



**CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO
CURSO DE DIREITO**

GABRIELA NOBRE MOREIRA

**ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO STF NA PANDEMIA DO COVID-19 E SEU
IMPACTO NA RELAÇÃO DOS PODERES CONSTITUÍDOS**

FORTALEZA

2021

GABRIELA NOBRE MOREIRA

ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO STF NA PANDEMIA DO COVID-19 E SEU
IMPACTO NA RELAÇÃO DOS PODERES CONSTITUÍDOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Fametro - Unifametro, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da prof.^a M.^a Vanessa Gomes Leite.

FORTALEZA
2021
GABRIELA NOBRE MOREIRA

ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO STF NA PANDEMIA DO COVID-19 E SEU
IMPACTO NA RELAÇÃO DOS PODERES CONSTITUÍDOS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no dia 16 de dezembro de 2021 ao curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Fametro - Unifametro, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a M.^a Vanessa Gomes Leite
Orientadora – Centro Universitário Fametro – Unifametro

Prof. M. Alisson Coutinho
Membro – Centro Universitário Fametro – Unifametro

Prof. M. João Marcelo Negreiro Fernandes
Membro – Centro Universitário Fametro – Unifametro

ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO STF NA PANDEMIA DO COVID-19 E SEU IMPACTO NA RELAÇÃO DOS PODERES CONSTITUÍDOS

Gabriela Nobre Moreira¹

Vanessa Gomes Leite²

RESUMO

A pandemia do COVID-19 instalou a maior crise sanitária mundial de nossa época impondo aos países posturas ativas para contornar e minimizar os efeitos desastrosos dos impactos da doença. No Brasil, além da crise sanitária, as ações relacionadas à pandemia criaram uma instabilidade entre os poderes constituídos, em especial entre os poderes Executivo e Judiciário, sob a alegação de ofensa à separação dos poderes. Ocorre que diante de conflitos federativos, inércia dos governantes e ofensa aos direitos fundamentais, o STF, em especial, foi provocado de forma intensa a decidir sobre essas questões. Nesse contexto, o presente trabalho busca investigar como se deu a atuação da Suprema Corte diante do estado de calamidade pública do coronavírus e seus reflexos na separação de poderes. Com foco nesse objetivo, desenvolveu-se um estudo mediado pelas pesquisas doutrinária (bibliográfica), legal (documental) e jurisprudencial (documental), tendo como método o dedutivo com fins exploratórios. Identificou-se como ativista as decisões do STF no âmbito da ADPF 635, que proibiu operações policiais em favelas do Rio de Janeiro a fim de resguardar os direitos fundamentais daquela população e na ADI 6341, que tratou sobre a competência dos entes federados para adotar medidas sanitárias de combate a pandemia, onde o Supremo exerceu a função de guardião e intérprete da Constituição. Tal postura evidencia um novo e mais amplo papel do Poder Judiciário. Conclui-se que, a função exercida pelo STF nas decisões em comento, durante a pandemia, não violou a separação dos

¹ Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro – Unifametro.

² Prof.^a Orientadora do curso de Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro.

poderes, tendo sido, na verdade, instrumento de concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial; separação dos poderes; Suprema Corte; Covid-19.

1 INTRODUÇÃO

Em meados de março de 2020, o primeiro caso de infectado por coronavírus foi registrado no Brasil, depois de passados mais de um ano de convivência com o fenômeno global da pandemia, há vasta discussão sobre as responsabilidades acerca dos contornos que as ações de combate a esta situação de calamidade tomaram. O Brasil foi um dos países mais afetados pela pandemia, com mais de 22 milhões de casos confirmados e mais de 600 mil mortes, além dos incontáveis danos à economia, segundo dados publicados pela CNN Brasil.

Com o discurso negacionista diante do problema sanitário, o governo federal retardou medidas como decretação de isolamento rígido, concessão de renda social mínima e compra de vacinas, numa minimização do problema, além de ainda propagar informações contrárias às normas sanitárias, incentivando o descumprimento delas. Em contrapartida, os Governadores e Prefeitos iniciaram uma tomada de medidas amparadas pelas orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS) como a obrigatoriedade do uso de máscara, a decretação de períodos de isolamento social rígido e até toque de recolher a fim de frear os níveis de contágios e garantir direito à vida e acesso ao sistema de saúde para a população.

O conflito tanto de direitos como de competências chegou a nossa Corte Suprema, o STF passou a se debruçar de forma intensa sobre as questões relacionadas à pandemia, tendo emitido até dezembro de 2020 mais de 8 mil decisões sobre o assunto.

Em uma das primeiras e mais polêmicas decisões, a ADI nº 6.341, o STF foi instado a decidir sobre os limites da atuação da União em respeito ao pacto federativo e a abrangência da competência de Estados e Municípios para impor medidas restritivas à população com fins de promover a redução dos riscos da Covid-19. Por outro lado, a pandemia refletiu não só na questão da saúde, mas também na da segurança pública das comunidades mais carentes, em especial na Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro. Por meio da ADPF nº 635, o problema chegou ao STF, que precisou intervir na atuação da polícia civil e militar carioca, determinando vários limites e condições para sua atuação durante o período pandêmico.

O modelo federativo e a separação de Poderes são cláusulas pétreas da Constituição de 1988 e visam limitar a arbitrariedade do governo. O Estado Democrático de Direito consagra a relação harmônica entre os poderes constituídos, suas funções típicas e atípicas, com a possibilidade dos freios e contrapesos entre eles.

O Ativismo Judicial é um instituto ainda polêmico e tem como principal crítica a ofensa ao princípio da separação dos poderes, além de que quando não bem embasado, corre o risco de tornar a decisão judicial um lugar de expressão do sentimento pessoal do que é bom e justo para o Juiz. Porém, para Luís Roberto Barroso (2012), o ativismo judicial constitui uma postura que visa extrair as potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito.

Diante dessa problematização, questiona-se quais seriam os limites e pressupostos do ativismo judicial, como se deu esse ativismo no âmbito do STF durante a pandemia do COVID-19 e quais foram os reflexos dessa atuação judicial na relação entre os poderes. Para responder a estes questionamentos serão analisadas situações em que o STF exerceu o ativismo judicial durante a pandemia, os aspectos técnicos e amparo jurídico dessa atuação e como se deu os mecanismos de freios e contrapesos diante do ativismo judicial nesse período.

