo de valor. O judiciário não pode invadir o mérito do ato discricionário, isto é, o juízo de conveniência e oportunidade, de modo que a sua atuação no controle do ato administrativo discricionário é no sentido de confirmar se o mérito foi usado corretamente, isto é, realizar a análise dos limites da atuação discricionária. Não há controle de mérito, pois se trata de decisão política, havendo de se respeitar a independência e harmonia entre os poderes. Não é função do julgador substituir a vontade do administrador, de forma que o judiciário deve se ater ao controle de legalidade e ao correto uso do mérito do ato, sob pena de incorrer em arbitrariedade, isto é, inadequação de meios e fins.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "O mérito do ato administrativo consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato"⁴⁸. Nesse sentido, percebe-se que o agente público, no exercício de sua competência e na prática de ato discricionário, pode exercer seu juízo de valor sobre que conduta deve realizar de acordo com os motivos que julga mais importantes a fim de atingir o fim programado pelo ordenamento jurídico.

Ao realizar a ponderação entre dois valores constitucionais, quais sejam, a livre iniciativa e o direito à vida e à saúde, o poder público entendeu que, na atual conjuntura pandêmica, dever-se-ia dar maior valor à preservação da vida e da saúde, de modo que para tanto seria necessário restringir o direito à livre iniciativa, posta a necessidade de isolamento social. Trata-se claramente de uma decisão política, já que poderiam ser adotadas mais de uma medida para se chegar ao mesmo fim. Nesse sentido, há a discricionariedade do administrador em analisar o cenário e adotar aquela política que considera mais conveniente e oportuna para a satisfação de seus deveres constitucionais e do interesse público.

A decisão de restringir o funcionamento das restaurantes, bares e lanchonetes se deu no sentido de minimizar o contágio da população, de modo a conter a pandemia e resguardar a saúde e a vida, dever constitucional do poder público. Tal decisão foi tomada em consonância

⁴⁸ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2003, p. 167.

com as inúmeras recomendações técnicas, nacionais e globais, isto é, tal escolha não é mero casuísmo, mas sim a adoção consciente das proposições tidas como necessárias para conter o avanço da pandemia. Tais recomendações tampouco são casuísticas, já que foram elaboradas levando-se em conta inúmeros estudos científicos e análise do desenvolvimento da pandemia nos países que antes nela adentraram. Portanto, tem-se uma política pública adotada nos moldes dos inúmeros estudos e recomendações técnicas tidas como eficazes para conter o avanço da COVID e, portanto, resguardar a saúde e a vida da população, assim como evitar o colapso do sistema de saúde, havendo, portanto, evidente adequação entre meios e fins.

Posto isso, a invalidação da política pública pelo judiciário é ilegítima, já que a conduta do executivo municipal possui clara adequação racional entre meios e fins. Nesse sentido, só seria legítima a invalidação se o oposto ocorresse, ou seja, não houvesse correta adequação entre os meios empregados e os fins visados, como, por exemplo, se também fosse restringido o funcionamento por meio de entregas sob a justificativa de evitar aglomerações. Nesse caso, há uma escolha política do prefeito dentro de sua discricionariedade sobre como enfrentar a pandemia com a adoção das medidas cabíveis, de modo a efetivar os direitos à vida e à saúde da população.

Nesse sentido, o juízo não só invalidou a política pública municipal, como realizou claro juízo de conveniência acerca da situação e determinou a implementação de nova política pública. Se se tem uma decisão política emanada de ente competente, não deve o judiciário ter nenhuma conduta que não seja a análise de conformidade com a legislação e com a adequação de seus fins. Não é função jurisdicional a substituição da vontade do administrador, este que é agente político eleito democraticamente, ao contrário do magistrado que realiza concurso público, possui cargo vitalício e tem função meramente técnica. O mérito do ato administrativo é a análise de conveniência e oportunidade, isto é, é a realização de um juízo de valor. É a valoração dos motivos existentes e a escolha do objeto do ato, de maneira a se atingir o fim proposto. Nesse sentido, é evidente que a política do prefeito estava dentro do espectro do aceitável, de modo que não há que se questionar sua legitimidade neste ponto, já que é uma decisão política razoável.