O estudo do tema ainda controverso no Direito e de certa forma dependente dos debates acadêmicos para se delinear de forma constitucional demonstra sua relevância. Analisar esse instituto a partir de um fenômeno histórico como é uma pandemia agrega mais um elemento de ressaltar.

Outro aspecto que aponta a relevância do tema é o papel que o Judiciário passou a exercer e como será a diante, o que se esperar e suas limitações. Esse trabalho busca contribuir para a compreensão do ativismo como grande pilar de um sistema de justiça realmente voltado para a dignidade da pessoa humana, bem como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No que tange à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, saindo da análise geral para o particular, até se chegar às devidas conclusões sobre o ativismo judicial e a relação dos poderes constituídos na situação de calamidade imposta pela pandemia. Quanto ao tipo, a pesquisa foi de caráter bibliográfico, apoiando-se

nas produções jurídicas, como doutrinas, artigos científicos, trabalhos monográficos e dissertativos, revistas, entre outros, que abordem aspectos relacionados ao tema. Alguns autores com produção na área de pesquisa que constarão como referências são: Luís Roberto Barroso, Lênio Streck e Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes.

Com o propósito de ampliar a compreensão do fenômeno estudado, quanto a utilização do resultado, a pesquisa foi pura, já quanto aos fins foi de caráter exploratório, pois além de servir de registro desse momento histórico e social, buscará promover a análise de suas causas e impactos.

Nesta introdução demonstrou-se a problemática objeto do estudo, o objetivo geral e específicos, a justificativa e relevância do tema, o trajeto metodológico para o alcance dos objetivos e por fim, esta descrição. Na seção seguinte, de número dois, tratou-se sobre o princípio da separação dos poderes, seus aspectos históricos, teóricos e contextuais, bem como acerca da previsão dos meios e contrapesos para a convivência democrática entre os poderes. Na seção de número três abordou-se o conceito do ativismo judicial, teoria, pressupostos e limites. Na seção quatro procedeu-se a análise de duas decisões da Suprema Corte sob o prisma do ativismo judicial e separação dos poderes. Na seção seguinte, faz-se uma breve síntese dos achados da pesquisa, após o que, listam-se as obras de referência consultadas para a construção da teoria.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONTEMPORANEIDADE PANDÊMICA

A separação dos poderes está esculpida no título dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 no artigo 2º “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”. Trata-se de cláusula pétrea, conforme artigo 60 parágrafo 4º inciso III, ou seja, não poderá ser objeto de deliberação a sua abolição. (BRASIL, 1988)

O poder estatal é uno, porém convencionou-se chamar a divisão de funções de separação de poderes. A limitação do poder estatal e a moderação da sua atuação sustentam esse princípio, que não é um fim em si e sim um meio para melhor efetivar a constituição. A separação, portanto, fortalece o poder:

A soberania é realmente, necessariamente, una e indivisível. Ora, o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O poder, portanto, é um só, uno e indivisível na sua substancia. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mas pode perfeitamente haver órgãos diversos de manifestação do poder de soberania. Cada órgão, dentro da sua esfera de ação, exerce a totalidade do poder soberano. Em outras palavras, cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder. (MALUF, 1995, p. 211)

Na idade média, não se falava em divisão/repartição de poderes, já que o primado era do privado em detrimento do público, com o senhor feudal ditando o que seria lei em seu pedaço de terra. Com o fim desse período, as funções passaram a ser exercidas de forma una pelo Rei (funções políticas, de administração e julgamento). A partir do século XVII a ideia de separar os poderes passou a ser cogitada, a fim de proteger, ainda de forma inicial, as liberdades individuais. Com a Revolução Gloriosa na Inglaterra e o surgimento do parlamento se tornou real a bipartição do poder, submetendo o Rei ao então Poder Legislativo.

A teoria da tripartição dos poderes é atribuída a Montesquieu na sua obra “O espírito da Lei” publicada em 1748. O autor, segundo apontamentos de Gonçalves e Gussi (2006), distribuiu as funções estatais identificadas por Aristóteles, quais sejam: elaborar leis, aplicá-las e julgá-las, em três poderes distintos, autônomos e independentes. Tal teoria foi difundida a partir da Revolução Francesa. Nesse sentido, Dallari (1995, p. 86) explica:

[...] não bastava dar ao povo a possibilidade de escolher os governantes, se estes acumulassem tamanho poder que pudessem desprezar depois a vontade do povo. E Montesquieu oferecia solução para esse problema propondo uma distribuição do poder entre vários ramos, de tal modo que nenhum pudesse agir com tirania (DALLARI, 1995, p. 86).

O primado da teoria é evitar o abuso do poder e, para que isso ocorra, Montesquieu (2004) entendeu que era imperioso que este não estivesse concentrado na mão de uma só pessoa ou na mão de uma única Instituição. A teoria desenvolvida por Montesquieu foi o marco inicial do que observamos hoje de forma mais desenvolvida, principalmente no aspecto da relação entre os poderes e do exercício não isolado das funções.

A convenção da Filadélfia, que originou a Constituição Americana, trouxe novos e importantes elementos para a teoria da separação de poderes como a conhecemos hoje. Jay, Hamilton e Madison (2003), autores dos artigos denominado de “O Federalista” aperfeiçoaram o que já havia sido exposto por Montesquieu. Os autores pontuaram que a descentralização do poder seria necessária para garantir justiça e liberdade, afastando aquela determinada nação de arbitrariedades de uma só pessoa ou instituição.

Diferente de Montesquieu, que acreditava em uma divisão pura e rígida e não previa mecanismos de controle entre eles, Jay, Hamilton e Madison (2003) vislumbraram que, além dessa divisão rígida ser de difícil aplicação, também não seria benéfica, já que estaria concentrado uma determinada função, trazendo o risco à liberdade e à justiça.

Cada Poder exerceria suas funções típicas de maneira principal, mas não exclusivas, visando ao equilíbrio e à limitação de poderes por meio deles próprios. Os autores acreditavam que seria possível que ações de um poder fossem manejadas por outro poder, de forma atípica, a fim de concretizar um sistema de *Checks and Balances* ou Freios e Contrapesos. O desenho das instituições se propunha:

[...] a frear a transgressão de um outro Poder, evitando assim riscos às instituições democráticas. O Legislativo, Executivo e Judiciário possuiriam instrumentos próprios que garantiriam que o império da lei, mas não o da paixão dos homens, governasse a nação. (COLLI, 2017, p. 17)

Atendo-se as funções e aos poderes, o Poder Legislativo tem como função típica a elaboração das leis e a fiscalização dos atos e dos sujeitos dos outros dois poderes. Para evitar que se tornasse um superpoder, a Constituição prevê mecanismos, como o veto do chefe do executivo e o controle de constitucionalidade pelo judiciário.

No Brasil, constituem o Poder Legislativo Federal, a Câmara dos Deputados, sendo o deputado considerado representante do povo, no número de 513, eleitos pelo sistema proporcional. A Câmara, em regra, é a casa iniciadora do processo legislativo. Já os Senadores são os representantes dos Estados, contendo 81 senadores eleitos pelo sistema majoritário, sendo comumente a casa revisora na

apreciação dos projetos de lei. O Poder Legislativo existe na esfera Federal, Estadual (Assembleias Legislativas) e Municipal (Câmara dos Vereadores).

O Poder Executivo tem como função típica a de administrar/executar as Constituição/leis e políticas públicas. O Presidente da República, além de exercer essas funções de Governo, é o único chefe do Poder Executivo que acumula as funções de Estado (atribuições políticas e de decisão), sendo eleito pelo sistema majoritário. No âmbito federal, também fazem parte o Vice-Presidente e os Ministros de Estado. No âmbito Estadual e Municipal, o Governador e Prefeito, respectivamente, também eleitos pelo sistema majoritário, são os chefes, contando também com um vice e secretários.

O Judiciário, por sua vez, tem a função precípua de julgar, dizer o direito, dar a última palavra na resolução de conflitos de interesse, seja entre particulares, empresas, órgão públicos e até entre os poderes. Os representantes desse poder não são eleitos e a sua estrutura é complexa pela diversidade de órgãos e delimitação de competências: justiça especializada (eleitoral, militar, trabalhista), justiça comum estadual e federal. Não existe Poder Judiciário no âmbito municipal. Para além de apenas dizer o direito:

Ao Poder Judiciário cabe velar para que tais direitos sejam não só respeitados, mas implementados. [...] O estabelecimento de uma *Judicial Supremacy* confere uma força suplementar ao poder de cognição dos juizes, principalmente quando este se apresenta sob a forma de uma competência judicial concentrada, para análise da constitucionalidade dos atos dos demais poderes. (COLLI, 2017, p. 42).

Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ao se estabelecerem independentes e autônomos, garantem o primado do direito no que se chama de Estado de Direito. Importante ressaltar que não há hierarquia entre eles e a plenitude de seus exercícios é imprescindível para o bom funcionamento do regime político democrático. No Brasil:

a Constituição Republicana de 1891 foi a primeira a prever a existência de três poderes “harmônicos e independentes entre si”, seguindo o princípio defendido pelo barão Montesquieu. As demais Constituições que surgiram também mantiveram a tripartição dos poderes. Apenas a Constituição de 1937 seguiu um modelo autoritário, devido ao momento histórico vivido (GONÇALVES; GUSSI, 2006, p. 6).

Embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes. O sistema de Freios e Contrapesos tem exatamente essa finalidade já que cada poder tem autonomia para exercer sua função, mas é controlado pelos outros poderes. Os freios e contrapesos são “[...] uma dinâmica de mútua vigilância entre estruturas governativas [...] como aquele conjunto de procedimentos destinados a prevenir o uso indevido do poder político” (FELLET; NOVELINO, 2018, p 82). Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes. JOHN H. GARVEY e T. ALEXANDER (1979 apud MALDONADO, 2003, p.256) ensinam que:

[...] o balance (contrapesos, equilíbrio) surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) equilibrando (balanceando) os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo), a fim de evitar que leis demagógicas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas. Na verdade, o objetivo implícito era conter o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza (MALDONADO, 2003, p. 256).

Nossa Constituição está repleta de freios e contrapesos: quando o Legislativo federal julga o presidente em caso de impeachment nos moldes do artigo 86 está em exercício de função atípica, exercendo controle sobre o poder Executivo. Por outro lado, quando o Supremo Tribunal Federal reconhece a mora do Legislativo em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e aponta que determinada lei seja aplicada ao caso até a feitura da lei específica, também está exercendo função atípica, já que interfere no espaço de criação legislativa.

Outro exemplo da relação intrínseca dos poderes é a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que é realizada pelo chefe do Executivo Federal e aprovada mediante sabatina pelo Senado Federal. Sem esses mecanismos, em nada adiantaria a tripartição dos poderes. Sendo assim, o sistema de freios e contrapesos é um complemento natural do princípio da separação dos poderes.

Em um país que prima pelo pluralismo político como estabelecido no artigo 1º, V, da Constituição Federal, as tensões entre os representantes dos três poderes são inevitáveis já que expõem as mais vastas ideias existentes em nossa

sociedade. Tais divergências não deveriam ser um problema, tendo em vista os mecanismos democráticos existentes. Porém a correlação de forças traz à tona, principalmente em momentos de crise, questionamentos quanto aos limites das interferências de um poder em outro:

Os conflitos acontecem quando um dos poderes constituídos deixa de fazer cumprir suas prerrogativas constitucionais e passa a ignorar a Constituição Federal, e a própria lei, seja por excesso, omissão, influência política, financeira, interesse pessoal ou de terceiros que estejam interessados no desfecho da decisão que possa de qualquer forma lhes favorecer direta, ou indiretamente em seus investimentos que estejam em andamento ou mesmo projetos que estejam sendo preparados para o futuro. (OLIVEIRA, 2006, p. 1).

As definições até então clássicas e que supriam a leitura da realidade passam a assumir novas configurações, como sugere Krell (2000, p. 29):

Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativos e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (KRELL, 2000, p. 29).