Entretanto, o juízo substituiu tal valoração por sua própria quando afirmou que o juízo de valor realizado pelo prefeito estava equivocado, realizando seu próprio e, substituindo,

portanto, o mérito da decisão administrativa. Com efeito, julgou que a política do prefeito não havia levado em conta os princípios da proporcionalidade e da concordância prática, quando restringiu o direito a livre iniciativa para resguardar a saúde, quer dizer, afirmou que houve a escolha de um em detrimento do outro. Consequentemente, para resolver tal "problema", a fim de que ambos os valores pudessem coexistir harmoniosamente no caso concreto, o juízo realiza verdadeira substituição do mérito, afirmando ser mais conveniente a abertura dos estabelecimentos comerciais representados pela impetrante, pois tal fato geraria receitas em impostos que seriam úteis no combate à pandemia. Contudo, não é papel do judiciário realizar políticas orçamentárias de arrecadação e custeio das atividades estatais, havendo aqui incontestável violação à independência e harmonia dos poderes, havendo verdadeira usurpação de competência. Ainda, como se não bastasse, o juízo estabeleceu um protocolo para o funcionamento dos estabelecimentos, de modo que somente poderiam funcionar aqueles estabelecimentos que o seguissem, denotando verdadeiro caráter elaborador de política pública.⁴⁹

Em relação a tal decisão há de se dizer que é totalmente arbitrária, isto é, não é dotada de racionalidade. Primeiro, porque ignora a existência do princípio da ponderação quando afirma que não deve haver atribuição de pesos aos referidos valores⁵⁰. A ponderação consiste, justamente, no equacionamento das colisões entre valores, de modo a se buscar um ponto de

⁴⁹ **"Porém, condiciono o exercício da atividade dos restaurantes e lanchonetes:** a) ao distanciamento mínimo de dois metros de uma pessoa da outra; b) que seja considerado o espaço mínimo de treze metros quadrados por pessoa, para se quantificar quantas poderão adentrar o recinto do estabelecimento; c) que seja exercido o controle do fluxo de acesso aos seus estabelecimentos evitando aglomerações de espera do lado de fora, caso esgotado o seu espaço interno; d) privilegiar as vendas por encomendas previamente acertadas, além dos atendimentos com hora marcada; e) disponibilizar máscaras de proteção a todos que estiverem dentro de seu estabelecimento (funcionários e clientes), à exceção dos clientes que já as possuírem; f) disponibilizar as mesas, para o uso individual, com a distância mínima de dois metros, umas das outras, em todos os sentidos; g) a excetua-se o uso individual da mesa quando a pessoa necessitar da ajuda de outra para se alimentar, como as crianças de tenra idade, as pessoas muito idosas, ou deficientes; h) é vedada a confraternização de pessoas dentro do estabelecimento, permitindo-se as pessoas ali permanecerem apenas pelo necessário para fazerem as suas refeições; i) as crianças que não tenham o discernimento para permanecerem sentadas enquanto se alimentam, deverão estar no colo de seus pais e, se isso não for possível, não poderão permanecer dentro do estabelecimento; j) os clientes não poderão servir-se pessoalmente dos alimentos destinados a todos, mas apenas daqueles que lhes forem individualmente preparados; k) fica vedado o fornecimento de alimentação através do sistema "self service", permitindo-se que um funcionário exclusivo sirva o prato dos clientes, a uma distância mínima de dois metros das comidas; l) os clientes deverão permanecer utilizando as máscaras até o início das refeições, recolocando-as logo após terminarem; m) deverão disponibilizados aos funcionários e clientes sabão, sabonete e álcool em gel na graduação de setenta por cento, para a assepsia das mãos; **Quanto às atividades do ramo de bar, imponho as descritas nas alíneas "a", "b", "c", "d" e "e" acima expedidas, mais a venda de bebidas e demais mercadorias apenas para o consumo externo, sendo vedado a ingestão na frente ou imediações desses estabelecimentos.**" (grifou-se)

⁵⁰ "Ambos princípios não podem ser desprezados e tampouco um mais valorado do que o outro, eis que são, inegavelmente, essenciais à nossa vida em sociedade e erigidos aos fundamentos de nossa nação pelo Poder Constituinte originário."

equilíbrio, no qual a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos seja a menor possível. Nesse sentido, o juízo alega que o prefeito excluiu o direito à livre iniciativa, mas condicionou o funcionamento dos estabelecimentos ao respeito ao protocolo por ele determinado, ou seja, se o estabelecimento não está de acordo com as referidas determinações, não deve funcionar. Segundo, porque abre ao público estabelecimentos com alto risco de aglomeração, e, portanto, disseminação da doença, sob o fundamento de que será benéfico para saúde, já que serão arrecadados recursos importantes que serão utilizados no combate à pandemia, contudo tal afirmação vai de encontro a todas as recomendações de órgãos técnicos, assim como às experiências dos países que estão lidando com a pandemia a mais tempo. Nesse sentido, afirma que com a maior arrecadação de impostos será possível custear mais atividades no combate à COVID, contudo também existe a possibilidade de maior contágio, levando ao aumento da já grave crise, e por fim até ao próprio colapso do sistema de saúde. É inegável a clara antinomia da decisão neste aspecto, pois busca-se a melhora da saúde através da contrariedade às recomendações técnicas de órgãos médicos, de tal modo que os efeitos de tal decisão são totalmente imprevisíveis, podendo ser catastróficos.