Ainda nesse sentido, Cappelletti (1999, p. 47) aponta para a construção de um novo papel para o Judiciário:

[...] a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tomar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador (CAPPELETTI, 1999, p. 47).

O que se espera da aplicação do princípio da separação dos poderes nos dias atuais é um processo de cooperação participativa que aproxime os poderes, de forma transparente e organizada, objetivando exclusivamente o bem estar da população e o cumprimento da Constituição. Não se pode perder de vista a inadmissibilidade de um poder ingressar na área de atuação preponderante de um

outro poder, haja vista que estaria desvirtuando a finalidade da referida norma e do mecanismo de freios e contrapesos.

A Constituição deve ser soberana e respeitada quanto a repartição de competências e funções, sob o risco de gerar insegurança jurídica. Ainda sobre os freios e contrapesos, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região em decisão explanou:

Dar efetividade ao sistema de freios e contrapesos que deve permear a atuação dos três poderes da União, o qual se justifica não somente pela necessidade de frear os abusos que eventualmente possam ser cometidos por um dos poderes em face dos demais, senão também evitar excessos no tratamento dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos (BRASIL, 2006, p. 3).

A tênue linha entre a omissão dos preguiçosos e o ativismo dos corajosos tem dado uma nova configuração aos conflitos entre os poderes, diante das crises as instituições são testadas de forma mais incisiva.

As críticas, vindas principalmente do poder Executivo, apontam um desrespeito à separação de poderes e uma interferência do poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, no mérito administrativo. O papel do judiciário vem sendo rediscutido e redefinido, principalmente no tocante ao ativismo judicial.

Em que consiste esse ativismo judicial, bem como seus contornos e constitucionalidade serão debatidos no capítulo que segue.

3 ATIVISMO JUDICIAL: PRESSUPOSTOS E LIMITES

Não há como negar que as cortes constitucionais são provocadas a atuar principalmente em conflitos dramáticos que envolvem em sua maioria direitos fundamentais, sejam eles individuais ou de cunho coletivo. O Judiciário desempenha a função de proteger o indivíduo contra as ditaduras das maiorias, exercendo, portanto, um papel contramajoritário. Após a Constituição de 1988, a judicialização de direitos ganhou impulso considerável tornando sua atuação protagonista no

Estado Democrático de Direito. Para Barroso (2012, p.25), o papel do judiciário foi ampliado:

[...] além de aplicar a Constituição de forma direta, anulando atos que vão contra a mesma, ou aplicando cláusulas do texto Constitucional, busca mostrar o sentido dela por meio da interpretação, direcionando a atuação dos poderes eleitos na busca pela realização democrática (BARROSO, 2012, p. 25).

Nessa ampliação, o ativismo judicial passou a ser pauta. Barosso (2012) define essa participação mais intensa e ampla do Poder Judiciário na sociedade com fins constitucionais de ativismo. Com efeito, Colli (2017, p. 34) assevera que

o Ativismo Judicial é, senão, uma escolha e diz muito sobre a forma que o Poder Judiciário se relaciona com os outros dois Poderes dentro de um regime democrático. O Judiciário passa a decidir sobre matérias que anteriormente eram de competência exclusiva dos Poderes eletivos, além de ser constantemente buscado como a última trincheira na batalha democrática (COLLI, 2017, p. 34).

Cappelletti (1999) corrobora esse entendimento e aponta como requisitos para a legitimidade dessa atuação mais intensa do judiciário: a garantia de acesso de todos ao próprio sistema judiciário e um sistema aberto de seleção dos juízes a todos os extratos sociais a fim de evitar profissionais isolados da realidade da vida social.

Importante ressaltar que ativismo judicial e judicialização não se confundem. A judicialização está relacionada com o aumento de demanda da intervenção do Poder Judiciário, ou seja, mais questões estão sendo levadas pela sociedade à apreciação dos Juízes, sejam elas, sociais, políticas e até econômicas. Já o ativismo trata-se da amplitude de atuação dos magistrados, por uma escolha, a fim de concretizar valores constitucionalmente celebrados, conforme se depreende dos estudos de Colli (2017).

No ativismo judicial, o Juiz assume um papel de protagonismo e proatividade, deixando de lado o estereótipo de inanimada “boca da lei”, nesse sentido Cappelletti (1999, p. 53) alerta:

O papel do Juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade, significa valoração, e “balanceamento” significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente da lógica abstrata, mas também ou sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente (CAPELETTI, 1999, p. 53).

A judicialização é fruto dos problemas sociais e, de certa feita, da baixa efetividade dos demais poderes em suas atuações. Já o ativismo é reflexo de um novo papel que o Judiciário assumiu pós segunda Guerra Mundial na efetivação dos direitos e proteção das minorias. Lênio Streck (2015, p.56) conclui: “[...] a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante.”.

Por outro lado, Barroso (2012) remonta o surgimento do ativismo ao direito norte-americano, com decisões de cunho conservador, o que mais tarde seria revertido para trilhar um caminho mais progressista. O ativismo não se caracteriza como uma atividade de cunho ideológico, conforme Abboud (2019).

No Brasil, a partir da Constituição Cidadã, começou a se operar uma mudança nos padrões decisórios não só em direção à judicialização da política, mas também na intensificação do ativismo judicial. Com o maior destaque aos princípios dentro do ordenamento jurídico, bem como a adoção de alguns conceitos jurídicos indeterminados a hermenêutica passou a assumir características específicas e ceder espaço para a ampliação da atuação do Poder Judiciário. Segundo Souza (2011, p.18) hoje qualquer decisão importante passa pela chancela do STF

o Judiciário em poucos anos passou da desimportância ao apogeu. Tornou-se o fórum dos princípios, o local dos juízes Hércules, o guardião das promessas constitucionais não cumpridas. Em uma Constituição analítica e repleta de enunciados de textura aberta, passou a ser ele o responsável por sua definição, o detentor da última palavra. Sedimentou-se a noção de supremacia da constituição e se associou isso à supremacia

judicial. E, frisa-se, tudo isso acompanhado por uma crescente apatia cívica da população (SOUZA, 2011, p. 18).

O ativismo apesar de bastante discutido não é uma unanimidade entre os estudiosos e operadores do Direito. Lênio Streck (2015) o reputa como um problema exclusivamente jurídico. As principais críticas direcionam-se a uma possível extrapolação da função do Poder Judiciário, que estaria invadindo funções de outros poderes e, portanto, enfraquecendo a separação destes. Para Lênio Streck (2015, p.57), o ativismo está ligado a “[...] uma concepção que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.

Segundo Colli (2017), existem duas teorias de concepções opostas quanto a essa interferência, a procedimentalista, que reserva ao Poder Judiciário a função de garantir que as “regras do jogo”, ou seja, do regime democrático, sejam obedecidas pelos demais poderes. Se assim o fizessem, já estaria contribuindo para a garantia dos direitos fundamentais. Os defensores dessa corrente entendem que

O argumento de que cabe ao Judiciário, na figura da Suprema Corte, a guarda da Constituição, não pode dar brecha para, num regime de Supremacia da Constituição, que o que se vigore seja a interpretação do juiz e não a norma constitucional. Num regime onde se vigore a Supremacia Judicial sem contestação alguma, entende-se que não há uma separação entre Poderes tão equilibrada assim, o que pode acabar abrindo espaço para arbitrariedades. (COLLI, 2017, p. 42)

Em contrapartida, os substancialistas asseveram que:

o Judiciário é o responsável por conduzir a sociedade ao melhor caminho, de forma que nem o Estado, nem maiorias políticas e sociais oprimam minorias desamparadas ou que venham a ter seus direitos violados. É nessa perspectiva que Bickel diz que o Judiciário, e não o Legislativo, seria o verdadeiro representante do povo, vigorando o argumento da Supremacia Judicial. (COLLI, 2017, p. 36).

Essa teoria ampara-se na perspectiva moderna de que o Judiciário não deve se restringir apenas a traduzir o que a lei diz. Outro ponto abordado por essa teoria, conforme é o processo de descontentamento da população com os demais poderes, a crise de representatividade, tornando então o Judiciário o verdadeiro

representante do povo. Colli (2017, p. 38) invoca Dorking para corroborar estes apontamentos:

Dworkin entende que os indivíduos podem ter Direitos que estejam além daquilo que esteja expressamente nos textos legais. Cabendo ao Judiciário, por meio da sua razão especializada, descobrir e instituir por meio das suas interpretações e decisões, garantindo que a Democracia vigore de plena forma (COLLI, 2017, p. 38).

A postura ativista não é estanque, conforme Barroso (2012), pode alternar com momentos de autocontenção (onde o Poder Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes). O que determinará isso é o grau de prestígio dos outros dois poderes. No momento, além da crise sanitária, os poderes políticos passar por crise por alguns destes motivos:

Dentre todos esses fatores, os que mais se destacam como responsáveis pela atual crise brasileira são a profunda desigualdade social em que o País se encontra, agravada nos últimos anos pela crise econômica; o radicalismo ideológico no debate político; a utilização do Estado para defender os interesses das classes dominantes, algo que pode ser verificado nas “reformas” feitas pelo Governo Temer; a ausência de uma grande renovação na política brasileira, o que possibilitaria o surgimento de novos políticos com diferentes perspectivas para o futuro do País; a alta inflacionária e sobretudo a corrupção. (FONSECA, 2018, p. 48)

Em Março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou como pandemia a doença provocada por uma nova espécie de coronavírus, o COVID-19. Uma grande quantidade de diplomas normativos começou a ser exarada, tanto pelo governo federal, bem como pelos governos estaduais e municipais, algumas em caráter conflitante.

A partir disso, abriu-se para o STF uma oportunidade, necessidade de intervir de forma proativa no contexto pandêmico. O Supremo inaugurou uma série de decisões e intervenções ditas ativistas. Nesse contexto, Campos (2012) divide o ativismo exercido pelo STF em dimensões, quais sejam, I- dimensão metodológica, II- dimensão processual, III-dimensão estrutural, IV-dimensão de direitos e V-dimensão antidialógica.

A dimensão metodológica trata-se daquela voltada ao modo de interpretar e aplicar as normas constitucionais. Ativamente os ministros promovem uma criação judicial do direito. Nesse sentido, Campos (2012, p.260) indica

O Supremo vem modificando sua postura hermenêutica na direção das decisões mais criativas, valorativas, inovadoras e de posições jurídicas fundamentais, e isso está inserido em um contexto amplo de transformação do papel do Direito [...]. Essa avançada postura hermenêutica, somada aos seus novos poderes de decisão, principalmente, à ampla eficácia vinculante de suas decisões, tem sido decisiva para o crescimento do ativismo judicial na tarefa de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2012, p. 260).

Quanto à dimensão processual, o autor aponta para o movimento do Supremo de ampliar sua própria participação na construção da “ordem jurídica e democrática por meio da ampliação de seus instrumentos processuais” (CAMPOS, 2012, p.290). Como exemplo, cita a criação do instrumento da Reclamação pela Constituição de 1988, fruto de construção jurisprudencial no sentido de assegurar a autoridade das decisões da Corte.

Já o ativismo estrutural está ligado ao entendimento que o Magistrado teria de que cabe a outro poder atuar sobre aquela questão. Atualmente a Corte Constitucional brasileira raramente deixa de atuar sobre alguma questão a que foi chamada para isso sem decidir com base nas suas próprias razões. Para Campos (2012, p. 301), “A Corte decide realmente de acordo com a sua melhor interpretação da Constituição, porém, em fazê-lo, não tem se sentido constrangida nem pelas decisões de outros poderes, nem pelo alto teor político ou moral das matérias que julga.”

No centro do ativismo judicial promovido pelo STF, está o de direitos, em especial os fundamentais, dando a corte papel destacado nesse cenário:

Decisões como as que reconhecem o status jurídico das uniões homoafetivas e o direito ao aborto de feto anencefalo, ou as que confirmaram a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias e das ações afirmativas raciais, compõem o núcleo nobre dessa jurisprudência de direitos. (CAMPOS, 2012, p. 309)

O autor é categórico ao afirmar “[...] o Supremo tem sido bastante ativista em face ao Estado e a favor da concretização dos Direitos fundamentais” (CAMPOS, 2012, p.309)

Por fim, é importante salientar que, apesar de importante intérprete da Constituição, o STF não é o único. A participação dos outros poderes é essencial para o fortalecimento do regime democrático e uma atuação fora disso produz a última dimensão classificada por Campos (2012), a antidialógica. Como exemplo, Campos (2012) cita a decisão do STF que vetou a interpretação atribuída pela lei ordinária 10.628/2002 à extensão da prerrogativa de foro, por tê-la feito em contrário à jurisprudência da corte.