Pela leitura do que foi acima abordado, percebe-se que o juízo não se limitou a invalidar a política pública, mas foi além, de modo a inovar e criar uma nova política no combate à pandemia. A fundamentação da decisão liminar consiste em verdadeira reavaliação de mérito, já que preconiza novo juízo de valor acerca da mesma situação. Enquanto que o executivo julgou prudente maior restrição ao direito à livre iniciativa, de modo a limitar o funcionamento dos estabelecimentos ao serviço de *delivery*, reforçando a recomendação de isolamento social para a proteção da saúde e da vida e conseqüente preservação do sistema de saúde, o Juízo, por sua vez, não julgou necessária tamanha limitação à livre iniciativa, de modo a permitir o funcionamento dos estabelecimentos desde que fossem respeitadas as medidas de segurança. Ainda, julgou que o pleno funcionamento dos restaurantes, bares e lanchonetes era importante para o funcionamento e preservação do próprio sistema de saúde, já que acarretaria em geração de receita mediante impostos. É até possível afirmar que, neste caso, há a supremacia do interesse privado em prol do interesse público, já que os maiores beneficiados da decisão são os estabelecimentos comerciais que voltariam a seu funcionamento *in loco*.

CONCLUSÃO

Percebe-se, pelo exposto, o caráter ativista de ambas as decisões, de modo que tanto a cautelar proferida em sede de Ação de Descumprimento de Preceito fundamental, quanto a liminar proferida em sede de Mandado de Segurança coletivo interferem claramente no âmbito de atuação de outros poderes constituídos sob o argumento de desrespeito a ordem constitucional, com vistas a dar maior efetividade aos valores constitucionais em debate. Enquanto que a primeira delas impõe a proibição ao governo federal de veicular campanha publicitária sob o argumento de que tal publicidade poderia gerar prejuízos imensuráveis à saúde e a vida da população, posto que desrespeitava os pressupostos relativos ao caráter informativo de uma política do governo. A segunda decisão, por sua vez, suspende a eficácia de decreto do prefeito do município de Belo Horizonte que determinava e regulamentava as atividades consideradas essenciais durante a pandemia, assim como impunha restrições as que assim não se qualificavam. Para tanto, afirmou que o referido decreto representava uma exclusão ao direito à livre iniciativa dos associados da impetrante, a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes, pois restringia seu funcionamento, assim como ofendia o princípio da legalidade, já que tais restrições deveriam ter sido impostas por lei.

Em relação a primeira decisão, tem-se, basicamente, a anulação de uma política pública que ia totalmente contra as recomendações técnicas dos mais variados órgãos e instituições de saúde, nacionais e mundiais. Nesse sentido, toda a fundamentação da sentença estava atrelada a questões científicas, de modo que não se tratava de mera política, isto é, um juízo de valor sobre como combater a pandemia e minimizar seus efeitos, mas sim, fazer com que o poder público não extrapolasse sua discricionariedade e, conseqüentemente, descumprisse com seus deveres constitucionais em prol do interesse público. Há, aqui, uma desconformidade entre os mandamentos constitucionais e a conduta do governo federal, de modo que a imposição a este no sentido de não veicular sua campanha publicitária visa tão somente proteger a supremacia constitucional e a sua efetividade.

Por sua vez, a decisão liminar proferida em sede de mandado de segurança coletivo se limita a afirmar que há incompatibilidade entre a conduta do prefeito e a ordem constitucional, contudo, em nenhum momento apoia sua argumentação em critérios técnicos, mas, sim, em inúmeros juízos de valor. Ainda, incorre em inúmeras arbitrariedades, de modo a substituir a decisão política de agente competente pela sua própria, através de nova análise

de mérito, isto é, oportunidade e conveniência. Em nenhum momento se percebe uma lógica adequação entre meios e fins, mas em inúmeros momentos se depara com usurpações de competência, seja na formulação de política pública e, até mesmo, na formulação de política orçamentária do município.