Notadamente o Supremo tem intensificado sua participação na vida pública e privada da sociedade brasileira e o tem feito, segundo Campos (2012), por meio de diferentes dimensões: “[...] decisões ativistas, interpretações criativas e inovadoras da Constituição e dos textos legais; amplificação, por conta própria, de seu espaço de jurisdição e de seus poderes de decisão(...). Essa é a realidade decisória da Corte.” (p.325).

No próximo capítulo, deste trabalho duas decisões do STF em contexto de pandemia do COVID-19 serão analisadas a fim de compreender a atuação da Corte: seu alcance, limites, possibilidades e problemas. Diante das mais de 8 mil decisões tomadas nesta pandemia, proceder-se-á a análise da ADPF 635 e a ADI 6241.

4 ATUAÇÃO DO STF NA PANDEMIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS DECISÕES DA ADPF 635 E DA ADI 6241

Desde o início da pandemia o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir questões controversas relacionadas aos mais diversos temas: competência, orçamento, publicidade, proteção da população indígena, operações policiais, todos relacionados de algum modo ao direito à saúde.

A judicialização de várias questões políticas tem sido cada vez maior, revelando um problema social de inefetividade das prestações estatais em um

momento crítico. Nesse tipo de litígio, as soluções tradicionais não suprem a verdadeira necessidade, já que há um interesse público em jogo.

Na ADPF nº 635, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, julgada, em caráter cautelar, em 05 de junho de 2020 pelo Ministro Edson Fachin, a Corte foi chamada a decidir sobre a continuidade das operações policiais nas favelas da cidade do Rio de Janeiro durante a pandemia, sob o argumento de evitar risco ainda maior para população quanto a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

A ADPF foi proposta principalmente para declarar a violação de direitos fundamentais durante as operações policiais em razão da alta letalidade. Problema que inclusive já foi motivo de condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo caso Favela Nova Brasília v. Brasil, julgado em 16 de fevereiro de 2017, em razão de falhas do Estado em apurar e punir os responsáveis por execuções extrajudiciais perpetradas pela Polícia Civil fluminense. Como consignou a Corte Interamericana em sua histórica decisão (2017, p. 28-29)

De acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro. [...]. A partir de 1998, a Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro começou a compilar essas estatísticas. Em 1998, 397 pessoas morreram por ação da polícia nesse Estado; em 2007, a cifra chegou a 1.330. Em 2014, houve 584 vítimas letais de intervenções policiais e, em 2015, esse número aumentou para 645. Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados (BRASIL, 2017, p. 28-29).

Segundo trecho da petição inicial durante as operações, direitos fundamentais da população eram negligenciados desde a sua concepção

o descaso com a população e a falta de planejamento adequado das operações potencializam ainda mais os seus danos. É comum que incursões sejam concebidas e executadas sem a presença de ambulâncias e de equipes de saúde, ou sem a comunicação com as unidades de atendimento próximas [...]. (BRASIL, 2019, p. 7)

Com o advento da pandemia a situação se agravou tendo em vista que a população encontrava-se em isolamento em suas casas e segundo relatos trazidos em petição constante da ADPF as operações policiais seguiam sendo promovidas.

O relato exposto na corpo da decisão acerca de medida cautelar é claro quanto a isso:

No dia 15 de maio último, uma operação conjunta do BOPE (Batalhão de Operações Policiais Especiais) da Polícia Militar e da Desarme (Delegacia Especializada em Armas, Munições e Explosivos) da Polícia Civil no Complexo do Alemão resultou em 13 (treze) mortes, interrupção da energia elétrica por 24 horas e impediu a ajuda humanitária de entrega de doações de alimentos, água e material de higiene e limpeza, além de causar destruição e terror aos moradores em plena quarentena na pandemia. [...] “foi uma operação de um cunho bem violento. A gente recebeu algumas mensagens de moradores falando sobre invasões de domicílios, agressões físicas a moradores”. (BRASIL, 2020, p. 3)

Um pedido de medida cautelar foi solicitado pelo requerente a fim de

(i) que não se realizem operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária (BRASIL, 2020, p.24).

A medida cautelar foi concedida em junho de 2020 nos termos do pedido supracitado. Como questão incidental, o voto do ministro relator ainda expôs a necessidade da adoção de mecanismos de controle do uso de armas de fogo e procedimentos que propiciem a baixa na letalidade das operações policiais promovidas.

Notadamente há uma intervenção pelo Judiciário na competência da administração pública de exercer seu poder de polícia. Não há norma-regra expressa que ampare a decisão de impedir as operações policiais durante situações de calamidade. Os fundamentos para tal foram a proteção aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vida, bem como a garantia da proporcionalidade entre a discricionariedade do Executivo no mérito administrativo e seu dever de garantidor da segurança e o direito à vida e à saúde dos moradores da favela.

A jurisdição constitucional tem o dever de velar pela concretização dos valores da Constituição (expressos em princípios em sua maioria) e uma decisão desse tipo reforça esse papel. Para Posner (2010) apud Leite (2017) a atuação ativista implica necessariamente na atuação do Judiciário contra a vontade dos ramos políticos do governo.

Não há como desconsiderar a importância e a validade democrática desses freios e contrapesos entre os poderes. Nas palavras de Barroso e Mello (2019, p. 321):

A atuação das Cortes constitucionais presta-se, em diversas circunstâncias, à proteção de direitos fundamentais e normas que são imprescindíveis para a preservação do adequado funcionamento do processo democrático e que podem ser colocados em risco por ações ou omissões das instâncias majoritárias. Nesses termos, ainda que não eleitos, os juízes atuam em proteção da democracia (BARROSO; MELO, 2019, p. 321).

Taxadas como interferências e extrapolação de competência por alguns estudiosos, medidas como essa, na verdade, revelam o papel contramajoritário da nossa Corte Constitucional que se presta a não ficar na plateia diante das negligências dos demais poderes, conforme Pinheiro (2008). Citando Américo Bedê Freire Júnior (2004) “[...] o legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição, o Juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que essa atitude esteja violando a Constituição”.

É imperioso lembrar que o ponto de referência para toda e qualquer decisão é o de concretizar a constituição e os valores nela contidos. Não há possibilidade de promover uma mudança de paradigmas na sociedade, sem contextualizar os propósitos constitucionais nas decisões, ou seja, para além da simples letra da lei.

No contexto da pandemia uma decisão como essa contribui para a melhor condução desse trágico evento. Ignorar isso, apenas pelo fato de o STF ter ido além do papel “tradicional” é não respeitar a função típica do Poder Judiciário de pacificar conflitos. O novo papel do Judiciário é uma realidade necessária, conforme se depreende do livro de Leite (2017, p. 132):

Na verdade, o crescimento do Poder Judiciário mostra-se fundamental na manutenção das almeçadas liberdades, pois, caso contrário, o sistema de controles recíprocos restaria comprometido, prejudicando o equilíbrio e a garantia de um efetivo regime constitucional. Dessa maneira, o controle exercido pelo Judiciário não é incompatível com o desempenho eficaz das atividades do Legislativo e do Executivo (LEITE, 2017, p. 132).

Nesse ponto, vale a análise da decisão proferida em sede de ADI nº 6341, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista e levada a plenário em 15 de abril de 2020. O STF foi chamado a dirimir os conflitos existentes acerca da competência concorrente da União, Estados e Municípios em realizar medidas de combate à pandemia.

Em claro movimento de peso e contrapeso exercido pelo relator, ministro Marco Aurélio, teceram-se críticas à postura do governo federal diante as ações da pandemia, conforme se extrai do trecho

O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. (BRASIL, 2020,p.3).

Diferente da decisão anteriormente analisada, nessa o Ministro citou diversos diplomas normativos com regras claras sobre a repartição das competências, concedendo, a princípio, a medida cautelar proposta para que Estados e Municípios seguissem promovendo ações de combate à pandemia, conforme se extrai do trecho:

Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (BRASIL, 2020, p.2)

Nessa decisão, o Supremo exerceu sua competência precípua, a de ser guardião da Constituição e pacificar conflitos. O Ministro Alexandre de Moraes reforça em seu voto que

A complexidade e a gravidade da crise não permitem o desrespeito à Constituição. Mais do que isso, na crise, é que as normas constitucionais devem ser respeitadas. Na crise, a Constituição deve servir de guia aos líderes políticos para que haja cooperação, integração, exatamente para chegarmos a bom tom no final dessa difícil caminhada para todos: União, Estados, Municípios e todos os brasileiros. (BRASIL, 2020, p.22)

Nesse sentido, Leite (2017, p. 132) explica: “nas sociedades contemporâneas, a criação e a manutenção das cortes constitucionais – acima das disputas políticas – garantem o equilíbrio do sistema político constitucional vigente e a universalidade da democracia e da separação dos poderes.”.

Na decisão em comento a Suprema Corte se debruçou sobre questões essenciais no sentido do fortalecimento do federalismo reforçando seu papel de intérprete do texto constitucional como se observa no trecho em destaque

toda distribuição de competência na Constituição brasileira, seja distribuição de competências administrativas, seja a distribuição de competência legislativa, a distribuição de competência no Federalismo brasileiro foi baseada em um princípio: princípio da predominância do interesse. A partir desse princípio da predominância do interesse - interesse geral, União; interesse regional, Estados; interesse local, Municípios. Na previsão do art. 23, saúde pública é matéria de competência comum de todos os entes federativos; e não está só no art. 23. No art. 194, a Constituição também assim estabelece. Agora, obviamente que a competência comum administrativa não significa que todos podem fazer tudo. Isso gera bagunça, isso gera anarquia. O que significa a competência comum administrativa? Significa que, a partir do princípio da predominância do interesse, a União deve editar normas, políticas públicas para a saúde pública de interesse nacional; os Estados, interesse regional; e os Municípios, visando, como o próprio art. 30, I, estabelece, o seu interesse local. (BRASIL, 2020, p.24)

O momento de crise pandêmica exacerbou a crise política e institucional que o país vive, ocasionando um protagonismo do Poder Judiciário representado pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, como se observa nas referidas ações analisadas. No seguinte trecho de voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI em comento:

No momento de acentuada crise, o que nós precisávamos - e precisamos - é fortalecimento da união entre os entes federativos, ampliação da cooperação entre os entes federativos, dos três Poderes. [...] O que menos precisamos é embates judiciais entre entes federativos para que um queira anular o que o outro fez, ou para que o outro queira sobrepujar o posicionamento dos demais. Temos que afastar esse personalismo ou esses personalismos de diversos entes federativos prejudiciais à condução

das políticas públicas de saúde essenciais, neste momento, ao combate da pandemia do covid-19 (BRASIL, 2020, p.24).

A ideia de que o ativismo judicial é sempre uma atuação política e fora da lei é um equívoco. Campos (2012, p.155), ao se debruçar sobre o ativismo judicial exercido pelo STF, pontua que:

A interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições, assim como a aplicação direta de princípios constitucionais muito vagos e imprecisos, constituem hoje a dimensão mais importante do ativismo judicial (CAMPOS, 2012, p. 155).

Para Campos (2012, p.157), a intensa pulverização dos direitos humanos nos ordenamentos é fato preponderante para a ampliação desse ativismo, o autor assevera que “[...]enquanto perdurar forte o discurso dos direitos humanos nas constituições contemporâneas como um discurso jurídico-normativo haverá espaço para o ativismo judicial.”.

O ativismo judicial entrou em pauta tendo em vista sua expansão e direta intervenção na realidade social, principalmente nesse momento de crise devido a pandemia do covid-19. A atuação da Suprema Corte nas decisões analisadas ajudaram a fortalecer valores constitucionais e garantir direitos fundamentais sem ofender o princípio da separação dos poderes.