Posto isso, é fácil perceber que em ambos os casos ocorre uma atuação expansiva do poder judiciário, de modo a interferir na esfera de outro poder constituído, caracterizando-se, portanto, como ativismo judicial. Contudo, há de se ter em conta que esta expansão da atividade jurisdicional não é ilimitada, de modo que devem ser respeitadas algumas condições e limites. Nesse sentido, tem-se que o ativismo pode tanto ser legítimo e, portanto, benéfico, como ilegítimo. Com efeito, pode-se dizer que o ativismo da cautelar é legítimo, posto que respeita os limites da atuação ativista. A decisão é expressa mediante um caráter técnico, isto é, toda a fundamentação leva em consideração questões técnicas, de modo que não há, neste caso, nenhum juízo de valor em relação à política do poder público. Nesse sentido, respeita-se a atuação do outro poder constituído e suas respectivas competências, de modo a se respeitar o Estado Democrático de Direito e a independência e autonomia entre os Poderes. O que se analisa é a mera conformidade da conduta com a ordem constitucional, ou seja, se analisa se a conduta está de acordo com os fins e valores constitucionais que devem pautar toda a atuação do Estado.

A liminar, por sua vez, também busca dar efetividade a valores e direitos constitucionais, porém, em detrimento de outros valores que já são contemplados pelo executivo, mediante realização de novo juízo de valor político. A fundamentação da decisão, por sua vez, não se utiliza de critérios técnicos, mas sim de argumentos vazios e meros "achismos", de modo que não se pode considerar tal ativismo legítimo. O judiciário é um poder técnico e sua atuação se deve pautar em critérios técnicos, sob pena de incorrer em ilegitimidade e ilegalidade. Com efeito, não é papel do judiciário discordar das políticas dos outros poderes por crer que exista solução melhor, pois aos outros poderes lhes é dada liberdade de atuação que deve ser respeitada, desde que, obviamente, em consonância com a ordem constitucional. Com efeito, havendo respeito a ordem constitucional, assim como adequação racional entre meios e fins, não há de se falar em ativismo legítimo, pois nem sequer deveria haver uma atuação expansiva do poder judiciário nestes casos.

O ativismo legítimo é aquele que maximiza a normatividade e efetividade das normas constitucionais respeitando a própria constituição para tanto. Não se pode dar efetividade a um direito se para tanto se descumpre outro, assim como não se pode ter competência para usurpar a competência alheia. O ativismo bem exercido valoriza a constituição e eleva o poder judiciário a uma condição de efetivador dos valores e normas constitucionais, ao passo que o ativismo mal exercido traz inocuidade ao texto constitucional e ao próprio Estado Democrático de Direito, já que são feridos dois de seus mais basilares princípios, a democracia e a independência e harmonia entre os poderes. É evidente que deve haver um controle entre os poderes constituídos, de modo que seja efetivado o interesse público, entretanto, tal controle não significa sobreposição de vontades, já que o judiciário, acima de tudo, é um poder técnico, e não político.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acessado em: 17/08/2020

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Saraiva, São Paulo, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Cadernos [SYN]THESIS, São Paulo, v.5, p.23-32, janeiro de 2012.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros, São Paulo, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acessado em: 3 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em 3 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm>. Acessado em: 20 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acessado em: 17 de agosto de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acessado em: 28 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acessado em: 17 de agosto de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 669/DF. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acessado em 22 de agosto de 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Gen Atlas, São Paulo, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição de 1787. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOA_LJNETO.pdf> Acessado em: 3 de junho de 2020.

FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acessado em: 3 de junho de 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Disponível em: <jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>. Acessado em: 17/08/2020

HORONGONZO. Gilliard Mariano. *Marbury vs madison* um breve exame histórico político e jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/marbury-vs-madison-um-breve-exame-historico-politico-e-juridico/>> Acessado em: 5 de maio de 2020.

HUMBERTO, Jonathan. *Dread Scott v Sandford*. Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/jonathan-humberto/artigos/dread-scott-v-sandford-1762>> Acessado em: 13 de maio de 2020.

LENZA. Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 5ª edição, Saraiva, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança Coletivo n. 5071716-92.2020.8.13.0024. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/66/80/F3/5D/F8E63710AD3D35376ECB08A8/Decisao.Bares%20e%20Restaurantes%20_1_.pdf> Acessado em: 12 de julho de 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

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

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *In: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, 2009.