Evidentemente a postura adotada supriu faltas pontuais em um momento de crise, o que não autoriza a uma atuação individual centralizada e exacerbada do Judiciário sob o risco de se criar uma desarmonia, a médio e longo prazo. O desejável seria entender que questões políticas quando judicializadas estão dentro de um quadro mais amplo e que cada ator que concorre para cada as decisões possui relevância.

Notadamente não se deseja nenhuma hipertrofia do judiciário, principalmente na área da saúde, Ingo Sarlet (2007) sugere um resgate da necessidade de se estabelecer critérios práticos e objetivos para a aferição das pretensões formuladas, com destaque para o diálogo interdisciplinar e interinstitucional.

Souza (2018) aponta para a necessidade de considerarmos as manifestações dos tribunais em situações relevantes como as aqui analisadas como ponto de partida e não de chegada. Para o autor não há necessidade de promover uma escolha excludente entre tribunais, parlamento e Governo.

Ao analisar a atuação pontual do STF durante a pandemia, nestas duas ações do controle de constitucionalidade, o que de mais destacou-se foram as garantias asseguradas e a certeza de uma atuação mais ampla desse poder. Porém o ativismo judicial não deve ser encarado como a solução para a crise política e social em que vivemos, deve ser reconhecido, discutido e balizado pelos dogmas da democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da pandemia do COVID-19 os poderes constituídos precisaram ampliar sua atuação frente à situação de calamidade. Diante o surgimento de diversos conflitos relacionados a questões constitucionais, o Supremo Tribunal Federal ganhou papel de protagonismo perante os demais poderes e a sociedade, principalmente.

O ativismo judicial apesar de ainda controverso no meio jurídico vem se tornando cada vez mais realidade, expandindo a participação do Judiciário no cenário sociopolítico brasileiro. Sua importância não afasta seu limite. O ativismo não deve ser utilizado para manifestar a vontade do juiz e sim a da Constituição, do Ordenamento Jurídico e seus princípios. Não há que se falar em ativismo como um movimento arbitrário, desde que se faça dessa forma.

O ativismo judicial é um fenômeno multifacetado, se manifesta de diversas formas: interpretação constitucional criativa, expansão do poder decisório e avanço de direitos indeterminados. Sem dúvidas, a crise político-institucional que o Brasil vive, para além da crise sanitária, abriu os caminhos para o espaço que o Judiciário, em especial o STF, tem hoje.

Nas duas decisões que foram alvo de análise deste trabalho (ADI 6341 e ADPF 635), o Supremo exerceu de forma diversa o ativismo. Quando interferiu de forma direta no exercício do poder de polícia no Estado do Rio de Janeiro em nome

da dignidade da pessoa humana e direito à vida, sem norma-regra que o amparasse, atuou no sentido de efetivar os valores constitucionais. Na decisão que confirmou a competência concorrente dos Estados e Municípios para efetivar ações de combate à pandemia, manifestou-se como guardião da Constituição em clara afirmação do pacto federativo já explícito na norma.

A respeito da possível ofensa ao princípio da separação de poderes conclui-se que não há, pelo menos nos casos analisados. O princípio foi concebido com uma ideia de divisão pura e estática, porém essa não mais supre a realidade contemporânea, que precisa dos mecanismos de freios e contrapesos na mesma medida da separação dos poderes. O freio às ações policiais altamente letais e a pacificação do conflito federativo são faces diferentes de uma mesma moeda que contribuem igualmente para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Portanto, não há que se falar em ofensa às funções dos outros poderes.

A função do Judiciário há certo tempo deixou de ser apenas dizer o direito, hoje fazer com o que Direito de fato se manifeste na realidade social tem dado o tom da atuação, principalmente da Corte Constitucional. O que parece, diante da realidade estudada, é que o ativismo judicial vem avançando a passos largos, até o presente momento, não parece ser um problema. No entanto, caso siga avançando corre o risco de usurpar competências de outros poderes e gerar um desequilíbrio grave na separação dos poderes bem como em nossa democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos tribunais**, [s. l.], v. 1008, n. 1, p. 1-8, jan. 2019.

AMÉRICO JUNIOR, Freire Bedê. A separação dos Poderes (Funções) nos Dias Atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, n. 1, p. 1-6, jan. 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.341. SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela provisória incidental na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 635. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 jun. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF635DECISaO5DEJUNHODE20202.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 23-32, jan. 2012.

BARROSO Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais-técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, [s. l.], v. 46, n. 146, p. 1-9, jan. 2019.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

COLLI, Vinicius Barros. **Ativismo Judicial**: o limite dos freios e contrapesos. 2017. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 90 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CUNHA, Lilian. **600 mil mortes**: o custo da pandemia para o Brasil. [S. l.]: CNN, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/600-mil-mortes-o-custo-da-pandemia-para-o-brasil/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva: 1995.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Separação de poderes**: Aspectos Contemporâneos da Relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Salvador: Juspodivm, 2018.

FONSECA, Guilherme Alencar. **A reforma política como solução para a crise institucional brasileira**. 2018. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

GONÇALES, Calado Juliana, GUSSI, Francisco. **Separação dos poderes**. [S. l.]: [s. n.], 2006.

JAY, H. M. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**: a constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, Vanessa. **Saúde em Juízo**: o excesso do Judiciário e a escassez dos leitos de uti no estado do Ceará. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Revista Jurídica "9 de Julho"**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 235-256, jul. 2003.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Edipro, 2004.

NOVELINO, M.; FALLET, A. **Separação dos poderes**: aspectos contemporâneos entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Salvador: Juspodium, 2018.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2007.

SOUZA, Jorge Munhós de; OLIVEIRA, Eduardo. **Conflitos entre os poderes constituídos**: Executivo x Judiciário. [S. l.]: Brasil Escola, 2006. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/conflitos-entre-os-poderes-constituídos-executivo-x-judiciario.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. 2011. 344 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 51-61, fev. 2015.

TRUGUILLHO, Lima Diogo; VIZZA, Dias Thalita. A Jurisdicionalização da Política de Saúde Pública. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 1-15, jan. 2017.